



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Lucien Mouttet

Observationen in der Sozialversicherung Eine kritische Analyse von Art. 43a und Art. 43b ATSG

Observationen in der Sozialversicherung

**Eine kritische Analyse von Art. 43a und
Art. 43b ATSG**

Dissertation
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Lucien Mouttet
von Mervelier JU

genehmigt auf Antrag von
Prof. Dr. Thomas Gächter
und
Prof. Dr. Roland A. Müller



Observationen in der Sozialversicherung von Lucien Mouttet wird unter [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](#) lizenziert, sofern nichts anderes angegeben ist.

© 2022 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

Autor: Lucien Mouttet

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Produktion, Satz & Vertrieb: buch & netz (buchundnetz.com)

ISBN:

978-3-03805-512-9 (Print – Softcover)

978-3-03805-513-6 (Print – Hardcover)

978-3-03805-514-3 (PDF)

978-3-03805-515-0 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-513>

Version: 1.00 – 20220901

Die Dissertation wurde publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Die vorliegende Dissertation wurde von Lucien Mouttet eingereicht und von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, vertreten durch den Dekan Prof. Dr. Thomas Gächter, am 1. Juni 2022 abgenommen.

Sie wurde betreut von Prof. Dr. Thomas Gächter und Prof. Dr. Roland A. Müller.

Das Werk ist als gedrucktes Buch und als Open-Access-Publikation in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar: <https://eizpublishing.ch/publikationen/observationen-in-der-sozialversicherung/>.

Die Publikation ist auch auf der Webseite der Zentralbibliothek Zürich abrufbar:

<https://www.zb.uzh.ch/de/>

Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde im Frühjahrssemester 2022 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich als Dissertation eingereicht. Sie entstand in den Jahren 2019 bis 2022 neben meiner beruflichen Tätigkeit als Jurist/Fachspezialist in einer führenden, national tätigen Versicherungsgesellschaft. Literatur und Rechtsprechung befinden sich auf dem Stand vom Februar 2022.

Die Arbeit wäre nicht entstanden ohne die Mithilfe, den Beistand und die Unterstützung vieler Menschen, denen mein grösster Dank gebührt.

Allen voran möchte ich mich herzlich bei meinem Doktorvater Prof. Dr. Thomas Gächter bedanken, welcher mir nicht nur ermöglichte, diese Arbeit zu erstellen, sondern bereits während des Studiums mein Interesse an sozialversicherungsrechtlichen Fragestellungen weckte. Sein Rat und Zuspruch sowie die von ihm gewährten Freiräume und das entgegengebrachte Vertrauen haben entscheidend zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Ebenfalls danke ich Herrn Prof. Dr. Roland A. Müller für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Daneben gilt mein Dank auch meinen Vorgesetzten, namentlich Thierry Joye, der meinem Wunsch, das Arbeitspensum für mein Vorhaben zu reduzieren, mit grossem Verständnis mehrmals nachgekommen ist. Ebenso danke ich Benjamin Weibel für die wertvollen praxisorientierten Inputs.

Zu grossem Dank verpflichtet bin ich schliesslich meiner Familie, auf deren Verständnis und Rückhalt ich mich stets verlassen konnte. Insbesondere danke ich meiner Lebenspartnerin Vildane Bilali für das kritische und sorgfältige Lektorat, für die vielen wertvollen Gespräche und Denkanstösse sowie auch für ihre mentale Unterstützung, wenn sie am dringendsten war. Von ganzem Herzen danke ich meinen Eltern Farouhar Mouttet und Jacques Mouttet für ihre bedingungslose Liebe und unermüdliche Unterstützung. Zuletzt möchte ich mich ebenfalls bei meinen lieben Brüdern Alain Mouttet und Brice Mouttet für ihren moralischen Beistand bedanken.

Inhaltsverzeichnis

<u>Danksagung</u>	V
<u>Literaturverzeichnis</u>	XIII
<u>Materialienverzeichnis</u>	XIX
<u>Abkürzungsverzeichnis</u>	XXIII
<u>Einleitung</u>	1
I. <u>Ausgangslage und Zielsetzung</u>	1
II. <u>Gliederung der Arbeit</u>	4
Teil 1: Grundlagen und Rückblick	5
Kapitel 1: Begrifflichkeiten und Abgrenzung	7
I. <u>Observation</u>	7
II. <u>Versicherungsmisbrauch</u>	8
1. <u>Definition</u>	8
1.1. <u>Unrechtmässige Inanspruchnahme</u>	8
1.2. <u>Nicht zustehende Leistungsausrichtung</u>	9
2. <u>Bekämpfung von Versicherungsmisbrauch (BVM)</u>	10
2.1. <u>Erkennen von Verdachtsfällen</u>	11
2.2. <u>Vertiefe Abklärungen und Ermittlungen</u>	11
2.3. <u>Observation als ultima ratio</u>	12
2.4. <u>Versicherungs- und strafrechtliche Massnahmen</u>	13
2.5. <u>Auswirkungen des BVM-Konzepts in der Praxis</u>	14
III. <u>Abgrenzungen</u>	15
1. <u>Augenschein</u>	15
2. <u>Verdeckte Ermittlung</u>	16
3. <u>Vorabklärungen</u>	16
IV. <u>Beginn der Observationen und deren Bilanz</u>	17
1. <u>Anstieg der Berentungen</u>	17
2. <u>Fallzahlen</u>	20
Kapitel 2: Abklärungsverfahren	21
I. <u>Untersuchungsmaxime</u>	21
1. <u>Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen</u>	22
2. <u>Rechtsanwendung von Amtes wegen</u>	23
II. <u>Beweismittel</u>	23
III. <u>Observation im Besonderen</u>	25
1. <u>Zufälliger Zeitpunkt</u>	25
2. <u>Zufälliger Inhalt</u>	26
3. <u>Fehlendes Mitwirkungsrecht</u>	26
4. <u>Fehlende Objektivität</u>	27
5. <u>Fehlende Verifizierungsmöglichkeit</u>	27
6. <u>Unsichtbare Eigenanstrengung der versicherten Person</u>	27
IV. <u>Zwischenfazit</u>	28

Kapitel 3: Bisherige Leitentscheide	29
I. <u>Allgemeines</u>	29
II. <u>Verwertbarkeit von Observationsmaterial</u>	29
III. <u>Überwachungstätigkeit durch Sozialversicherer selbst</u>	31
IV. <u>Bemühungen für eine Gesetzesgrundlage</u>	32
Kapitel 4: Verfassungsrechtliche Grundlagen	35
I. <u>Vorbemerkungen</u>	35
1. <u>Rückschlüsse aus Observationen</u>	35
2. <u>Involvierte Sozialversicherer</u>	35
II. <u>Rechtsquellen der Grundrechte</u>	36
III. <u>Betroffene Grundrechte</u>	38
IV. <u>Einschränkung von Grundrechten</u>	40
1. <u>Voraussetzungen</u>	40
2. <u>Gesetzliche Grundlage</u>	41
3. <u>Öffentliches Interesse</u>	42
4. <u>Verhältnismäßigkeit</u>	43
4.1. <u>Allgemeines</u>	43
4.2. <u>Eignung</u>	43
4.3. <u>Erforderlichkeit</u>	43
4.4. <u>Zumutbarkeit</u>	44
5. <u>Kerngehalt</u>	45
V. <u>Verfassungsgrundsätze des Verwaltungsrechts</u>	45
1. <u>Observationstätigkeit als staatliche Handlung</u>	45
2. <u>Verfassungsgrundsätze in Kürze</u>	46
VI. <u>Zwischenfazit</u>	47
Kapitel 5: Der Fall Vukota-Bojić	49
I. <u>Vorbemerkungen</u>	49
II. <u>Sachverhalt in Kürze</u>	49
III. <u>Bindung an die Grundrechte</u>	51
1. <u>Eingriff in das Privatleben</u>	51
2. <u>Rechtfertigung eines Eingriffs in das Privatleben</u>	52
IV. <u>Vorgaben des EGMR an die Observationsnorm</u>	53
1. <u>Nennung der Observationsmittel</u>	53
2. <u>Umfang der Observation</u>	54
3. <u>Zeitlicher Rahmen der Überwachungstätigkeit</u>	54
4. <u>Gründe für die Anordnung einer Observation</u>	55
5. <u>Anordnende, durchführende und beaufsichtigende Behörde</u>	55
6. <u>Anordnungs- bzw. Genehmigungsverfahren</u>	56
7. <u>Handhabung des Observationsmaterials</u>	56
8. <u>Rechtsmittel gegen unzulässige Observationen</u>	57
9. <u>Zwischenfazit</u>	57
V. <u>Gesetzgebungsverfahren</u>	58
VI. <u>Inkrafttreten</u>	60
VII. <u>Zwischenfazit</u>	60

Teil 2: Gesetzliche Grundlage für Observationen	63
Kapitel 1: Observationen nach neuem Recht	65
I. <u>Vorbemerkungen</u>	65
II. <u>Auswirkungen auf die Praxis</u>	66
1. <u>Bilanz 2019</u>	66
2. <u>Bilanz 2020</u>	67
3. <u>Unerwartete Zurückhaltung</u>	67
3.1. <u>Vager Gesetzeswortlaut</u>	67
3.2. <u>Übrige Gründe</u>	69
III. <u>Gesetzesgrundlage nach Mass</u>	70
Kapitel 2: Zulässigkeit der Observation	71
I. <u>Allgemeines</u>	71
II. <u>Erfordernis der konkreten Anhaltspunkte</u>	71
III. <u>Einige Praxisbeispiele</u>	73
1. <u>Medizinische Untersuchungen</u>	73
2. <u>Meldungen aus der Bevölkerung</u>	73
3. <u>Anonyme Hinweise</u>	74
4. <u>Haushaltsabklärungen</u>	75
5. <u>Diskrepanzen in sozialen Netzwerken</u>	75
IV. <u>Erfordernis der Subsidiarität</u>	76
V. <u>Zwischenfazit</u>	78
Kapitel 3: Zulässige Observationsmittel	81
I. <u>Allgemeines</u>	81
II. <u>Bildaufzeichnungen</u>	83
III. <u>Tonaufzeichnungen</u>	85
IV. <u>Zwischenfazit</u>	87
Kapitel 4: Anordnung der Observation	89
I. <u>Interne Entscheidungsgewalt</u>	89
II. <u>Bestimmung der Person mit Direktionsfunktion</u>	91
III. <u>Zwischenfazit</u>	93
Kapitel 5: Einsatz technischer Ortungsgeräte	95
I. <u>Richterliche Genehmigungspflicht</u>	95
II. <u>Genehmigung zur Standortermittlung</u>	97
1. <u>Ziel der Observation</u>	97
2. <u>Betroffene Person</u>	98
3. <u>Vorgesehene Observationsmodalitäten</u>	98
4. <u>Begründungspflicht</u>	99
5. <u>Einsatzdauer</u>	101
6. <u>Wesentliche Akten</u>	102
III. <u>Gerichtlicher Entscheid innerhalb von fünf Arbeitstagen</u>	102
IV. <u>Befristung, Auflagen und Ergänzung der Akten</u>	103
1. <u>Befristung</u>	103
2. <u>Auflagen</u>	104
3. <u>Aktenergänzung</u>	104

V. Zuständigkeit	104
VI. Zwischenfazit	105
Kapitel 6: Ort der Observation	107
I. Ausgangslage	107
II. Allgemein zugänglicher Ort	108
III. Von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar	109
IV. Zwischenfazit	113
Kapitel 7: Dauer der Observation	115
I. Im Allgemeinen	115
II. Observationstage	116
III. Rahmenfristen	116
1. Verlängerung der Observationstätigkeit	116
2. Hinreichende Gründe	117
IV. Zwischenfazit	118
Kapitel 8: Beauftragung externer Spezialisten	121
I. Im Allgemeinen	121
II. Schweigepflicht und Datenschutz	121
III. Zwischenfazit	123
Kapitel 9: Verwendung von fremdem Observationsmaterial	125
I. Keine Mindestanforderung des EGMR	125
II. Observationsmaterial von Sozialversicherern	125
III. Observationsmaterial von Privatversicherern	127
IV. Zwischenfazit	128
Kapitel 10: Informationspflicht des Versicherungsträgers	129
I. Im Allgemeinen	129
II. Bestätigter Anfangsverdacht	129
1. Inhaltliche Vorgaben	131
2. Zeitliche Vorgabe	131
3. Anfechtungsmöglichkeit	132
III. Unbestätigter Anfangsverdacht	132
IV. Aktenführungspflicht und Akteneinsichtsrecht	134
V. Zwischenfazit	135
Kapitel 11: Vollzugsregelungen	137
I. Allgemeines	137
II. Akteneinsichtsrecht	138
1. Mündliche oder schriftliche Information	138
2. Zwischenfazit	140
III. Aufbewahrung und Vernichtung des Observationsmaterials	140
1. Aufbewahrung	140
2. Aktenvernichtung	141
3. Zwischenfazit	143
IV. Anforderungen an die Spezialisten	144
1. Bewilligungspflicht	145

2. <u>Bewilligungsvoraussetzungen</u>	145
2.1. <u>Persönliche Voraussetzungen</u>	147
2.2. <u>Fachliche Voraussetzungen</u>	148
3. <u>Gültigkeitsdauer und Wirkung der Bewilligung</u>	149
4. <u>Meldung wesentlicher Änderungen</u>	150
5. <u>Entzug der Bewilligung</u>	151
6. <u>Kosten des Bewilligungsverfahrens</u>	152
7. <u>Verzeichnis der Bewilligungsinhaber</u>	153
8. <u>Fehlende staatliche Reglementierung</u>	153
9. <u>Zwischenfazit</u>	154
Kapitel 12: Observationen im Ausland	157
Kapitel 13: Verwertbarkeit von Observationsergebnissen	159
I. <u>Rechtmässig erlangte Observationsergebnisse</u>	159
II. <u>Rechtswidrig erlangte Observationsergebnisse</u>	160
III. <u>Zwischenfazit</u>	162
Teil 3: Gesetzesvorschlag de lege ferenda	163
Kapitel 1: Gedanken zum geltenden Recht	165
I. <u>Notwendigkeit eines formellen Gesetzes</u>	165
II. <u>Unattraktive Abklärungsmassnahme</u>	165
III. <u>Geforderte Aufgabenteilung</u>	167
Kapitel 2: Revisionsbedarf	171
Kapitel 3: Lösungsvorschlag de lege ferenda	175
Kapitel 4: Erläuterungen zum Gesetzesvorschlag	179
I. <u>Änderungen des Regelungsinhalts in Kürze</u>	179
1. <u>Zulässigkeit der Observation</u>	179
2. <u>Zulässige Mittel der Observation</u>	180
3. <u>Anordnungskompetenz</u>	181
4. <u>Ort der Observation</u>	182
5. <u>Dauer der Observation</u>	183
6. <u>Einsatz interner und Beauftragung externer Spezialisten</u>	184
7. <u>Verwendung des Observationsmaterials von Dritten</u>	185
8. <u>Verfahrensrechtliche Regelungen</u>	185
9. <u>Beweisverwertungsverbot</u>	186
10. <u>Vollzugsregelung</u>	187
II. <u>Würdigung</u>	187
Abschliessende Betrachtung	189
Curriculum Vitae	191

Literaturverzeichnis

- AEBI-MÜLLER REGINA E., Observation – Nutzen und Grenzen aus Sicht des Zivil- und des Zivilprozessrechts, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2011, Zürich/Basel/Genf 2011, 153 ff.
- AEBI-MÜLLER REGINA/EICKER ANDREAS/VERDE MICHEL, Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation – Grenzen aus Sicht des Privat-, des öffentlichen und des Strafrechts, in: Jusletter vom 3. Mai 2010
- ALIOTTA MASSIMO, Begutachtungen im Bundessozialversicherungsrecht, Gehörs- und Partizipationsrechte der versicherten Personen bei Begutachtungen im nicht-streitigen Verwaltungsverfahren gemäss ATSG, Diss., Zürich/Basel/Genf 2017
- DERS., Beweisrechtlicher Stellenwert der Observationen von Geschädigten durch private Versicherungsgesellschaften, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2011, Zürich/Basel/Genf 2011, 211 ff.
- BACHMANN RETO/D'ANGELO MARKUS, Die Bekämpfung des Versicherungsmissbrauchs in der Invalidenversicherung, in: SZS 2007, 133 ff.
- BOLT ROGER/BRYNER SIMONE, Observationen in der Praxis – Sichtweise Suva, in: HAVE 2018, 209 ff.
- BRUNNER HANS-ULRICH, Zum Persönlichkeitsschutz bei Personenüberwachungen – Urteil des Bundesgerichts 5A_57/2010 vom 2. Juli 2010, in: HAVE 2010, 349 ff.
- BRUNNER HANS-ULRICH/KELLER RAPHAEL, Zulässige Personenüberwachung durch Haftpflichtversicherung, in: HAVE 2019, 259
- CADERAS CLAUDIA/HÜRZELER MARC, Rüge für die Schweiz mangels hinreichender Gesetzesgrundlage für Observationen durch Versicherer, in: HAVE 2016, 425 ff.
- CHAPPUIS GUY, L'observation des assurés: panacée ou épouvantail?, in: HAVE 2018, 203 f.
- CREIFELDS CARL/WEBER KLAUS, Rechtswörterbuch, 23. Aufl., München 2019
- DETTWILER STEFAN A./HARDEGGER ANDREAS, Zulässige Video-Überwachung von Suva-Versicherten: Beweismittel im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren verwertbar, EVGE vom 25.2.2003 i.S. V.T./Suva, U 161/01, BGE-Publikation vorgeschlagen, in: HAVE 2003, 246 ff.
- DILLENA ANJA, Sozialversicherungsrecht in Konflikt mit Grundrechten und die Bedeutung der EMRK, in: Sutter-Somm Thomas (Hrsg.), IMPULSE, Bd. 29, Zürich/Basel/Genf 2018
- DONATSCH ANDREAS/LIEBER VIKTOR/SUMMERS SARAH/WOHLERS WOLFGANG (Hrsg.), Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020 (zit.: SK StPO-AUTOR/IN, Art. XX N YY)

DUCREY NATHALIE, Die Rechtmässigkeit der Observation durch die Sozialversicherungen – eine kritische Analyse von Art. 43a ATSG, in: QFLR 1/2019, 10 ff.

DUPONT ANNE-SYLVIE, Assurance-invalidité: les observations illicites sont des preuves valables. Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_806/2016, in: Newsletter rcasurances.ch September 2017, abrufbar unter: <<http://rcassurances.ch>>, [28.2.2022]

DUPONT ANNE-SYLVIE/MOSER-SZELESS MARGIT (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales, Basel 2018 (zit.: CR ATSG-AUTOR/IN, Art. XX N YY)

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit.: SGK BV-AUTOR/IN, Art. XX N YY)

EICHENBERGER SARAH/PRIBNOW VOLKER, Rentengrundlage Facebook-Profil?, in: HAVE 2017, 275 ff.

FEY MARCO, Schweizerisches Bundesgericht; Urteil U 161/01 vom 25. Februar 2003; <http://www.bger.ch> über Rechtsprechung I Urteile ab 2000, in: digma 2003, 130 f.

FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE/KLETT BARBARA/LEUZINGER-NAEF SUSANNE, Basler Kommentar, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts, Basel 2019 (zit.: BSK ATSG-AUTOR/IN, Art. XX N YY)

GÄCHTER THOMAS, Observationen im Sozialversicherungsrecht – Voraussetzungen und Schranken, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2011, Zürich/Basel/Genf 2011, 179 ff.

DERS., Schnell, schwammig, schlecht, in: HAVE 2018, 216 ff.

GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL E., Observation – ein Rechtsinstitut unter Beobachtung, in: Jusletter vom 11. Dezember 2017

DIES., Rechtswidrige Observationen in der IV – Verwertbarkeit der Observationserkenntnisse, in: Jusletter vom 14. August 2017

GRIFFEL ALAIN, Rechtsschutz, insbesondere Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, 413 ff.

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020

HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht. Eine juristische Einführung in die Allgemeine Staatslehre, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020

HANSIAKOB THOMAS, Überwachungsrecht der Schweiz. Kommentar zu Art. 269 ff. StPO und zum BÜPF, Zürich/Basel/Genf 2018

- HEUSSER PIERRE, ATSG goes TKKG: Sozialdetektive sind unnötig, systemwidrig und unverhältnismässig, in: HAVE 2018, 206 ff.
- DERS., Privatdetektive, aufgepasst! Das Urteil des EGMR 18. Oktober 2016 und dessen Auswirkungen weit über den Bereich der Unfallversicherung hinaus, in: Jusletter vom 9. Januar 2017
- HIRSCH CÉLIAN, Les observations illicites sont-elles exploitables? Un état de la situation en fonction de la procédure applicable (administrative, civile et pénale), in: Jusletter vom 19. Februar 2018
- HOGL MARION, Digitale Fotografie. Die umfassende Fotoschule, 1. Aufl., Bonn 2016
- HORSCHIK MATTHIAS, Datenschutz und Einsatz von Privatdetektiven in der Sozial- und Privatversicherung, in: Kieser Ueli/Pärli Kurt (Hrsg.), Datenschutz im Arbeits-, Versicherungs- und Sozialbereich: Aktuelle Herausforderungen, St. Gallen 2012, 81 ff.
- JAAG TOBIAS/BUCHER LAURA/HÄGGI FURRER RETO, Staatsrecht der Schweiz, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen 2021
- KIENER REGINA, Allgemeine Grundrechtslehren, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, 460 ff.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTEBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018
- KIESER UELI, ATSG-Revision – das Wechseln des Rades am laufenden Wagen, in: HAVE 2019, 313 ff.
- DERS., Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG, 4. Aufl., Zürich 2020 (zit.: KIESER, ATSG, Art. XX N YY)
- DERS., Überwachung – Eine Auslegung von Art. 44a ATSG (Entwurf), in: HILL 2009, Fachartikel Nr. 1 vom 30. Januar 2009
- DERS., Wie (werden und) müssten die Observationsergebnisse im Sozialversicherungsverfahren verwertet werden?, in: HAVE 2018, 221 ff.
- KOCHER RALF, Nicht objektivierbare Gesundheitsschäden und ihre Folgen für die IV, in: Soziale Sicherheit CHSS 2/2013, 97 ff.
- KOCHER RALF/LEUENBERGER RALPH, Betrugsbekämpfung in der Invalidenversicherung – eine Standortbestimmung, in: Soziale Sicherheit CHSS 3/2009, 168 ff.
- LEUENBERGER RALPH, Juristische Aspekte der Missbrauchsbekämpfung in der IV, in: Soziale Sicherheit CHSS 2/2013, 68 ff.
- DERS., Missbrauchsbekämpfung als Aufgabe der IV, in: Soziale Sicherheit CHSS 2/2013, 65 ff.
- LIENHARD ANDREAS/MÄCHLER AUGUST/ZIELNIEWICZ AGATA, Öffentliches Finanzrecht, Bern 2017

- MEIER PHILIPPE/STAEGER ALEXANDRE, La surveillance des assurés (assurances sociales et assurances privées) – état des lieux, in: Jusletter vom 14. Dezember 2009
- MOSER-SZELESS MARGIT, La surveillance comme moyen de preuve en assurance sociale, in: SZS 2013, 129 ff.
- MOSIMANN HANS-JAKOB/VÖLGER WINSKY MARION/PLÜSS KASPAR, Öffentliches Recht. Ein Grundriss für Studium und Praxis, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017
- MOTTA CRISTOFORO, Missbrauchsbekämpfung in der obligatorischen Unfallversicherung, in: Soziale Sicherheit CHSS 2/2013, 74
- MÜLLER LUCIEN, Observation von IV-Versicherten: Wenn der Zweck die Mittel heiligt. Bemerkungen zu BGE 8C_272/2011 vom 11. November 2011, in: Jusletter vom 19. Dezember 2011
- NIGGLI MARCEL A./HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK StPO-AUTOR/IN, Art. XX N YY)
- OTT WALTER/BADE STEPHANIE/WAPF BETTINA, Nicht zielkonforme Leistungen in der Invalidenversicherung: Bedeutung und Größenordnung, Schlussbericht, in: Beiträge zur sozialen Sicherheit, Forschungsbericht Nr. 4/07, Bern 2008
- PÄRLI KURT, Observation von Versicherten – Der Gesetzgeber auf Abwegen, in: recht 2/2018, 120 ff.
- PETER BRUNO, Versicherungsmisbrauch in der Unfall- und Krankentaggeldversicherung, in: Schmid Jörg/Riemer-Kafka Gabriela (Hrsg.), Versicherungsmisbrauch, Ursachen – Wirkungen – Massnahmen, Zürich/Basel/Genf 2010, 99 ff.
- PETER ROGER, Der Augenschein in der obligatorischen Unfallversicherung, ZBJV 2001, Bd. 137, 509 ff.
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016
- RIEMER-KAFKA GABRIELA, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 7. Aufl., Bern 2019
- ROGG ISABELLE, ATSG: Ausreichende gesetzliche Grundlagen für Observationen, in: Soziale Sicherheit CHSS 1/2020, 28 f.
- SCHMID MARKUS, Verwertbarkeit von Observationsergebnissen im Zivilprozess, in: HAVE 2018, 223 ff.
- STOLKIN PHILIP, Observationen, Kompetenzen und Gesetze. Oder: Der kleine Unterschied zwischen Versicherung und Polizei, in: Jusletter vom 27. März 2017
- TEICHMANN FABIAN/WEISS MARCO, Die Verwertbarkeit von Observationen durch Privatdetektive im Verfahrensrecht, in: ZBJV 2019, Bd. 155, 137 ff.
- DIES., Neue Rechtslage bei Observationen. Bemerkungen zu Art. 43a und Art. 43b ATSG, in: Jusletter vom 12. August 2019

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021

TSCHENTSCHER AXEL/LIENHARD ANDREAS/SPRECHER FRANZISKA, Öffentliches Recht. Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019

WALDENMEYER CATHERINE/KÜHNE PAUL/BÄR HUBERT, Observation als Freibrief für Detektive? Eine Analyse vor und nach dem EGMR-Urteil aus Sicht der Privatversicherer, in: HAVE 2018, 212 ff.

WALDENMEYER CATHERINE MARIANNE, Observationen durch Haftpflichtversicherer: rechtmässig oder nicht? Folgen des EGMR-Urteils vom 18.10.2016 (Vukota-Bojic vs. Switzerland), in: HAVE 2017, 284 ff.

WEIBEL BENJAMIN, Observationen im Sozialversicherungsrecht. Überlegungen zur operationellen Umsetzung der neuen Bestimmungen, in: Jusletter vom 24. Februar 2020

WEISS DAVID, Rechtliche Aspekte der Bekämpfung des Versicherungsmisbrauchs in der Personenversicherung, in: SZS 2006, 408 ff.

Materialienverzeichnis

Bundesamt für Gesundheit, Änderungen des bisherigen Rechts per 1. Januar 2020 / Informationen zum Jahreswechsel, Mitteilung an die Unfallversicherer und an die Ersatzkasse vom Dezember 2019, abrufbar unter: <<https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/kuv-aufsicht/unfallversicherung/infoschreiben/infoschreiben-dezember-2019-aenderung-bisheriges-recht-per-1.1.2020.download.2020/infoschreiben-dezember-2019-aenderung-bisheriges-recht-per-1.1.2020.pdf.2020>>, [28.2.2022] (zit.: BAG, Mitteilung)

Bundesamt für Gesundheit, Kreisschreiben Nr. 35 über die Observation in den Sozialversicherungen an die UVG-Versicherer und an die Ersatzkasse UVG vom Dezember 2019, abrufbar unter: <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/versicherungen/unfallversicherung/uv-versicherer-aufsicht/kreis-informationsschreiben.html>>, [28.2.2022] (zit.: BAG, KS 35)

Bundesamt für Sozialversicherungen, Änderung der Verordnung vom 11 September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV). Ausführungsbestimmungen zur Überwachung von Versicherten (Art. 43a ATSG). Erläuternder Bericht für das Vernehmlassungsverfahren vom 21. September 2018, abrufbar unter: <<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/publikationen-und-service/gesetzgebung/vernehmlassungen/vernehmlassung-observationen-sozialversicherungen.html>>, [28.2.2022] (zit.: BSV, Ausführungsbestimmungen 2018)

Bundesamt für Sozialversicherungen, Änderung der Verordnung vom 11 September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV). Ausführungsbestimmungen zur Überwachung von Versicherten (Art. 43a und 43b ATSG). Erläuternder Bericht (nach der Vernehmlassung) vom 7. Juni 2019, abrufbar unter: <<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/57249.pdf>>, [28.2.2022] (zit.: BSV, Ausführungsbestimmungen 2019)

Bundesamt für Sozialversicherungen, Bekämpfung des Versicherungsmisbrauchs in der Invalidenversicherung: Bilanz 2019, Hintergrunddokument vom 28. Mai 2020, abrufbar unter: <<https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/de/dokumente/theme-nuebergreifend/faktenblaetter/iv-zahlen-fakten-bekaempfung-misbrauch-2018.pdf.download.pdf/iv-zahlen-fakten-bekaempfung-misbrauch-2018-de.pdf>>, [28.2.2022] (zit.: BSV, Bekämpfung)

Bundesamt für Sozialversicherungen, Betrugsbekämpfung in der Invalidenversicherung, Faktenblatt vom 22. Mai 2012, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-44619.html>>, [28.2.2022] (zit.: BSV, Betrugsbekämpfung)

Bundesamt für Sozialversicherungen, Der Einsatz von technischen Instrumenten im Rahmen von Observationen, Hintergrunddokument vom 9. Oktober 2018, abruf-

bar unter: <<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/ueberblick/observationen.html>>, [28.2.2022] (zit.: BSV, Einsatz von technischen Instrumenten)

Bundesamt für Sozialversicherungen, Der Schutz der Privatsphäre im Rahmen von Observationen, Hintergrunddokument vom 9. Oktober 2018, abrufbar unter:
<<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/ueberblick/observationen.html>>, [28.2.2022] (zit.: BSV, Privatsphäre)

Bundesamt für Sozialversicherungen, Die Observationsartikel im Detail, Hintergrunddokument vom 7. November 2018, abrufbar unter: <<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/ueberblick/observationen.html>>, [28.2.2022] (zit.: BSV, Observationsartikel)

Bundesamt für Sozialversicherungen, Die Sparmassnahmen der 5. IV-Revision, Faktenblatt vom 19. März 2007, abrufbar unter: <<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/publikationen-und-service/gesetzgebung/abstimmungen/5-iv-revision.html>>, [28.2.2022] (zit.: BSV, Sparmassnahmen)

Bundesamt für Sozialversicherungen, Erfahrungen der Invalidenversicherung mit Observationen, Hintergrunddokument vom 7. November 2018, abrufbar unter:
<<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/ueberblick/observationen.html>>, [28.2.2022] (zit.: BSV, Erfahrungen)

Bundesamt für Sozialversicherungen, Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 22. Februar 2017 (zit.: BSV, Erläuternder Bericht)

Bundesamt für Sozialversicherungen, Fakten und Hintergründe zu den Observationsartikeln im ATSG vom 7. November 2018, abrufbar unter: <<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/ueberblick/observationen.html>>, [28.2.2022] (zit.: BSV, Fakten)

Bundesamt für Sozialversicherungen, Fragen und Antworten zur 5. IV-Revision, Erweiterte Fassung vom 5. Juni 2007, abrufbar unter: <<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/publikationen-und-service/gesetzgebung/abstimmungen/5-iv-revision.html>>, [28.2.2022] (zit.: BSV, IV-Revision)

Bundesamt für Sozialversicherungen, Observationen für Sozialversicherungen, Leitfaden zum Bewilligungsverfahren, Stand Februar 2021, abrufbar unter:
<<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/ueberblick/observationen/observationsspezialisten.html>>, [28.2.2022] (zit.: BSV, Leitfaden zum Bewilligungsverfahren)

Bundesamt für Sozialversicherungen, Observationen für Sozialversicherungen. Merkblatt für Anbieter von Kursen: Anforderungen an Kurse zu den erforderlichen Rechtskenntnissen, Anforderungen an Kurse von Observationsaus- und weiterbildung

dungen. Verfahren für die Kursanerkennung, Stand August 2020, abrufbar unter: <<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/ueberblick/observationen/anbieter-kurse.html>>, [28.2.2022] (zit.: BSV, Merkblatt)

Bundesamt für Sozialversicherungen, Sozialversicherungen 2020, Jahresbericht gemäss Artikel 76 ATSG, abrufbar unter: <<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/ueberblick.html>>, [28.2.2022] (zit.: BSV, ATSG-Bericht)

Bundesamt für Sozialversicherungen, Weisung über die Observation in den Sozialversicherungen (WOS) (Observationsweisung) vom 15. November 2019, Stand: 1. September 2021, abrufbar unter: <<https://sozialversicherungen.admin.ch/de/d/12407/download>>, [28.2.2022] (zit.: BSV, Observationsweisung)

Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 2. März 2018, BBl 2018 1607 ff.

Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (Unfallversicherung und Unfallverhütung; Organisation und Nebentätigkeiten der SUVA) vom 30. Mai 2008, BBl 2008 5395 ff.

Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer) vom 26. Juni 2013, BBl 2013, 5975 ff.

Bundesrat, Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 25. November 2018, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20181125.html>>, [28.2.2022] (zit.: Abstimmungsbüchlein)

Bundesrat, Stellungnahme zum Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständерates vom 7. September 2017, BBl 2017 7421 ff.

Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständérates (SGK-SR), Bericht vom 7. September 2017, BBl 2017 7403 ff.

Abkürzungsverzeichnis

a	in Verbindung mit Art. oder einer Gesetzesabkürzung: ausser Kraft getretene Fassung einer Norm oder eines Erlasses (z.B. aArt., aBV)
a.M.	anderer Meinung
AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Abs.	Absatz
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946, SR 831.10
Art.	Artikel (im Singular oder Plural)
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, SR 830.1
ATSV	Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 11. September 2002, SR 830.11
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BGA	Bundesgesetz über die Archivierung vom 26. Juni 1998, SR 152.1
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BSK	Basler Kommentar
BSV	Bundesamt für Sozialversicherungen
BÜPF	Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 18. März 2016, SR 780.1
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVE	Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung vom 20. Juni 2003
BVM	Bekämpfung Versicherungsmissbrauch
bzw.	beziehungsweise
CHSS	Soziale Sicherheit (publizistische Plattform des BSV)

d.h.	das heisst
ders.	derselbe (Autor)
dies.	dieselbe(n) (Autorin, Autorinnen oder Autoren)
digma	Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit (Zürich)
Diss.	Dissertation
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992, SR 235.1
E.	Erwägung(en)
E-Art.	Entwurf eines Artikels
EFTA	European Free Trade Association (Europäische Freihandelsassoziation)
EFTA-Ü.	Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) vom 4. Januar 1960, SR 0.632.31
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
f.	folgende (Seite)
ff.	und folgende (Seiten)
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681
GLONASS	Globales Navigationssatellitensystem
GPS	Global Positioning System (satellitengestütztes System zur weltweiten Positionsbestimmung)
HAVE	Haftung und Versicherung, juristische Zeitschrift (Eglisau)
HILL	Health Insurance Liability Law (Zeitschrift für Recht und Gesundheit)
Hrsg.	Herausgeber
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Ibid.	Ibidem = ebendort (Zitation)
insb.	insbesondere

IV	Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959, SR 831.20
Kap.	Kapitel
KS	Kreisschreiben
lit.	litera = Buchstabe
m.E.	meines Erachtens
m.H.	mit Hinweis(en)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
Mio.	Million(en)
N	Note(n), Randnote(n)
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
QFLR	Quid? Fribourg Law Review, juristische Zeitschrift (Freiburg)
recht	recht. Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
resp.	respektive
Rz.	Randziffer(n)
SGHVR	Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht
SGK	St. Galler Kommentar
SGK-SR	Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannt(e/er)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StPO	Schweizerische Strafprozeßordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958, SR 741.01
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (Bern)
u.a.	unter anderem
UNO	United Nations Organization (Organisation der Vereinten Nationen)

Abkürzungsverzeichnis

UNO-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.1
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2
usw.	und so weiter
UV	Unfallversicherung
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981, SR 832.20
VAG	Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004, SR 961.01
vgl.	vergleiche
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, SR 221.229.1
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

Einleitung

I. Ausgangslage und Zielsetzung

Um sicherzustellen, dass ein Versicherter¹ Anspruch auf die Versicherungsleistungen eines Sozialversicherers hat, muss Letzterer seine Leistungspflicht in jedem einzelnen Fall prüfen. Hierfür zuständig ist der Sozialversicherer selbst. Dies ergibt sich aus der im Sozialversicherungsrecht geltenden Abklärungspflicht des Versicherungsträgers², welche in Art. 43 ATSG³ verankert ist.

In den allermeisten Fällen kann der Versicherungsträger im Rahmen des Abklärungsverfahrens anhand von Gesprächen und von medizinischen Unterlagen, wie etwa den Berichten der behandelnden Ärzte, abklären, ob die betroffene Person Anspruch auf Versicherungsleistungen hat. In der Vergangenheit gab es jedoch immer wieder Fälle, in denen die Sozialversicherer trotz umfangreicher Abklärungen ihre Leistungspflicht nicht abschliessend prüfen konnten. In der Folge entwickelte sich in der Invaliden- und Unfallversicherung allmählich eine neue Praxis, in welcher als zusätzliche Abklärungsmassnahme auf verdeckte Beobachtungen – sog. Observationen – zurückgegriffen wurde.⁴ Ziel dieser Observationen war nicht nur die Anspruchsprüfung von Versicherungsleistungen, sie wurden insbesondere auch zur Bekämpfung von Versicherungsmisbrauch eingesetzt.

Zur Observation als Abklärungsmassnahme greifen aber nicht nur Sozialversicherer, sondern auch private Versicherungsgesellschaften sowie die Strafverfolgungsbehörden. Dabei muss stets beachtet werden, wer die Observation anordnet. In privatrechtlicher Hinsicht kann die Observation eine Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 28 ZGB⁵ nach sich ziehen, weswegen die Observation

¹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird bei Personenbezeichnungen das generische Maskulinum verwendet. Die gewählte Form gilt gleichermaßen für alle Geschlechter und beinhaltet keine Wertung.

² Die dem ATSG unterstehenden Sozialversicherungen werden in der vorliegenden Arbeit analog zum ATSG Versicherungsträger genannt. Damit sind sowohl Sozialversicherungen an sich als auch deren Durchführungsorgane gemeint.

³ SR 830.1.

⁴ In der Vergangenheit haben nur die Invaliden- und die Unfallversicherung davon Gebrauch gemacht, vgl. Abstimmungsbüchlein, 30.

⁵ SR 210.

eines Privatversicherers nach Privatrecht zu beurteilen ist.⁶ Wird die Observation von einer Strafverfolgungsbehörde angeordnet, so richtet sich ihre Zulässigkeit nach dem Strafprozessrecht.⁷ Zudem muss beachtet werden, dass es sich bei jeder Observation auch immer um die Bearbeitung von Personendaten im Sinne des DSG⁸ handelt, sodass sämtliche Institutionen und Behörden, welche Observationen anordnen, sich jeweils zusätzlich an datenschutzrechtliche Aspekte zu halten haben.⁹

- 4 Obwohl eine Observation einen starken Eingriff in die Privatsphäre darstellt,¹⁰ griffen immer mehr Sozialversicherer auf dieses Abklärungsinstrument zurück, dies trotz immer wiederkehrender Kritik aus der Lehre, wonach es hierfür an einer gesetzlichen Grundlage fehle. Denn Sozialversicherer nehmen staatliche Aufgaben wahr und sind gemäss Art. 35 BV¹¹ an die Grundrechte gebunden. Erfolgt eine Observation in Erfüllung einer staatlichen Aufgabe, müssen die Anforderungen von Art. 36 BV erfüllt sein, zu denen u.a. eine genügende gesetzliche Grundlage gehört.¹²
- 5 Dieser Praxis wurde erst im Oktober 2016 vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte Einhalt geboten, als dieser entschied, dass es den Sozialversicherern¹³ in der Schweiz an einer (ausreichenden) gesetzlichen Grundlage fehle, um Observationen durchzuführen. Dieser Argumentation folgte sodann

⁶ Wobei sich der Träger einer Privatversicherung (bzw. der vom Versicherungsträger beauftragte Privatdetektiv selbst) auch an die Schranken von Art. 179^{quater} StGB (Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte) zu halten hat, vgl. hierzu auch AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Rz. 13 ff.; zum Stellenwert der Observation von Geschädigten durch private Versicherungsgesellschaften vgl. ALIOTTA, Stellenwert, 211 ff.; BRUNNER, 349 ff.; sowie in Kürze BRUNNER/KELLER, 259.

⁷ Die strafprozessuale Observation ist in den Art. 282 ff. StPO geregelt; vgl. zum Ganzen auch AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Rz. 13 ff.; ebenso GÄCHTER/MEIER, Observation, Rz. 3 ff.

⁸ SR 235.1.

⁹ Da bei jeder Observation eine Bearbeitung von Personendaten im Sinne des DSG erfolgt, haben sich sämtliche Behörden an dieses Gesetz zu halten, unabhängig davon, ob die Observation durch einen privaten oder einen öffentlichen Versicherungsträger (bzw. eine Strafuntersuchungsbehörde) angeordnet wird. Gleches gilt im Zusammenhang mit dem Umgang (Verwenden, Weitergabe, Aufbewahren etc.) des Observationsmaterials, vgl. dazu AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Rz. 79 ff.; sowie HORSCHIK, 92 f.

¹⁰ So bereits BGE 137 I 327 E. 4.4.

¹¹ SR 101.

¹² Zu den Voraussetzungen von Art. 36 BV vgl. hinten [Rz. 96 ff.](#)

¹³ Im konkreten Fall betraf es einen Unfallversicherer.

das Bundesgericht im Juli 2017 bei einer durch die Invalidenversicherung angeordneten Observation,¹⁴ sodass in der Folge beide Versicherungen die Durchführung von verdeckten Beobachtungen einstellten.¹⁵

Gestützt auf diese Urteile ist das ATSG revidiert und mit den Art. 43a und 43b ergänzt worden. Mit diesen neuen Observationsbestimmungen wurde eine gesetzliche Grundlage für die Durchführung von Observationen geschaffen, gegen welche in der Folge das Referendum ergriffen wurde. Am 25. November 2018 haben die Schweizer Stimmberchtigten die gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten schliesslich angenommen. Daraufhin hat der Bundesrat in der ATSV¹⁶ diverse neue Ausführungsbestimmungen zur Observation erlassen (Art. 7a ff. ATSV). Die neuen Observationsnormen im ATSG und in der ATSV sind am 1. Oktober 2019 in Kraft getreten und bilden die Grundlage der vorliegenden Arbeit.

Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Grundlage führten Observationen im Sozialversicherungsrecht vor dem gerichtlichen Verbot und der darauffolgenden Einführung der neuen Observationsbestimmungen zu erheblicher Rechtsunsicherheit, und zwar nicht nur bei den Versicherten, sondern auch bei Sozialversicherern. Denn ohne Niederschrift der notwendigen Regeln und Schranken in Form einer gesetzlichen Grundlage kann weder Transparenz geschaffen noch der Schutz vor Willkür garantiert werden. Mit der neuen gesetzlichen Grundlage sollen die betroffenen Personen daher primär vor unnötigen, willkürlichen und unverhältnismässigen Beobachtungen geschützt werden.¹⁷ Wie nachfolgend darzulegen sein wird, sind jedoch die neuen Bestimmungen nicht gänzlich unproblematisch.

In dieser Arbeit soll untersucht werden, inwiefern die Anforderungen an eine gesetzliche Grundlage, welche vom EGMR für die Durchführung von Observationen im Sozialversicherungsrecht aufgestellt wurden, mit den neuen Observationsbestimmungen im ATSG und in der ATSV erfüllt wurden. Zu diesem Zweck werden die Grundlagen zur Problematik der Observationen im sozialversicherungsrechtlichen Kontext aufgezeigt und die erwähnten neuen Observationsnormen *de lege lata* systematisch analysiert. Schliesslich wird ein Gesetzesvorschlag *de lege ferenda* unterbreitet.

¹⁴ Vgl. BGE 143 I 377 E. 4.

¹⁵ Vgl. dazu KIESER, ATSG-Revision, 313 f.

¹⁶ SR 830.11.

¹⁷ Vgl. Abstimmungsbüchlein, 28 ff.

II. Gliederung der Arbeit

- 9 Der erste Teil dieser Arbeit handelt von den Grundlagen der Observation und deren Entwicklung. Sodann wird das Abklärungsverfahren im Sozialversicherungsrecht thematisiert und dabei gesondert das Abklärungsinstrument der Observation beleuchtet, bevor auf die verfassungsrechtlichen Grundlagen und schliesslich eingehend auf das Urteil des EGMR in Sachen Vukota-Bojić gegen die Schweiz vom 18. Oktober 2016 (Nr. 61838/10) eingegangen wird.
- 10 Der zweite Teil der Arbeit behandelt die neuen Observationsbestimmungen. Da es sich sowohl bei Art. 43a ATSG wie auch bei Art. 43b ATSG um gänzlich neue Gesetzesbestimmungen handelt, wird im Rahmen der Inhaltsermittlung vorwiegend auf die historische Auslegung zurückgegriffen und somit auf das vorhandene Material zum Gesetzgebungsverfahren gesondert eingegangen. Die neuen Verordnungsbestimmungen in der ATSV werden dabei gezielt zur entsprechenden Gesetzesnorm hinzugezogen. Zudem wird in diesem Teil der Arbeit auch speziell die bislang geltende Rechtsprechung behandelt. Damit soll auf Schwierigkeiten, welche mit der neuen Gesetzesgrundlage einhergehen, hingewiesen und, wo nötig, eine Präzisierung vorgenommen werden.
- 11 Der dritte Teil der Arbeit beinhaltet einen Gesetzesvorschlag *de lege ferenda*. Aufgrund der im zweiten Teil der Arbeit gewonnenen Erkenntnisse soll ein Gesetzesentwurf präsentiert werden, welcher allen Anforderungen des EGMR an eine Observationsnorm für die Überwachungstätigkeit im Sozialversicherungsrecht entspricht und damit einer erneuten gerichtlichen Überprüfung in Strassburg in sämtlichen Belangen standhalten würde.

Teil 1: Grundlagen und Rückblick

Kapitel 1: Begrifflichkeiten und Abgrenzung

I. Observation

Observation bedeutet Beobachtung oder Überwachung und meint eine länger andauernde und heimliche Beobachtung eines Zielobjekts.¹⁸ Im juristischen Kontext versteht man darunter eine Ermittlungstätigkeit, bei welcher Personen und Vorgänge in der Öffentlichkeit systematisch und während einer gewissen Dauer beobachtet werden, um deren Ergebnisse im weiteren Verfahren auszuwerten.¹⁹ Kurze und zufällige Beobachtungen von Vorgängen in der Öffentlichkeit fallen (noch) nicht unter den Begriff der Observation.²⁰

12

Im Sozialversicherungsrecht handelt es sich bei der Observation um das heimliche Beobachten bzw. Überwachen der Versicherten. Die dabei erhobenen Aufzeichnungen wie etwa Foto- und Videoaufnahmen²¹ werden sodann im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren verwendet²² und sollen dem Versicherungsträger neue bzw. bisher unbekannte sachverhaltsrelevante Erkenntnisse betreffend die körperliche Leistungsfähigkeit und daraus folgend die Arbeitsfähigkeit der observierten Person geben, welche sie dem Versicherungsträger auf freiwilliger Basis nicht preisgegeben hätte. Die Observation dient im Rahmen der Sachverhaltsabklärung demnach der Beweismittelbeschaffung.²³

13

Mit dieser Abklärungsmassnahme beabsichtigt der Versicherungsträger primär die Änderung, Ablehnung oder Kürzung von Versicherungsleistungen.²⁴

14

¹⁸ CREFELDS/WEBER, Stichwort «Observation», 1042.

¹⁹ SK StPO-HANSJAKOB/PAJAROLA, Art. 282 N 3; eingehend zur Definition der Observation vgl. WEIBEL, Rz. 7 ff.

²⁰ Vgl. BSK StPO-EUGSTER/KATZENSTEIN, Art. 282 N 1.

²¹ Das Beobachten bzw. die Überwachung von Personen setzt nicht zwingend voraus, dass dabei technische Hilfsmittel eingesetzt werden. Eine Observation kann bereits vorliegen, wenn eine Person von einem Dritten ohne ein technisches Gerät überwacht wird. Aus Beweisgründen für das weitere sozialversicherungsrechtliche Verfahren wird über die Observationsergebnisse ein Überwachungsbericht verfasst und im Regelfall mit Foto- und Videoaufnahmen ergänzt, vgl. AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Rz. 4 und Rz. 27; WEIBEL, Rz. 7.

²² Vgl. BSV, Erläuternder Bericht, 10.

²³ AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Rz. 1; BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 11.

²⁴ AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Rz. 1; KIESER, Überwachung, Kap. IV/c.

Im Sozial- und im Privatversicherungsrecht werden Observationen vorwiegend zur Anspruchsprüfung von Versicherungsleistungen und zur Missbrauchsbekämpfung herangezogen.²⁵

II. Versicherungsmisbrauch

1. Definition

- 15 Gemäss der Definition des Bundesgerichts liegt Versicherungsmisbrauch vor, wenn eine versicherte Person unrechtmässig eine Versicherungsleistung bezieht.²⁶ Neben dem Begriff des Versicherungsmisbrauchs spricht man im juristischen Kontext auch vom ungerechtfertigten Leistungsbezug²⁷ oder – wenn auch weniger gebräuchlich – vom nicht zielkonformen Leistungsbezug.²⁸ Der ungerechtfertigte bzw. nicht zielkonforme Leistungsbezug lässt sich in zwei Hauptkategorien unterteilen, nämlich die der unrechtmässigen Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen sowie die der nicht zustehenden Leistungsausrichtung.

1.1. Unrechtmässige Inanspruchnahme

- 16 In die erste Kategorie fallen vorsätzlich missbräuchliches Verhalten, sprich der strafrechtlich relevante Tatbestand des Versicherungsbetrugs²⁹ nach Art. 146 StGB³⁰, und fahrlässige Verstösse bzw. fahrlässiges Verhalten der Versicherten oder von Dritten gegen einen Sozialversicherer.³¹
- 17 Bezieht eine versicherte Person mit Absicht und unter Aufwendung von krimineller Energie Leistungen einer Sozialversicherung, ohne dass sie darauf An-

²⁵ GÄCHTER/MEIER, *Observation*, Rz. 1; BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 11.

²⁶ CREIFELDS/WEBER, Stichwort «Observation», 1042.

²⁷ SK StPO-HANSJAKOB/PAJAROLA, Art. 282 N 3; eingehend zur Definition der Observation vgl. WEIBEL, Rz. 7 ff.

²⁸ Vgl. BSK StPO-EUGSTER/KATZENSTEIN, Art. 282 N 1.

²⁹ CREIFELDS/WEBER, Stichwort «Observation», 1042.

³⁰ SK StPO-HANSJAKOB/PAJAROLA, Art. 282 N 3; eingehend zur Definition der Observation vgl. WEIBEL, Rz. 7 ff.

³¹ Vgl. BSK StPO-EUGSTER/KATZENSTEIN, Art. 282 N 1.

spruch hätte, so ist von Versicherungsbetrug die Rede, der auch strafrechtliche Konsequenzen für die fehlbare Person nach sich ziehen kann. Als Sachverhalte, welche einen möglichen Versicherungsbetrug aufzeigen, gelten etwa:³²

- Vortäuschen gesundheitlicher Beschwerden (Krankheit oder Unfallfolgen)
- Absichtliches Übertreiben von bestehenden Krankheitssymptomen
- Falschangaben oder Unterschlagung von Angaben zur Erwerbstätigkeit
- Meldepflichtverletzungen, insbesondere unterlassene Meldungen zu einer veränderten Arbeitssituation
- Grobe Verletzung der Schadenminderungspflicht und der Mitwirkungspflicht
- Inszenierung von Unfällen
- Bedrohung, Erpressung oder Bestechung eines Dritten, um an Versicherungsleistungen zu gelangen
- Urkundenfälschung

Im Gegensatz zum Versicherungsbetrug fallen in die Unterkategorie der fahrlässigen Verstöße geringfügige Verletzungen der Schadenminderungs- oder der Mitwirkungspflicht, welche keine strafrechtliche Relevanz haben, aber mit Leistungskürzungen, -einstellungen oder Rückforderungen einhergehen können. Durch beide Arten der unrechtmässigen Inanspruchnahme können beim Sozialversicherer nicht zustehende Leistungen oder höhere bzw. länger andauernde Leistungen erwirkt werden.³³

18

1.2. Nicht zustehende Leistungsausrichtung

Von einer nicht zustehenden Leistungsausrichtung spricht man, wenn Versicherungsleistungen vom Versicherer unabsichtlich oder in zu grossem Ausmass erbracht werden, ohne dass die versicherte Person gezielt darauf hingewirkt hat oder wenn sie nur einen geringfügigen Beitrag dazu geleistet hat.³⁴

19

³² Das Beobachten bzw. die Überwachung von Personen setzt nicht zwingend voraus, dass dabei technische Hilfsmittel eingesetzt werden. Eine Observation kann bereits vorliegen, wenn eine Person von einem Dritten ohne ein technisches Gerät überwacht wird. Aus Beweisgründen für das weitere sozialversicherungsrechtliche Verfahren wird über die Observationsergebnisse ein Überwachungsbericht verfasst und im Regelfall mit Foto- und Videoaufnahmen ergänzt, vgl. AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Rz. 4 und Rz. 27; WEIBEL, Rz. 7.

³³ Vgl. BSV, Erläuternder Bericht, 10.

³⁴ AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Rz. 1; BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 11.

Aus diesem Grund spricht man in diesem Zusammenhang unmissverständlich von Ausrichtung und nicht von Bezug. Zur nicht zustehenden Leistungsausrichtung gehören insbesondere Fehleinschätzungen des Sozialversicherers, wie etwa die mangelhafte Durchführung des Abklärungsverfahrens aufgrund misslungener Abgrenzung der Krankheits- oder Unfallfolgen von anderen Faktoren. In Betracht kommen jedoch auch medizinische Fehleinschätzungen der Arbeitsunfähigkeit von im konkreten Fall involvierten Gutachtern.³⁵

2. Bekämpfung von Versicherungsmisbrauch (BVM)

- 20 Noch vor der Jahrtausendwende beschäftigten sich weder die Privat- noch die Sozialversicherer mit der Betrugs- und Missbrauchsproblematik. Auch war sie in der Öffentlichkeit noch kein viel diskutiertes Thema, obwohl sich bereits ab den 1990er-Jahren eine überdurchschnittliche Zunahme an Rentenleistungen manifestierte.³⁶ Den Anfang dabei, sich mit dieser Problematik auseinanderzusetzen, machte die Privatassekuranz. So führten die ersten Unfallversicherer erstmals im Jahr 2006 ein aktives Missbrauchsmanagement ein.³⁷ Nach Inkrafttreten der 5. IV-Revision am 1. Januar 2008 entwickelte sich – basierend auf den Erfahrungen der Privatassekuranz – auch in der Invalidenversicherung ein professionelles Betrugs- und Missbrauchsmanagement.³⁸
- 21 Mit dem in der 5. IVG-Revision neu eingeführten Art. 59 Abs. 5 IVG³⁹ sollte der IV analog den Privatversicherern die Möglichkeit gegeben werden, Spezialisten auf dem Gebiet der Bekämpfung von Versicherungsmisbrauch einzusetzen und somit Versicherte heimlich überwachen zu lassen. In der Folge erarbeitete das BSV in Zusammenarbeit mit den IV-Stellen ein Konzept zur Institutionalisierung der «Bekämpfung des Versicherungsmisbrauchs» (BVM), welches seit dem 1. August 2008 schweizweit umgesetzt wird. Der Prozess des Betrugsmanagements, angelehnt an die mehrjährige Praxis in den Privatversicherungsgesellschaften, läuft in vier Phasen ab: das Erkennen von Verdachts-

³⁵ AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Rz. 1; KIESER, Überwachung, Kap. IV/c.

³⁶ GÄCHTER/MEIER, Observation, Rz. 1; BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 11.

³⁷ Vgl. die Medienmitteilung «Keine neuen Observationsaufträge» der Suva vom 20. Oktober 2006; sowie BOLT/BRYNER, 209 f.

³⁸ BBI 7421, 7423; BSV, Erläuternder Bericht, 4; KOCHER/LEUENBERGER, 169 f.; MOTTA, 74; ebenso LEUENBERGER, Aspekte der Missbrauchsbekämpfung, 68.

³⁹ SR 831.20.

fällen, die darauf basierend vertieften Abklärungen und Ermittlungen, die Observation als letztes Mittel sowie die allenfalls folgenden versicherungs- und strafrechtlichen Massnahmen.⁴⁰

2.1. Erkennen von Verdachtsfällen

Um Verdachtsfälle zu erkennen, wurden Checklisten mit Risikoindikatoren ausgearbeitet, welche auf Erfahrungswerten basieren, wie etwa widersprüchliche Akten, gewisse Diagnosen, Fälle mit unklarer Kausalität,⁴¹ häufiger Wechsel des behandelnden Arztes, eine nicht nachvollziehbare Krankengeschichte oder Falschangaben des Versicherten. Diese Indikatoren dienen dem Versicherungsträger letztlich, diejenigen Fälle herauszufiltern, bei denen erfahrungsgemäss ein erhöhtes Risiko von Versicherungsmissbrauch besteht oder zumindest erwartet werden kann, sodass aufgrund dieser Einschätzung eine genauere (und damit auch zeitintensivere) Sachverhaltsabklärung – nötigenfalls unter Einbezug verschiedener Spezialisten in unterschiedlichen Gebieten – angezeigt erscheint.⁴²

Hinweise auf einen möglichen Versicherungsmissbrauch können dem Versicherungsträger aber auch von externen Stellen kommuniziert werden, wie etwa von den Kontrollorganen zur Bekämpfung von Schwarzarbeit, von Arbeitgebern oder anderen involvierten (kommunalen oder kantonalen) Behörden, aber auch von anonymen Drittpersonen aus der Bevölkerung, wie etwa dem Nachbarn der versicherten Person.⁴³

2.2. Vertiefte Abklärungen und Ermittlungen

Erhärtet sich in der Folge ein anfänglicher Verdacht, schalten sich parallel zum zuständigen Fallführer des Dossiers BVM-Spezialisten ein, welche sich einerseits im Versicherungsgeschäft auskennen sowie andererseits – zumindest teilweise – Erfahrung aus polizeilichen Ermittlungen mitbringen. Im Rahmen

⁴⁰ Vgl. BBI 2018 1612; BSV, Erfahrungen, 2 f.; LEUENBERGER, Missbrauchsbekämpfung, 66; sowie KOCHER/LEUENBERGER, 169 f.

⁴¹ In der Praxis stellen sich insbesondere im Unfallversicherungsrecht immer wieder Kausalitätsfragen. Damit die Versicherungsleistungen zulasten des Unfallversicherers gehen, muss zwischen dem äusseren Ereignis und der Gesundheitsschädigung ein Zusammenhang (natürliche und adäquate Kausalität) bestehen.

⁴² KOCHER/LEUENBERGER, 170; für weitere Beispiele von Risikoindikatoren vgl. BACHMANN/D'ANGELO, 133, 142; und WEISS, 408, 425 ff.

⁴³ BSV, Erfahrungen, 2.

der gesetzlich vorgeschriebenen Abklärungspflicht⁴⁴ ist es Aufgabe dieser Spezialisten, dem im Raum stehenden möglichen Versicherungsmisbrauch nachzugehen. Dazu nehmen sie tiefere als bisher unternommene Abklärungen vor.⁴⁵

- 25 Dazu zählen etwa Internetrecherchen⁴⁶, Hausbesuche und persönliche Gespräche mit der versicherten Person, das Einholen weiterer für den konkreten Fall erforderlicher Dokumente (Handelsregisterauszug, Auszug aus dem individuellen Konto der versicherten Person zur Ermittlung des Einkommens etc.) oder auch Umfeldabklärungen direkt vor Ort.⁴⁷ In dieser Phase wird schliesslich auch entschieden, ob sich der finanzielle Aufwand einer Observation für den Versicherungsträger lohnt.⁴⁸
- 26 Von grosser Bedeutung im Rahmen dieser Abklärungen ist die Zusammenarbeit mit anderen Versicherungen, welche im gleichen Fall involviert sind, insbesondere die Zusammenarbeit zwischen der Invaliden- und der Unfallversicherung, aber auch zwischen der Krankentaggeld- und der Haftpflichtversicherung sowie den Pensionskassen.⁴⁹

2.3. Observation als ultima ratio

- 27 Sofern es den BVM-Spezialisten nicht gelingt, mit diesen vertieften Abklärungen den im Raum stehenden möglichen Versicherungsmisbrauch nachzuweisen, kann als letzte Möglichkeit eine Observation durchgeführt werden. Die Überwachung eines Versicherten stellt das letzte Mittel in der Sachverhaltsabklärung dar. Der Einsatz dieser Sachverhaltsabklärung ist jedoch sehr kostspielig, weswegen eine Observation nur in Fällen mit hohen potenziellen Ver-

⁴⁴ Vgl. dazu hinten [Rz. 48 ff.](#)

⁴⁵ Teilweise wird in der Praxis für derartige Abklärungen auch der Begriff «materielle Vorrermittlung» benutzt, vgl. WEIBEL, Rz. 9.

⁴⁶ Zur Problematik sozialversicherungsrechtlicher Abklärungen im Internet siehe EICHENBERGER/PRIBNOW, 275 ff.; BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 26.

⁴⁷ BSV, Erfahrungen, 2; LEUENBERGER, Missbrauchsbekämpfung, 66; KOCHER/LEUENBERGER, 170 f.

⁴⁸ Vgl. WEIBEL, Rz. 9.

⁴⁹ LEUENBERGER, Missbrauchsbekämpfung, 66; KOCHER/LEUENBERGER, 170 f.; vgl. auch MOTTA, 74; BSV, Erfahrungen, 2; zum Aktenaustausch zwischen Privat- und Sozialversicherer vgl. das Akteneinsichtsrecht (Art. 47 ATSG) und die Verwaltungshilfe (Art. 32 Abs. 2 ATSG).

sicherungsleistungen, d.h. langfristigen Geldleistungen, eingeleitet wird, wie etwa im Rahmen eines Verfahrens zur Prüfung des Rentenanspruchs oder einer allfälligen Hilfslosenentschädigung.⁵⁰

2.4. Versicherungs- und strafrechtliche Massnahmen

Hat sich der anfängliche Verdacht auf Versicherungsmissbrauch mittels der Ergebnisse der BVM-Mitarbeiter erhärtet, so leitet der betroffene Sozialversicherer zunächst die entsprechenden versicherungsrechtlichen Massnahmen ein. Dies erfolgt im Regelfall mit einer sofortigen Änderung, Kürzung oder Einstellung der Versicherungsleistungen.⁵¹ Dabei kann der Versicherer die unrechtmässig bezogenen Leistungen zurückfordern. Je nach Betrag und internen Vorgaben kann der Versicherungsträger aber auch darauf verzichten.⁵²

In einem zweiten Schritt werden die strafrechtlichen Massnahmen geprüft. Dabei wird im Einzelfall und aufgrund der konkreten Verfehlungen entschieden, ob eine Strafanzeige erstattet wird, wodurch in der Folge die Strafuntersuchungsbehörden aktiv werden. Als Straftatbestände kommen bei Versicherungsbetrug etwa der Betrug nach Art. 146 StGB, die Urkundenfälschung gemäss Art. 251 StGB sowie der seit dem Jahre 2016 neu eingeführte Art. 148a StGB betreffend den unrechtmässigen Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe.⁵³

Während in der Praxis der Nachweis der Urkundenfälschung wohl wenig Anlass zur Diskussion gibt, ist nicht mit jeder Änderung, Kürzung oder Sistierung der Versicherungsleistungen vom Straftatbestand des Betrugs auszugehen. In vielen Fällen lässt sich nämlich die strafrechtlich geforderte Absicht, namentlich die arglistige Irreführung bzw. die Bestärkung in einem Irrtum nicht nachweisen, sodass (lediglich) die spezialgesetzlichen Strafbestimmungen im jeweiligen Sozialversicherungszweig zur Anwendung gelangen, wie etwa die Verletzung der Auskunftspflicht nach Art. 112 UVG⁵⁴ oder nach

⁵⁰ Vgl. BSV, Erfahrungen, 2; LEUENBERGER, Missbrauchsbekämpfung, 66 f.; KOCHER/LEUENBERGER, 171.

⁵¹ Bei bereits formell rechtskräftigen zugesprochenen Dauerleistungen (Invalidenrente) wird eine Rentenrevision vorgenommen (Art. 17 ATSG).

⁵² BSV, Erfahrungen, 2 f.; LEUENBERGER, Missbrauchsbekämpfung, 67; KOCHER/LEUENBERGER, 171.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ SR 832.20.

Art. 88 AHVG⁵⁵.⁵⁶ In derartigen Fällen ist der neue Straftatbestand des unrechtmässigen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe zu prüfen, da es sich hierbei um einen Auffangtatbestand zum Betrug handelt, welcher zur Anwendung kommt, wenn der schwerere Betrugstatbestand nicht erfüllt ist. Gemäss Art. 148a StGB genügt es nämlich, wenn der Täter jemanden durch bestimmte Tathandlungen irreführt oder in einem Irrtum bestärkt, ohne dass Arglist gegeben sein muss. Der neue Straftatbestand formuliert damit einzig das strafbare Verhalten im Bereich des unrechtmässigen Bezugs von Sozialleistungen, das nicht bereits durch den Betrugstatbestand abgedeckt ist. Entsprechend fällt die Strafdrohung in Art. 148a StGB geringer aus als beim Betrug nach Art. 146 StGB.⁵⁷

2.5. Auswirkungen des BVM-Konzepts in der Praxis

- 31 Durch das BVM-Konzept und die damit einhergehende Professionalisierung der Missbrauchsbekämpfung haben die Unfall- und Invalidenversicherer wirkungsvolle Fachstellen zur Bekämpfung des Versicherungsmissbrauchs geschaffen. Doch auch die in der Folge vom Bundesgericht entwickelte Rechtsprechung schuf einen günstigen Rahmen zur Weiterentwicklung des bewährten und erfolgreichen BVM-Konzepts, welche in der Invaliden- und Unfallversicherung bis heute andauert. Mit dem Leitentscheid 135 I 169⁵⁸ erteilte das Bundesgericht der Suva und damit dem ersten Sozialversicherer die explizite Erlaubnis, selbst Observationen durchzuführen. Durch dieses Urteil richtete sich der Fokus der Sozialversicherer in der Folge zusehends auf die Möglichkeit der Observationen als Massnahme zur Sachverhaltsabklärung und Beweismittelbeschaffung.⁵⁹
- 32 Obschon die Sozialversicherungen Observationen nicht primär durchführen, um Geld einzusparen, sondern um die Rechtmäßigkeit des Leistungsbezugs zweifelsfrei abklären zu können, hatte die Bekämpfung des Versicherungsmissbrauchs für die Sozialversicherer auch finanzielle Auswirkungen. Bereits wenige Jahre nach Einführung des BVM-Konzepts verzeichnete die Invaliden-

⁵⁵ SR 831.10.

⁵⁶ Obschon die spezialgesetzlichen Strafbestimmungen – zumindest im Unfallversicherungsrecht – nur selten angerufen werden, vgl. MOTTA, 74. Zum arglistigen Verhalten in Bezug auf Versicherungsbetrug vgl. WEISS, 408, 422 f.

⁵⁷ Vgl. BBI 2013, 6036 f.

⁵⁸ Zu den bisherigen Leitentscheiden im Zusammenhang mit Observationen im Sozialversicherungsrecht vgl. hinten [Rz. 69 ff.](#)

⁵⁹ LEUENBERGER, Missbrauchsbekämpfung, 67; MOTTA, 74; BSV, Erfahrungen, 1 f.

versicherung jährliche Einsparungen von rund 10 Mio. Franken, davon 1,6 Mio. infolge von Observationen. Da eine Rente für gewöhnlich über Jahre hinweg ausgerichtet wird, ist die tatsächliche Einsparung deutlich höher, da die reservierten Rückstellungen für künftige Rentenzahlungen aufgelöst werden können. Schätzungen der IV zufolge liegt der Wert der Renten, welche in der IV aufgrund des Missbrauchsmanagements zwischen 2010 und 2016 eingespart werden konnten, bei über einer Milliarde Franken, wovon 170 Mio. Franken auf Observationsfälle zurückzuführen sind.⁶⁰ Auch im UVG-Bereich wird davon ausgegangen, dass sich die jährlichen Kosteneinsparungen mit den beschriebenen Massnahmen auf mehrere Millionen Franken belaufen.⁶¹

III. Abgrenzungen

1. Augenschein

Im juristischen Sprachgebrauch wird unter Augenschein die direkte sinnliche Wahrnehmung eines Zustandes einer Person und/oder Gegenstandes durch eine untersuchende Behörde verstanden.⁶² Dabei handelt es sich wie bei der Observation um eine Abklärungsmassnahme vor Ort, mit welcher die Einholung beweiskräftiger Tatsachen bezweckt wird. So kann mit einem Augenschein etwa das Domizil der versicherten Person abgeklärt werden, indem die beim Versicherungsträger hinterlegte Briefkastenanschrift überprüft wird. Im Unterschied zur Observation erfolgt dabei keine systematische Überprüfung, wie etwa ein wiederkehrendes Beobachten des Wohnhauses des Versicherten, um zu kontrollieren, ob es tatsächlich bewohnt wird. Im Vergleich zu einer (systematisch durchgeföhrten) Observation handelt es sich bei dieser Abklärungsmassnahme um einen weniger invasiven Eingriff in die Grundrechtsposition der betroffenen Personen.⁶³

33

⁶⁰ Vgl. zum Ganzen BSV, Erfahrungen, 3; zu den Fallzahlen der in der Vergangenheit veranlassten Observationen in der IV und bei der SUVA vgl. BSV, Fakten, 8.

⁶¹ MOTTA, 74.

⁶² PETER R., 510 f. und dort zitierte weitere Literatur.

⁶³ Vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 1003; zu den übrigen Abklärungsinstrumenten im Sozialversicherungsrecht vgl. hinten [Rz. 56 ff.](#)

2. Verdeckte Ermittlung

- 34 Ferner ist die vom Sozialversicherungsträger zur Sachverhaltsermittlung angeordnete Observation von der verdeckten Ermittlung im Sinne des abVE⁶⁴ bzw. der Art. 285a ff. StPO zu unterscheiden. Verdeckte Ermittlungen ermöglichen Angehörigen der Polizei, die nicht als Ermittler erkennbar sind und in diesem Sinne meist unter einer falschen Identität agieren, in das kriminelle Umfeld der überwachten Person einzudringen und damit zur Aufklärung von Straftaten beizutragen. Im Unterschied zur Observation erfolgt die Beweismittelbeschaffung bei der verdeckten Ermittlung durch ein aktives Tun bzw. Verhalten des Ermittlers, da hier das Knüpfen des Kontakts zur verdächtigen Person im Vordergrund steht.⁶⁵ Die StPO beschränkt den Einsatz dieser schwerwiegenden Form des Polizeieinsatzes auf besonders schwere Straftaten, die in einem Deliktkatalog abschliessend aufgeführt sind.⁶⁶

3. Vorabklärungen

- 35 Zur Observation kommt ergänzend oder alternativ als Massnahme zur Sachverhaltsabklärung auch eine Befragung von Drittpersonen aus dem Umfeld der versicherten Person in Betracht, etwa am Arbeitsplatz des Versicherten. Zudem kommt es in der Praxis auch vor, dass Versicherungsangestellte oder Drittpersonen (z.B. Case Manager) bei der versicherten Person Hausbesuche durchführen.⁶⁷
- 36 Die Befragung von Drittpersonen sowie die Hausbesuche zielen im Vergleich zur Observation nicht auf die Ablehnung oder die Kürzung von Versicherungsleistungen ab, sondern dienen der allgemeinen Eruierung des Sachverhalts zur Unterstützung des fallbetrauten Sachbearbeiters. Dem Case Manager kommt ferner eine beratende und unterstützende Funktion zu, indem er die versicherte Person in sämtlichen Belangen unterstützt, beispielsweise in administrativen Angelegenheiten.
- 37 Ebenfalls ergänzend bzw. abgrenzend zur Observation ist die taktische Vorermittlung zu betrachten, welche einzig der Observationsplanung dient, indem

⁶⁴ Am 1. Januar 2011 trat die StPO (SR 312.0) in Kraft, welche im Hinblick auf die verdeckte Ermittlung das bis anhin geltende Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung abgelöst hat.

⁶⁵ Zum Begriff der verdeckten Ermittlung vgl. BGE 134 IV 266 E. 3.5 ff. sowie das Urteil 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009 E. 6.3; AEBI-MÜLLER, 154 f.

⁶⁶ Vgl. Art. 286 Abs. 2 StPO.

⁶⁷ AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Rz. 8.

etwa die infrage kommenden Örtlichkeiten vorab auskundschaftet werden, um die Anforderungen (Anzahl Observanten, notwendige Observationsmittel usw.) an die anschliessende Überwachungstätigkeit zu ermitteln.⁶⁸

IV. Beginn der Observationen und deren Bilanz

1. Anstieg der Berentungen

Besonders ausschlaggebend für das Aufkommen von Observationen im Sozialversicherungsrecht war wohl die in der Invalidenversicherung verzeichnete überdurchschnittliche Zunahme von Rentenleistungen ab den 1990er-Jahren. Zwischen 1990 und 2005 stieg die Zahl der Rentenbezüger mit knapp 5% pro Jahr markant an.⁶⁹

Wie die Tabelle auf der folgenden Seite veranschaulicht, zeigte sich in der Invalidenversicherung erst ab dem Jahr 2006 eine allmählich abnehmende Zahl an Rentenbezügern.⁷⁰

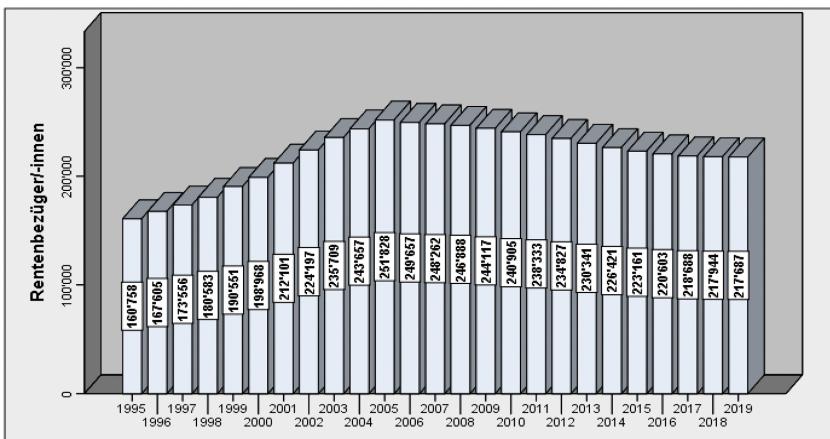
38

39

⁶⁸ Da nicht die versicherte Person im Rahmen einer taktischen Vorermittlung das Ziel der Abklärung ist, sondern die Auskundschaftung der Örtlichkeit, wird in der Praxis die Auffassung vertreten, dass derartige Vorabklärungen nicht an die Voraussetzungen und Schranken von Art. 43a ATSG gebunden sind (insbesondere hinsichtlich der Anordnung [Art. 43a Abs. 2 ATSG, vgl. hinten [Rz. 222 ff.](#)] und der Anforderungen an die Spezialisten [Art. 43a Abs. 9 lit. c ATSG i.V.m. Art. 7a bis 7g ATSV, vgl. hinten [Rz. 366 ff.](#)]), vgl. WEIBEL, Rz. 8.

⁶⁹ BSV, Erfahrungen, 1 f.; die Zunahme der Rentenbezüger bis im Jahr 2005 stand auch im Zusammenhang mit einem Anstieg von Renten aufgrund von nicht objektivierbaren Gesundheitsschäden, vgl. hierzu KOCHER, 97 ff.

⁷⁰ Auf der Internetplattform des BSV lassen sich zur IV-Statistik verschiedene Tabellen hinsichtlich der Bezüger von Renten der Invalidenversicherung in der Schweiz generieren. Als Variablen stehen die Beobachtungseinheit, die Rentenart, das Geschlecht, der Wohnsitzstaat, die Staatsangehörigkeit sowie die Jahre ab 1995 zur Auswahl, vgl. <https://www.px-web.bfs.admin.ch/pxweb/de/px-x-1305010000_111/px-x-1305010000_111/px-x-1305010000_111.px>, [28.2.2022].



Grafik: Bezüger von Renten der IV zwischen 1995 und 2019

- 40 Dies konnte in erster Linie mit der Einführung der regionalen ärztlichen Dienste⁷¹ im Rahmen der 4. IV-Revision und mit der gesetzlichen Verankerung des Zumutbarkeitsprinzips⁷² anlässlich der 5. IV-Revision erreicht werden.⁷³ Beide Revisionen hatten u.a. zum Ziel, die über Jahre hinweg angesammelten Defizite der IV zu verringern und damit insgesamt die finanzielle Lage der IV zu stabilisieren.⁷⁴
- 41 Nichtsdestotrotz rückte in Anbetracht der enormen finanziellen Belastung der IV, deren Schulden pro Tag um mehrere Millionen Franken zunahmen, die Problematik des unrechtmässigen Leistungsbezugs ins Bewusstsein des öffentlichen Interesses und ebnete in diesem Sinne auch den Weg für die Observation

⁷¹ Dabei handelt es sich um ein medizinisches Kompetenzzentrum, welches zuhanden der IV die versicherungsmedizinischen Voraussetzungen zum Leistungsbezug prüft (z.B. in Bezug auf die Zusprechung einer möglichen Invalidenrente).

⁷² Im Rahmen der 5. IV-Revision wurde die Zumutbarkeit von Eingliederungsmassnahmen (zulasten der versicherten Person) in Art. 7a IVG neu definiert.

⁷³ Vgl. KOCHER, 97.

⁷⁴ Vgl. BSV, Sparmassnahmen, 1 f., mit weiteren Angaben zu den gezielten Sparmassnahmen zur 5. IV-Revision.

als Mittel zur Bekämpfung von Versicherungsmisbrauch.⁷⁵ Der Druck, den die Sozialversicherer aufgrund der erheblichen finanziellen Schwierigkeiten verspürten, mündete schliesslich in der Institutionalisierung der Betrugs- und Missbrauchsbekämpfung (BVM). Somit war der Grundstein für die systematische Überwachung von Versicherten gelegt.

Die mit dem BVM-Konzept einhergehende Professionalität im Versicherungswesen führte sodann zu einer vermehrten Feststellung missbräuchlicher Fälle. Dieser Umstand hat nicht zuletzt auch seinen Beitrag dazu geleistet, dass bei den Sozialversicherern das Bedürfnis wuchs, sich dieser Problematik vermehrt anzunehmen.⁷⁶

Des Weiteren ist das Interesse der Sozialversicherer, im Rahmen der vertieften Sachverhaltsabklärung zur Massnahme der Observation zu greifen, insbesondere seit dem Grundsatzentscheid⁷⁷ aus dem Jahr 2009, welcher erstmals die Durchführung einer Observation legitimierte, stark gestiegen.

Auch wurde die Thematik rund um Observationen von Sozialversicherten⁷⁸ durch die mediale Berichterstattung über Gerichtsentscheide im Zusammenhang mit Versicherungsmisbrauch in der breiten Öffentlichkeit bewusst wahrgenommen.⁷⁹ Die daraus resultierende öffentliche Diskussion um die sog. Scheininvaliden⁸⁰ zeigte sodann klar auf, dass in der Bevölkerung insbesondere gegenüber der IV ein Vertrauensverlust stattgefunden hatte.⁸¹ Doch auch auf politischer Ebene wurden die Stimmen nach Inkrafttreten der 5. IV-Revision am 1. Januar 2008 immer lauter, dem Versicherungsmisbrauch mit einschlägigen Mitteln entgegenzuwirken.⁸²

⁷⁵ BSV, Sparmassnahmen, 1.

⁷⁶ Vgl. GÄCHTER, *Observationen*, 179 f.

⁷⁷ Siehe BGE 135 I 169, dazu ausführlich hinten [Rz. 74 f.](#)

⁷⁸ Wie auch Observationen durch private Versicherungsgesellschaften.

⁷⁹ Vgl. ALIOTTA, *Stellenwert*, 211 f., mit Beispielen; siehe dazu auch NZZ vom 29. November 2011, «Beim Putzen gefilmt», betreffend das Urteil 8C_272/2011 vom 11. November 2011.

⁸⁰ Damit gemeint sind Personen, welche den Anschein erwecken, invalid zu sein, obwohl sie einer Erwerbstätigkeit nachgehen könnten, ohne Versicherungsleistungen beziehen zu müssen, vgl. WEISS, 408, 431.

⁸¹ Vgl. BSV, IV-Revision, 10.

⁸² Z.B. die parlamentarische Initiative «Kein weiterer Verzehr von AHV-Renten durch die Missstände in der Invalidenversicherung» (08.475) von Alt-Nationalrat Ueli Maurer vom 3. Oktober 2008 oder die Interpellation «Betrugsbekämpfung in der IV» (10.5465) von Alt-Nationalrat Louis Schelbert vom 6. Dezember 2010.

2. Fallzahlen

- 45 Vor Inkrafttreten der 5. IV-Revision haben die Sozialversicherer keine Zahlen zu Missbrauchsfällen erhoben. Eine von privaten Rechtsanwälten im Jahr 2006 durchgeführte Schätzung betreffend missbräuchlich bezogene Renten in der Invalidenversicherung ging von einer Missbrauchsquote von ca. 5% aus.⁸³ Im gleichen Jahr beauftragte das BSV ein unabhängiges Forschungsinstitut, sich dieser Sache anzunehmen. Die Forscher errechneten einen leicht höheren Anteil an nicht zielkonformen Leistungen.⁸⁴
- 46 In der Zeit von 2010 bis 2019 klärten die IV-Stellen jährlich durchschnittlich rund 2 300 Fälle mit einem möglichen Verdacht auf Versicherungsmisbrauch ab, davon in rund 140 Fällen pro Jahr mit einer Observation. Der Verdacht auf Versicherungsmisbrauch konnte in rund der Hälfte der Fälle bestätigt werden.⁸⁵ Die Suva hat in der gleichen Zeit durchschnittlich rund 400 Verdachtsfälle pro Jahr bearbeitet und rund ein Dutzend Personen observiert. Versicherungsmisbrauch konnte in rund zwei Dritteln der Fälle nachgewiesen werden.⁸⁶
- 47 Die Privatversicherer haben gemäss einer Zahlenauswertung des SVV für die Jahre 2014 bis 2016 in 100 Fällen pro Jahr (0,03% der Personenschadenfälle) das Mittel der Observation in der Unfallversicherung genutzt. Damit verhinderten sie die Auszahlung ungerechtfertigter Versicherungsleistungen im Umfang von jährlich 24 Mio. Franken.⁸⁷

⁸³ Vgl. zum Ganzen BACHMANN/D'ANGELO, 133. 141.

⁸⁴ Vgl. dazu OTT/BADE/WAPF, 92 ff.

⁸⁵ Zur Bilanz der Ermittlungen zur Bekämpfung des Versicherungsmisbrauchs in der IV vgl. BBI 2017 7416; sowie BSV, Erfahrungen, 3; ROGG, 28; zur Bilanz für das Jahr 2019 siehe BSV, Bekämpfung, 1.

⁸⁶ Vgl. Observationen in den Sozialversicherungen unter: <<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/ueberblick/observationen.html>>, [28.2.2022]; zur Überwachungstätigkeit der Suva vgl. BOLT/BRYNER, 209 f.

⁸⁷ Vgl. die Medienmitteilung des SVV «Ungerechtfertigte Zahlungen von jährlich 24 Millionen Franken verhindert» vom 4. Juli 2018 unter: <<https://www.svv.ch/de/newsroom/ungegerechtfertigte-zahlungen-von-jaehrlich-24-millionen-franken-verhindert>>, [28.2.2022].

Kapitel 2: Abklärungsverfahren

I. Untersuchungsmaxime

Gemäss Art. 43 Abs. 1 ATSG prüft der Versicherungsträger die Begehren, nimmt die notwendigen Abklärungen von Amtes wegen vor und holt die erforderlichen Auskünfte ein. Demnach ordnet diese Bestimmung die Untersuchungspflicht sowie die damit zusammenhängende Mitwirkung der Parteien⁸⁸, weswegen diesem Artikel im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren eine grosse Bedeutung beigemessen wird.⁸⁹

48

Im Abklärungsverfahren bedeutet die soeben dargelegte Untersuchungsmaxime⁹⁰ zweierlei, nämlich einerseits die Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen sowie andererseits die Rechtsanwendung von Amtes wegen.⁹¹ Dass das Abklärungsverfahren als öffentlich-rechtliches Verfahren vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird, ist darauf zurückzuführen, dass die Verwaltung ein besseres fachliches Verständnis als die versicherte Person hat. Zudem erfordert dies auch die Schutzbedürftigkeit der Sozialversicherten, die in der Regel kein juristisches Hintergrundwissen haben.⁹²

49

Ziel dieses Administrativverfahrens ist es, die tatsächliche Wahrheit in Bezug auf den Sachverhalt und die richtige Rechtsanwendung zu ermitteln. Der Sozialversicherer hat daher alle möglichen Leistungskategorien zu prüfen und alle rechtsbegründenden und rechtsauschliessenden Sachverhalte abzuklären. Dabei obliegen die Kosten der Abklärungen dem Versicherungsträger, und zwar auch dann, wenn Massnahmen nicht von ihm angeordnet wurden, sie jedoch den Verfahrensausgang beeinflusst haben.⁹³

50

⁸⁸ Vgl. Art. 61 lit. c ATSG; zur Mitwirkungspflicht siehe BGE 125 V 193 m.H.

⁸⁹ Vgl. KIESER, ATSG, Art. 43 N 2; LOCHER/GÄCHTER, 537; BSK ATSG-SCHIAVI, Art. 43 N 1.

⁹⁰ Zur Untersuchungsmaxime bzw. zum Untersuchungsprinzip siehe CR ATSG-PIGUET, Art. 43 N 9 ff.; LOCHER/GÄCHTER, 537; LEUZINGER-NAEF, 45; sowie BGE 119 V 347 E. 1.

⁹¹ Das Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen gilt als allgemeiner Verfahrensgrundsatz und damit auch ohne explizite Nennung im Gesetz, vgl. BGE 116 V 26 E. 3a.

⁹² RIEMER-KAFKA, Rz. 7.22.

⁹³ Ibid., Rz. 7.23, vgl. hierzu auch Art. 45 ATSG.

1. Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen

- 51 Hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung hat der Sozialversicherer unabhängig von den Parteianträgen den rechtserheblichen Sachverhalt aus eigener Initiative zu ermitteln und sich sämtliche für den Verfahrensabschluss notwendigen Unterlagen und Beweismittel zu verschaffen.⁹⁴ Tatsachen sind rechtserheblich, wenn von deren Vorliegen der Entscheid über Rechte und Pflichten abhängt.⁹⁵ Bei der Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts hat der Versicherungsträger sowohl medizinische wie auch nicht medizinische Gegebenheiten zu berücksichtigen.⁹⁶
- 52 Im Rahmen der ihnen obliegenden Verfahrensleitung⁹⁷ haben die Sozialversicherer einen grossen Ermessensspielraum in Bezug auf die Notwendigkeit, den Umfang und die Zweckmässigkeit von medizinischen Sachverhaltsabklärungen.⁹⁸ Dies impliziert jedoch kein uneingeschränktes Ermessen. Der Sozialversicherer hat sich nämlich an die rechtsstaatlichen Grundsätze zu halten.⁹⁹
- 53 Die Notwendigkeit der Ermittlungspflicht ergibt sich aus der Tiefe und dem Umfang der vorzunehmenden Abklärungen und setzt damit eine vorgängige Eruierung der massgebenden Sachverhaltselemente voraus. Darauf basierend sind folglich die konkreten Abklärungsmassnahmen abzuleiten.¹⁰⁰ Das Abklärungsverfahren gilt dann als abgeschlossen, wenn keine Zweifel an der Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung mehr bestehen und von weiteren Abklärungsmassnahmen keine neuen wesentlichen Erkenntnisse erwartet werden können.¹⁰¹
- 54 Wie systematisch die Abklärungen vorgenommen werden müssen, liegt im Ermessen des Versicherungsträgers. Dabei wird nicht vorausgesetzt, dass jedes

⁹⁴ Vgl. hierzu ALIOTTA, *Begutachtungen*, 48; sowie BGE 132 V 93 E. 4 und E. 5.2.8; die Abklärungen müssen grundsätzlich vor Verfügungserlass vorgenommen werden, vgl. das Urteil 8C_301/2016 vom 7. Juli 2016 E. 3.2; eine Vornahme von Abklärungen im nachgelagerten Einspracheverfahren ist nicht zulässig, vgl. BGE 132 V 368 E. 6.2.

⁹⁵ Vgl. BSK ATSG-SCHIAVI, Art. 43 N 5 m.w.H.

⁹⁶ ALIOTTA, *Begutachtungen*, 61 f.

⁹⁷ Es gilt das Offizialprinzip, wonach die Zuständigkeit, das Verfahren einzuleiten, den Verfahrensgegenstand festzulegen und das Verfahren abzuschliessen, beim Sozialversicherer liegt, vgl. dazu KIESER, ATSG, Art. 43 N 16.

⁹⁸ Vgl. BSK ATSG-SCHIAVI, Art. 43 N 6; Urteil 9C_28/2010 vom 12. März 2010 E. 4.1.

⁹⁹ Vgl. ALIOTTA, *Begutachtungen*, 62; Urteil 9C_28/2010 vom 12. März 2010 E. 4.1.

¹⁰⁰ KIESER, ATSG, Art. 43 N 18 f.

¹⁰¹ Vgl. die Urteile 9C_255/2015 vom 17. Juli 2015 E. 2; 8C_419/2014 vom 22. September 2014 E. 6.1 m.w.H.; LOCHER/GÄCHTER, 538 N 3.

Detail untersucht werden muss. Ist nach Einschätzung des Sozialversicherer der Sachverhalt mit dem (im Sozialversicherungsrecht üblichen) Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügend abgeklärt und der Endentscheid somit spruchreif (antizipierte Beweiswürdigung), kann er von weiteren Sachverhaltsabklärungen absehen. Eine vollständige und tiefgreifende Untersuchung gilt somit nur für rechtlich relevante Tatsachen.¹⁰²

2. Rechtsanwendung von Amtes wegen

Die Rechtsanwendung von Amtes wegen verpflichtet die Behörde, selbstständig die anwendbaren Rechtssätze zu suchen (Gesetze, Verordnungen, Kreisschreiben, Empfehlungen etc.), diese sodann auszulegen und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen zu ziehen.¹⁰³ Die verschiedenen Beweismittel, die im Rahmen des sozialversicherungsrechtlichen Abklärungsverfahrens eingeholt wurden, dienen dabei der rechtlichen Subsumtion.

55

II. Beweismittel

Die mit der Untersuchungsmaxime einhergehende Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen führt auch dazu, dass die Beweisführungslast beim Versicherungsträger liegt. Dem Sozialversicherer stehen im ATSG derweil eine Vielzahl von Beweismitteln zur Verfügung, obwohl diese im Gesetz nicht in einer detaillierten Auflistung zu finden sind.¹⁰⁴ Im Rahmen des Abklärungsverfahrens kann auf die folgenden Beweismittel zurückgegriffen werden:

- Formulare (Art. 29 Abs. 2 ATSG),
- Arzt- und Arbeitgeberberichte (Art. 29 Abs. 2 ATSG),
- Daten im Rahmen der Amtshilfe (Art. 32 Abs. 1 ATSG),
- Daten im Rahmen der Verwaltungshilfe (Art. 32 Abs. 2 ATSG),
- Mündliche (Art. 43 Abs. 1 Satz 2 ATSG) und schriftliche Auskünfte (Art. 28 Abs. 2 und 3 ATSG),
- Observationen (Art. 43a und Art. 43b ATSG) und
- Gutachten (Art. 44 ATSG).¹⁰⁵

56

¹⁰² RIEMER-KAFKA, Rz. 7.22.

¹⁰³ KIESER, ATSG, Art. 43 N 10; BGE 125 V 499 E. 1.

¹⁰⁴ CR ATSG-PIGUET, Art. 43 N 13.

¹⁰⁵ KIESER, ATSG, Art. 43 N 32.

- 57 Ergänzend sind die Beweismittel gemäss Art. 12 VwVG¹⁰⁶ anwendbar. Es handelt sich hierbei um Urkunden, Auskünfte der Parteien, Auskünfte oder Zeugnisse von Drittpersonen, Augenschein und Gutachten von Sachverständigen.¹⁰⁷ Neben den im VwVG genannten Beweismitteln zählt das Bundesgericht auch Abklärungsberichte dazu.¹⁰⁸
- 58 Das ATSG enthält keine Regelung dazu, in welchem Verhältnis die einzelnen Beweismittel zueinander stehen bzw. welches Gewicht den verschiedenen Nachweisen jeweils beigemessen wird. Hinsichtlich der Beweiswürdigung ist allein die Überzeugungskraft des einzelnen Beweismittels massgebend. Im Sozialversicherungsrecht gilt somit, wie im öffentlichen Recht allgemein, der Grundsatz der freien Beweiswürdigung.¹⁰⁹ Demnach würdigt der Sozialversicherer die Beweise frei, und zwar nach dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.¹¹⁰
- 59 Wie bereits ausgeführt, hat der Versicherer in Bezug auf die Sachverhaltsabklärung einen grossen Ermessensspielraum, insbesondere hinsichtlich der Notwendigkeit, des Umfangs und der Angemessenheit der medizinischen Datenerhebung.¹¹¹ Welches Beweismittel vom Sozialversicherungsträger im Einzelfall eingeholt wird, hängt vom Stand des laufenden Verfahrens ab. Dabei kommen den verschiedenen Beweismitteln je nach zu beurteilendem Sachverhalt unterschiedliche Qualitäten hinsichtlich der Verwertbarkeit zu, speziell in Fällen, in denen nur wenige (oder einzelne) Beweismittel für die Sachverhaltsfeststellung verwendet werden dürfen. In diesem Zusammenhang aufschlussreich sind insbesondere die vom Bundesgericht aufgestellten Beweiswürdigungsgrundsätze.¹¹² So hat das Bundesgericht in verschiedenen Urteilen

¹⁰⁶ SR 172.021.

¹⁰⁷ Vgl. ALIOTTA, *Begutachtungen*, 63; KIESER, ATSG, Art. 43 N 36; BSK ATSG-SCHIAVI, Art. 43 N 9.; obschon das Gesetz keine Einschränkung der zugelassenen Beweismittel vorsieht, wird in der Lehre teilweise die Auffassung vertreten, dass die in Art. 12 VwVG genannten Beweismittel subsidiär zu denjenigen im ATSG stehen, vgl. CR ATSG-PIGUET, Art. 43 N 13.

¹⁰⁸ Vgl. hierzu das Urteil 8C_756/2011 vom 12. Juli 2012 in Bezug auf die Abklärung der Hilflosigkeit (Art. 9 ATSG).

¹⁰⁹ Dazu grundlegend BGE 122 V 160 f.; vgl. auch RIEMER-KAFKA, Rz. 7.29 ff.; KIESER, ATSG, Art. 43 N 16.

¹¹⁰ Vgl. LOCHER/GÄCHTER, 549 f.; zum Beweisgrad im Bundessozialversicherungsrecht vgl. CR ATSG-PIGUET, Art. 43 N 23; sowie BSK ATSG-SCHIAVI, Art. 43 N 11 und die dort zitierte weitere Literatur und Rechtsprechung.

¹¹¹ Vgl. dazu das Urteil 9C_1012/2008 vom 30. Juni 2009 E. 3.2.1; CR ATSG-PIGUET, Art. 43 N 10; zum Ermessensspielraum vgl. vorne [Rz. 51 ff.](#)

¹¹² KIESER, ATSG, Art. 43a N 16.

festgehalten, welche Beweismittel bei bestimmten abzuklärenden Sachverhalten einzuholen sind.¹¹³ Leidet die versicherte Person beispielsweise an einem psychischen Gesundheitsschaden, so ist für die Abklärung der Leistungspflicht des Sozialversicherungsträgers ein psychiatrisches Gutachten einzuholen.¹¹⁴

III. Observation im Besonderen

Auf welches Beweismittel im Rahmen der Sachverhaltsabklärung zurückgegriffen wird, stellt im Sozialversicherungsrecht regelmässig eine Schwierigkeit dar. Auch wenn das ATSG keine Hierarchie zwischen den einzelnen Beweismitteln vorsieht, gibt es dennoch eine bestimmte Vor- und Nachrangigkeit der Beweismittel zu beachten, so auch bei der Observation.¹¹⁵ Obschon die Observation als Mittel der unmittelbaren Wahrnehmung einen anderen Erkenntnisgewinn bringen kann als andere Beweismittel, wie etwa ein Gutachten nach Art. 44 ATSG,¹¹⁶ stellen Observationsergebnisse grundsätzlich keine ausreichende Grundlage dar, um allein gestützt darauf den Anspruch von Versicherungsleistungen abschliessend zu beurteilen. Das Bundesgericht setzt aus diesem Grund in derartigen Fällen voraus, dass es zur abschliessenden Beurteilung zusätzlich einer fachärztlichen Einschätzung bedarf.¹¹⁷ Die Gründe, weswegen der Observation als Beweismittel eine geminderte Beweiskraft kommt, sind in der Art und Weise der Erhebung von Observationsmaterial zu suchen, welche einige Besonderheiten aufweist.¹¹⁸

1. Zufälliger Zeitpunkt

Eine von einem Sozialversicherer angeordnete Observation erfolgt aus Sicht der betroffenen Person zu einem zufälligen Zeitpunkt. Es ist für die Zielperson daher unmöglich vorauszusehen, ob und gegebenenfalls wann sie mit einer Observation rechnen muss. Problematisch ist dies insbesondere, weil der Gesundheitszustand einer Person nicht immer gleich ist. Ein Heilverlauf ist in vielen Fällen nicht konstant. Bei komplexen Personenschäden, bei welchen die erhoffte Gesundheitsbesserung sich über Jahre hinweg ziehen kann, gibt es

¹¹³ ALIOTTA, Begutachtungen, 65.

¹¹⁴ Vgl. zum Ganzen BGE 130 V 396 E. 5.3.

¹¹⁵ KIESER, ATSG, Art. 43a N 15 ff.

¹¹⁶ BGE 137 I 327 E. 5.4.1.

¹¹⁷ Ibid., E. 7.1; vgl. auch BGE 140 V 193 E. 3.2; wiederum bestätigt im Urteil 9C_483/2018 vom 21. November 2018 E. 4.1.2.

¹¹⁸ KIESER, Observationsergebnisse, 221 f.

Phasen, in welchen es dem Versicherten besser oder schlechter geht. Erfolgt die Überwachung der Zielperson zu einem in gesundheitlicher Hinsicht günstigen Zeitpunkt, so wird mit den Observationsergebnissen nicht die tatsächliche Gesundheitsschädigung erfasst, da es sich dabei um eine eng umrissene Zeitspanne handelt und diese nicht den ganzen Prozess des Heilverlaufs berücksichtigt. Die Erkenntnisse einer Observation können je nach Jahreszeit, in welcher sie durchgeführt wird, variieren. Von Relevanz sind in diesem Zusammenhang etwa rheumatische Beschwerden, welche sich vor allem in der kalten Jahreszeit manifestieren oder noch verstärken können. Insoweit vermag die Observation nicht ein aussagekräftiges Gesamtbild des Gesundheitszustandes der observierten Person aufzuzeigen.¹¹⁹

2. Zufälliger Inhalt

- 62 Die Observationsergebnisse sind nicht nur in zeitlicher Hinsicht kritisch zu hinterfragen, sondern auch inhaltlich. Auch wenn die Observation vor deren Durchführung sorgfältig geplant wird und die Örtlichkeiten vorab gut ausgetestet werden, kann der Observant unmöglich vorausplanen, wo die Überwachung letztlich stattfinden wird; insbesondere dann, wenn er die observierte Person vom Ausgangspunkt an (beispielsweise dem Wohn- oder Arbeitsort der versicherten Person) verfolgt und die Observation über mehrere Stunden andauert. Entscheidet sich die versicherte Person etwa spontan dazu, einer sportlichen Aktivität nachzugehen, sodass der Ort der Überwachungstätigkeit letztlich ein Vitaparcours im Wald ist, so unterscheiden sich die Observationsergebnisse denn auch wesentlich von solchen, die in einem Elektrofachgeschäft hätten gemacht werden können.

3. Fehlendes Mitwirkungsrecht

- 63 Aufgrund des besonderen Merkmals einer Observation, dass sie im Vergleich zu den übrigen Beweismitteln im Nichtwissen der betroffenen Person erfolgt, hat die Zielperson einer heimlichen Überwachung keinen (direkten) Einfluss auf die Observationsergebnisse. In Bezug auf die Beweiswürdigung dieses Beweismittels muss daher immer berücksichtigt werden, dass der versicherten Person von vornherein ihre Mitwirkung entzogen wurde und somit keine Wahrung des rechtlichen Gehörs stattgefunden hat. Dies führt dementsprechend zu einer geringeren Aussagekraft des Observationsmaterials.¹²⁰

¹¹⁹ KIESER, ATSG, Art. 43a N 18.

¹²⁰ Ibid., Art. 43a N 22; vgl. auch KIESER, Observationsergebnisse, 221 f.

4. Fehlende Objektivität

Der Objektivität der Abklärungsmittel kommt gemäss den vom Bundesgericht entwickelten Beweiswürdigungsgrundsätzen eine bedeutende Rolle zu. So misst das Bundesgericht etwa Berichten von behandelnden Ärzten weniger Gewicht bei als solchen von externen Medizinalpersonen, da bei Ersteren eine allfällige Befangenheit oder etwaige Interessen nicht ausgeschlossen werden können.¹²¹ Zudem besteht bei der Observation immer die Gefahr, dass die mit der Überwachung betraute Person in einem – wenn auch nur finanziellen – Abhängigkeitsverhältnis zum Versicherer steht und damit einhergehend auch ein Interesse daran hat, insbesondere diejenigen Momente oder Abläufe festzuhalten, die Auswirkungen auf die zu erbringenden Versicherungsleistungen haben. Aus diesem Grund ist bei der Würdigung des Observationsmaterials immer zu berücksichtigen, dass es sich um eine einseitige Dokumentation handelt, die dem Grundsatz der Objektivität im Regelfall nicht gerecht wird.¹²²

5. Fehlende Verifizierungsmöglichkeit

Charakteristisch für die Observation ist auch ihre einmalige Verwendbarkeit, da sie im Rahmen des Abklärungsverfahrens lediglich einmal erfolgt und nicht wiederholungsfähig ist. Dies ist insofern nachteilig, als die erlangten Observationsergebnisse zu einem späteren Zeitpunkt nicht erneut überprüft werden können. Im Vergleich zu einem Arztbericht oder einem Gutachten ist es nachträglich nicht möglich, eine Zweitmeinung einzuholen, welche unter Umständen zu neuen Erkenntnissen führt und damit die Gesamtsituation zu ändern vermag. In diesem Sinne ist die Aussagekraft einer Observation im Vergleich zu den übrigen nachprüfbaren und wiederholungsfähigen Beweismitteln geringer zu bewerten.¹²³

6. Unsichtbare Eigenanstrengung der versicherten Person

Ein weiterer Aspekt, welchem im Zuge der Auswertung des Observationsmaterials ebenfalls Beachtung geschenkt werden muss, ist die unsichtbare (Eigen-)Anstrengung der versicherten Person. Schliesslich möchte sich niemand in der Öffentlichkeit schwach und gebrechlich zeigen. Es muss daher immer davon ausgegangen werden, dass eine versicherte Person trotz gesundheitli-

¹²¹ Statt vieler: BGE 135 V 465 E. 4.5; vgl. auch KIESER, *Observationsergebnisse*, 221 f.

¹²² KIESER, ATSG, Art. 43a N 19; KIESER, *Observationsergebnisse*, 221 f.

¹²³ Ibid.

cher Beschwerden nicht unangenehm auffallen möchte und sich deswegen so verhält, als wäre sie beschwerdefrei. Die Observationsergebnisse sind daher auch in dieser Hinsicht immer kritisch zu hinterfragen.

IV. Zwischenfazit

- 67 Nach dem im Sozialversicherungsrecht geltenden Untersuchungsgrundsatz ist es die Pflicht sämtlicher Versicherungsträger, genau abzuklären, wer Anspruch auf welche Leistungen hat. Zur Eruierung des Sachverhalts stehen den Sozialversicherern diverse Beweismittel zur Verfügung, auf welche sie im Laufe des Abklärungsverfahrens zurückgreifen können. Welche Beweismittel sie dabei verwenden, liegt prinzipiell im Ermessen des Versicherungsträgers. Grundsätzlich sind die im Gesetz genannten Beweismittel geeignet, den Sachverhalt abschliessend zu beurteilen. Dennoch braucht es in Ausnahmefällen eine Observation. Obschon die Nachteile dieses Abklärungsmittels (zufälliger Zeitpunkt und Inhalt, fehlende Objektivität, Mitwirkungsrechte und Verifizierungsmöglichkeiten sowie Eigenanstrengung der versicherten Person) nicht ausser Acht gelassen werden können, hat die Observation gegenüber allen anderen Beweismitteln einen gewichtigen Vorteil: Durch die Beobachtung und die damit einhergehende systematische Informationsbeschaffung kann der Versicherungsträger zu neuen, bisher unbekannten Erkenntnissen gelangen, welche die versicherte Person auf freiwilliger Basis nicht preisgegeben hätte.
- 68 Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ergänzen die Observationsergebnisse lediglich die vorhandenen medizinischen Unterlagen.¹²⁴ Zur Erlangung ihrer vollen Beweiskraft bedürfen sie zusätzlich einer medizinischen Einschätzung, in welcher das erlangte Observationsmaterial einbezogen und mitberücksichtigt wird. Ihnen kommt daher kein eigenständiger Beweiswert zu. Sie runden lediglich das Gesamtbild des Gesundheitszustands der versicherten Person ab und tragen mithin zur abschliessenden Beurteilung bei.

¹²⁴ Siehe vorne [Rz. 60](#).

Kapitel 3: Bisherige Leitentscheide

I. Allgemeines

Wie zuvor dargelegt, ist das Phänomen der Observation als zusätzliche Abklärungsmassnahme im Sozialversicherungsrecht erst in jüngerer Zeit entstanden.¹²⁵ Auch wenn der (endgültige) Durchbruch der Überwachungstätigkeit primär auf die im Versicherungswesen erfolgte Institutionalisierung der Bekämpfung von Versicherungsmissbrauch¹²⁶ zurückzuführen ist, lassen sich im Nachhinein – zumindest in Bezug auf die Jurisprudenz – zwei Grundsatzentscheide eruieren, welche neben der BVM-Konzeptionierung einen günstigen Rahmen für die Durchführung von Observationen in der Schweiz geschaffen haben.¹²⁷

69

II. Verwertbarkeit von Observationsmaterial

Im Leitentscheid BGE 129 V 323 erlaubte das Bundesgericht dem ersten Sozialversicherer¹²⁸, die Ergebnisse einer durch einen Privatversicherer angeordneten Überwachung zu verwerten.¹²⁹ Dabei prüfte das Bundesgericht in einem ersten Schritt die Rechtmässigkeit der vom Privatversicherer durchgeföhrten Observation und sodann die Beweismittelverwertung durch den Sozialversicherer.

70

Da die Observation durch einen Privatversicherer erfolgte, war deren Zulässigkeit nach privatem Recht zu beurteilen. In privatrechtlicher Hinsicht kann eine Observation eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB bewirken.¹³⁰ Aufgrund dessen wies das Bundesgericht darauf hin, dass die Überwachungstätigkeit eines Rechtfertigungsgrundes gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB – mithin eines überwiegenden privaten oder öffentlichen Interesses – bedurfte. Die Richter bejahten die Rechtmässigkeit mit der Begründung, dass der Versicherer

71

¹²⁵ Vgl. dazu vorne [Rz. 38 ff.](#)

¹²⁶ Siehe vorne [Rz. 20 ff.](#)

¹²⁷ BSV, Erfahrungen, 1 f.; vgl. dazu ebenso LEUENBERGER, Aspekte der Missbrauchsbekämpfung, 68 f.

¹²⁸ Im konkreten Fall handelte es sich um die Suva.

¹²⁹ Vgl. DETTWILER/HARDEGGER, 246 ff.

¹³⁰ Ausführlich zum zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz in Zusammenhang mit Observationen vgl. AEBI-MÜLLER, 155 ff.; AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Rz. 10 ff.; GÄCHTER/MEIER, Observation, Rz. 54 ff.; ALIOTTA/Stellenwert, 211 ff.

und die dahinterstehende Versicherungsgemeinschaft keinen unrechtmässigen Leistungsbezug zu finanzieren hätten. Ausserdem wurde der Umstand berücksichtigt, dass sich der Anspruch der Versicherungsleistungen auf den Gesundheitszustand und die Arbeitsfähigkeit abstützt, weshalb die versicherte Person derartige Eingriffe in die Persönlichkeit zu erdulden habe. Dementsprechend kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der Eingriff durch die Haftpflichtversicherung rechtmässig war.¹³¹

- 72 Hinsichtlich der Beweismittelverwertung durch die Suva als Sozialversichererin stellten sich nunmehr Fragen des öffentlichen Rechts. Zur Beurteilung, ob das vorhandene Observationsmaterial im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren verwendet werden dürfe, prüfte das Bundesgericht den Schutz der Privatsphäre nach Art. 13 BV nach dem Prüfungsschema von Art. 36 BV.¹³²
- 73 Als gesetzliche Grundlage zog das Bundesgericht Art. 47 aUVG¹³³ heran, welcher dem Unfallversicherer nach altem Recht eine Pflicht zur Sachverhaltsabklärung auferlegt. Das öffentliche Interesse an der Einschränkung des Schutzes der Privatsphäre lag wie bereits bei der Argumentation für die Rechtmässigkeit beim Privatversicherer darin, keine ungerechtfertigten Versicherungsleistungen erbringen zu müssen. Die Verhältnismässigkeit der Einschränkung bejahte das Bundesgericht sodann mit dem Argument, dass nur die durch die Observation erlangten Beweismittel eine unmittelbare Wahrnehmung der offensichtlich vorhandenen Arbeitsunfähigkeit wiedergeben könnten. Zudem beziehe sich die Überwachung nur auf die strittige Frage der Arbeitsunfähigkeit und greife nicht weiter in die Privatsphäre ein. Schliesslich verletzte die Verwertung der aus der Überwachung erlangten Beweismittel nicht den Kerngehalt des Schutzes der Privatsphäre gemäss Art. 13 Abs. 1 BV, sodass die Verwertung des Observationsmaterials insgesamt als zulässig zu betrachten sei.¹³⁴

¹³¹ Siehe zum Ganzen BGE 129 V 323 E. 3.3.3. Vgl. auch SCHMID, 223 ff. betreffend die Verwertbarkeit des Observationsmaterials im Zivilprozess.

¹³² Zum Prüfungsschema bezüglich der Einschränkung von Grundrechten vgl. hinten [Rz. 96 ff.](#)

¹³³ Art. 47 aUVG (allgemeine Sachverhaltsermittlung durch den Versicherer) wurde per 1. Januar 2003 durch den Art. 43 ATSG i.V.m. Art. 28 ATSG ersetzt. Zur Untersuchungsmaxime im Sozialversicherungsrecht vgl. vorne [Rz. 48 ff.](#)

¹³⁴ Vgl. BGE 129 V 323 E. 3.3.3; siehe dazu auch FEY, 130 f.; die Verwertung von Observationsergebnissen eines Privatversicherers wurde auch in BGE 132 V 241 sowie im Urteil 8C_806/2007 vom 7. August 2008 gutgeheissen.

III. Überwachungstätigkeit durch Sozialversicherer selbst

In der Folge richtete sich der Fokus der Sozialversicherer zusehends auf die Möglichkeit der Observation als Massnahme zur Sachverhaltsabklärung.¹³⁵ Im Leitentscheid BGE 135 I 169 erteilte das Bundesgericht schliesslich dem ersten Sozialversicherer die explizite Erlaubnis, selbst Observationen durchzuführen.¹³⁶

Im genannten Urteil setzte das Bundesgericht die Rahmenbedingungen für die Anordnung und Durchführung einer Observation im Sozialversicherungsrecht. Demnach stellt die Überwachungstätigkeit einen Eingriff in die Grundrechte dar, die den Schutzbereich der Privatsphäre nach Art. 13 BV berührt. Es wird in der weiteren Beurteilung nach der Intensität des Eingriffs unterschieden. Dabei ist entscheidend, ob die Überwachung auf öffentlichen, für jedermann zugänglichen Plätzen oder auf privatem Grund erfolgt, und diesbezüglich, ob der private Bereich für jedermann einzusehen ist oder ob es sich um einen privaten Raum handelt, der nur für eine sehr beschränkte Anzahl von Personen zugänglich bzw. einsehbar ist. Wenn sich eine Observation auf Tätigkeiten im öffentlichen Raum beschränkt, stellt sie (lediglich) einen geringfügigen Eingriff in die grundrechtliche Position der versicherten Person dar, der jeweils dem Prüfschema von Art. 36 BV¹³⁷ (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Kerngehalt von Art. 13 BV) standhält.¹³⁸ Grundsätzlich sei aber die gesetzliche Grundlage genügend. Hierfür zog das Bundesgericht die Art. 43 ATSG¹³⁹, wonach der Versicherungsträger die notwendigen Abklärungen durchzuführen habe, sowie Art. 28 Abs. 2 ATSG, welcher eine allgemeine

74

75

¹³⁵ BSV, Erfahrungen, 1 f.; HORSCHIK, 85.

¹³⁶ Interessanterweise liess das Bundesgericht im Leitentscheid BGE 129 V 323 die Frage der Zulässigkeit einer Observationsanordnung bzw. -durchführung durch einen Sozialversicherer selbst ausdrücklich noch offen, vgl. BGE 129 V 323 E. 2c.

¹³⁷ Dazu ausführlich hinten [Rz. 96 ff.](#)

¹³⁸ Siehe BGE 135 I 169 E. 5.4 ff.; zudem hat das Bundesgericht in BGE 137 I 327 entschieden, dass selbst Eingriffe, die auf privatem, aber für jedermann einsehbarem Raum erfolgen (z.B. auf einem Balkon), zulässig sind.

¹³⁹ Dass Art. 43 Abs. 1 ATSG eine genügende gesetzliche Grundlage für eine Observation sei, stellte das Bundesgericht bereits in BGE 132 V 241 E. 2.5.1 fest.

Auskunftspflicht der versicherten Person statuiert, heran.¹⁴⁰ Damit beurteilte das Bundesgericht die geltenden Rechtsgrundlagen im ATSG und im UVG als hinreichend für die Durchführung von Observationen im Sozialversicherungsrecht.¹⁴¹

IV. Bemühungen für eine Gesetzesgrundlage

- 76 Beim Inkrafttreten der 5. IV-Revision war noch nicht geklärt, ob die Unfallversicherer im Rahmen des geltenden UVG sich auf eine Gesetzesgrundlage berufen konnten, um auch Observationen anzutreten. Zu diesem Zeitpunkt war erst der Leitentscheid BGE 129 V 323 betreffend die Verwertbarkeit der Observationsergebnisse durch einen Sozialversicherer ergangen. Aufgrund dessen und um mehr Klarheit zu schaffen schlug der Bundesrat im Jahr 2008 in der Botschaft zur Revision des Unfallversicherungsgesetzes vor, im ATSG eine entsprechende Gesetzesgrundlage für alle Sozialversicherungen zu schaffen.¹⁴² Vorgesehen war die Gesetzesgrundlage in E-Art. 44a ATSG.¹⁴³ Damit hätte den Sozialversicherern eine umfassendere und detailliertere Regelung zur Verfügung gestanden als der anlässlich der 5. IV-Revision ergänzte Art. 59 Abs. 5 IVG. In der Folge scheiterte die UVG-Revision aber im Parlament. Allerdings war dies für die Überwachungstätigkeit der Versicherungsträger insoweit unbedeutend, als Observationen mit dem im Jahr 2009 ergangenen Grundsatzentscheid BGE 135 I 169 auch ohne eine ausreichend präzise Gesetzesgrundlage für zulässig erachtet wurden.¹⁴⁴
- 77 In der Literatur wurde der soeben dargelegte Leitentscheid kontrovers diskutiert. In Bezug auf Observationen auf öffentlichem Grund war man sich bereits uneinig darüber, ob diese einen leichten, einen schweren oder möglicherweise gar keinen Eingriff in die grundrechtliche Position der versicherten Person

¹⁴⁰ Da es sich um einen Fall im Unfallversicherungsrecht handelte, bezog sich das Bundesgericht bei der Eruierung der gesetzlichen Grundlage ebenso auf Art. 96 UVG (Bearbeiten von Personendaten), da bei einer Observation immer auch eine Bearbeitung von Personendaten stattfindet. Vgl. zum Ganzen BGE 135 I 169 E. 5.1 ff.

¹⁴¹ Vgl. zum Ganzen BOLT/BRYNER, 209 f.; sowie EICHENBERGER/PRIBNOW, 275 f.

¹⁴² Vgl. BBI 2008 5395 ff.; AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Rz. 65.

¹⁴³ Zur Gesetzesrevision und zum Regelungsinhalt von E-Art. 44a ATSG vgl. GÄCHTER, Observationen, 197 ff.; KIESER, Überwachung, Kap. I. ff.; GÄCHTER/MEIER, Observation, Rz. 11 ff.; sowie MOSER-SZELESS, 129, 145 ff.

¹⁴⁴ BSV, Erfahrungen, 1 f. Für das Bundesgericht bedeutete der bundesrätliche Vorschlag betreffend E-Art. 44a ATSG nicht zwangsläufig, dass eine Überwachungsanordnung nach (damals) geltendem Recht unzulässig sei, vgl. BGE 135 I 169 E. 5.3.

darstellen.¹⁴⁵ Ebenso gingen die Meinungen hinsichtlich der Beurteilung der Verhältnismässigkeit von Observationen auseinander. Während ein Teil der Autoren eine mögliche Grundrechtsverletzung tendenziell am Scheitern der Zumutbarkeit als Teilaспект der Verhältnismässigkeitsprüfung feststellt,¹⁴⁶ sehen andere Autoren die Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips gemäss Art. 36 BV primär im Fehlen einer präzisen gesetzlichen Grundlage.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Ausführlich dazu GÄCHTER, *Observationen*, 193 f. m.w.H. zur Lehre.

¹⁴⁶ Ibid., 196 f.

¹⁴⁷ So etwa MÜLLER, Rz. 28 f.; EICHENBERGER/PRIBNOW, 275 f. m.w.H.

Kapitel 4: Verfassungsrechtliche Grundlagen

I. Vorbemerkungen

1. Rückschlüsse aus Observationen

Eine Observation, die typischerweise in Form einer länger andauernden und systematischen Beobachtung erfolgt, ermöglicht dem Sozialversicherer, in vielerlei Hinsicht Rückschlüsse zur Zielperson zu ziehen. Dabei können Handlungen jeglicher Art, so beispielsweise das alltägliche Einkaufen, Joggen oder aber die Ausübung eines Hobbys, Gegenstand der Observation sein. Unabhängig davon, welche Handlungen der Zielperson die Observation erfasst, werden mit ihr regelmässig auch die persönlichen Lebensumstände sowie zwischenmenschlichen Beziehungen der versicherten Person durchleuchtet. Durch derartige Erkenntnisse erhalten die Sozialversicherer tiefe Einblicke in das Privatleben einer observierten Person. Dabei ist nicht ausgeschlossen, dass durch die Observation auch das weitere persönliche Umfeld der versicherten Person, wie etwa Familienangehörige, mitüberwacht wird. Wie weit dabei in die Privatsphäre der Zielperson eingegriffen wird, hängt im Wesentlichen davon ab, wo die Observation durchgeführt wird, welche Observationsmittel dafür eingesetzt werden und wie lange die Observation dauert.¹⁴⁸

78

2. Involvierte Sozialversicherer

Wie eingangs erwähnt, greifen in der Praxis nicht nur staatliche Institutionen wie Sozialversicherungen und Strafverfolgungsbehörden, sondern auch private Akteure zum Mittel der Observation. Je nachdem, wer die Überwachungstätigkeit veranlasst, wird deren Zulässigkeit nach unterschiedlichem Recht beurteilt. Ordnet ein Sozialversicherer eine Observation an, so gilt für die Beurteilung der Zulässigkeit öffentliches Recht.¹⁴⁹

79

Hierbei ist massgebend, ob der Akteur einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis untersteht. Dieses liegt vor, wenn eine öffentlich-rechtlich organisierte Institution, wie etwa die Suva als autonome Anstalt des öffentlichen Rechts¹⁵⁰ oder die IV-Stellen, welche in der Form kantonaler öffentlich-rechtlicher Anstalten

80

¹⁴⁸ GÄCHTER, *Observationen*, 181, 196.

¹⁴⁹ Vgl. dazu Einleitung, I.

¹⁵⁰ Vgl. Art. 61 Abs. 1 UVG.

errichtet wurden¹⁵¹, in Wahrnehmung ihrer Aufgaben öffentlich auftreten.¹⁵² Ein öffentlich-rechtliches Verhältnis liegt ebenfalls bei privatrechtlich organisierten Versicherungsunternehmen vor, welche in das Register der für die Durchführung der obligatorischen Unfallversicherung zugelassenen Versicherer eingetragen sind.¹⁵³ Solche privatrechtlich organisierten Unfallversicherer gelten als Behörden i.S.v. Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG. Nach Auffassung des Bundesgerichts haben Sozialversicherer – sofern sie gegenüber den Versicherten im Sinne einer Behörde hoheitlich auftreten – nicht nur die rechtsstaatlichen Garantien des Verfügungsverfahrens zu beachten, sondern auch die verfassungsmässigen Prinzipien, im Speziellen die Grundrechte.¹⁵⁴ Die Grundrechtsbindung privater Akteure, die hoheitlich handeln (insbesondere beim Erlassen von Verfügungen), ist denn auch in der Lehre unbestritten.¹⁵⁵

II. Rechtsquellen der Grundrechte

- 81 Als Grundrechte werden diejenigen Rechte der Menschen bezeichnet, die ihnen allein aufgrund ihres Daseins oder Bürgerstatus und unabhängig von den übrigen gesetzlichen Bestimmungen einer Rechtsordnung zustehen. Sie dienen dem Schutz grundlegender Aspekte der menschlichen Person und ihrer Würde. Im freiheitlichen Verfassungsstaat werden sie auf Verfassungsebene verankert. Dadurch profitieren sie vom Vorrang der Verfassung gegenüber dem innerstaatlichen Recht.¹⁵⁶ Neben ihrer Schutzfunktion sind Grundrechte auch garantierte Rechtsansprüche Privater gegen den Staat, es handelt sich somit um unmittelbar justiziable Rechte des Individuums. Sie gehören daher zu den elementarsten Rechten des Einzelnen.¹⁵⁷
- 82 Die Grundrechte dienen im Allgemeinen dem Schutz der persönlichen Unverehrtheit vor staatlichen Eingriffen.¹⁵⁸ In der Schweiz sind sie sowohl in der BV

¹⁵¹ Art. 54 Abs. 2 IVG.

¹⁵² Zu den einzelnen Organisationsformen im Verwaltungsrecht siehe auch TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 443 ff.

¹⁵³ Zum Register der Versicherer vgl. Art. 68 UVG.

¹⁵⁴ BGE 135 I 169 E. 4.2, m.w.H. zu Lehre und Rechtsprechung.

¹⁵⁵ Vgl. TSCHANNEN, Rz. 315 ff. m.w.H. zur Rechtsprechung; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 1047.

¹⁵⁶ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 98.

¹⁵⁷ Je nach Schutzgehalt der Grundrechte können sich natürliche oder auch juristische Personen darauf berufen, vgl. dazu KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 9, 31; TSCHANNEN, Rz. 262; vgl. auch JAAG/BUCHER/HÄGGI FURRER, 15.

¹⁵⁸ Statt vieler: MOSIMANN/VÖLGER WINSKY/PLÜSS, Rz. 3.16.

wie auch in den Kantonsverfassungen verankert. Auf internationaler Ebene sind die Grundrechte etwa in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK¹⁵⁹) und in den UNO-Menschenrechtspakten¹⁶⁰ gewährleistet.¹⁶¹

Die BV enthält in den Art. 7 bis 34 einen Katalog mit unterschiedlichen Grundrechten, welche in der Lehre je nach Inhalt und Schutzzweck unterschiedlich typologisiert werden.¹⁶² Im Grundrechtsteil der BV sind ferner auch Bestimmungen zur Verwirklichung der Grundrechte (Art. 35 BV) und zu deren Einschränkung (Art. 36 BV) enthalten.

In der EMRK ist ebenfalls ein Katalog von menschenrechtlichen Mindeststandards verankert (Art. 2 bis 18 EMRK). Im Gegensatz zur BV enthält die EMRK keine allgemeine Schrankenregelung. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für einen Eingriff in ein Grundrecht sind Bestandteil des jeweiligen Schutzartikels (vgl. beispielsweise Art. 8 Abs. 2 EMRK). In seiner Praxis hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die jeweiligen Rechtfertigungsgründe der Art. 8 bis 10 EMRK – wie die Grundrechtseinschränkungen nach Art. 36 BV – zu einem Schrankenregime verdichtet.¹⁶³

Die EMRK tritt neben den nationalen Grundrechtsbestimmungen in der BV selbstständig auf und hat die Funktion eines europaweiten Mindeststandards im Grundrechtsschutz.¹⁶⁴ Nationale Grundrechtsgarantien haben Vorrang, wenn sie über den Mindeststandard der EMRK hinausgehen.¹⁶⁵ Gewährleisten einzelne Garantien der EMRK jedoch einen weiter reichenden Schutz als die Rechte der BV, wird der Grundrechtsschutz in der Schweiz demzufolge ausgeweitet.¹⁶⁶

Ist der Schutz von Grundrechten sowohl in der BV wie auch in der EMRK gewährleistet, stellt sich zunächst die Frage, ob die betreffende internationale Bestimmung direkt anwendbar (*self-executing*) ist und damit automatisch, d.h.

¹⁵⁹ SR 0.101.

¹⁶⁰ Vgl. UNO-Pakt I (SR 0.103.1) und UNO-Pakt II (SR 0.103.2).

¹⁶¹ Dazu ausführlich KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 10 ff.; TSCHANNEN, Rz. 266; JAAG/BUCHER/HÄGGI FURRER, 15.

¹⁶² Statt vieler: KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 26 ff.

¹⁶³ BGE 132 I 181 E. 2.1; 140 I 353 E. 8.5; vgl. dazu RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1232 ff.

¹⁶⁴ Statt vieler: KIENER, *Allgemeine Grundrechtslehren*, Rz. 33.

¹⁶⁵ Sog. Günstigkeitsprinzip, vgl. Art. 53 EMRK.

¹⁶⁶ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 18 f.; KIENER, *Allgemeine Grundrechtslehren*, Rz. 35.

ohne vorherige Umsetzung durch den Gesetzgeber, im nationalen Recht Gültigkeit hat. Das Bundesgericht¹⁶⁷ erachtet die Menschenrechte der EMRK als direkt anwendbar.¹⁶⁸

- 87 Die Grundrechtsgarantien der EMRK sind neben ihrer direkten Anwendbarkeit insoweit von grosser Bedeutung, als sie durch ein individuelles Beschwerdeverfahren vor dem EGMR durchgesetzt werden können.¹⁶⁹ Tritt der EGMR auf eine Individualbeschwerde ein, so kann er allfällige Konventionsverletzungen feststellen. Anders als ein innerstaatliches Gericht, wie etwa das Bundesgericht, kann der EGMR eine Verletzung des anwendbaren materiellen Rechts nicht aufheben oder ersetzen.¹⁷⁰ Die Vertragsstaaten sind aber verpflichtet, die gegen sie ergangenen Urteile zu befolgen (Art. 46 Ziff. 1 EMRK).¹⁷¹ Dadurch ist die EMRK in der Schweiz als eine wichtige Ergänzung des nationalrechtlichen Grundrechtsschutzes anzusehen.¹⁷²

III. Betroffene Grundrechte

- 88 Wenn zu prüfen ist, ob eine Abklärungsmassnahme wie die Observation mit den verfassungsmässigen Grundrechten vereinbar ist, so stellt sich zunächst die Frage, welche Grundrechte tangiert sind und ob die Überwachungstätigkeit in den sachlichen Schutzbereich bestimmter Grundrechte fällt.¹⁷³
- 89 Es ist kaum eine hoheitliche Staatstätigkeit denkbar, die ohne die Erhebung oder Bearbeitung von Personendaten erfolgt. Darin liegt ein hohes Potenzial, die Unversehrtheit der Privatsphäre zu gefährden.¹⁷⁴ So ist es auch nicht verwunderlich, dass mit dem systematischen Vorgehen einer verdeckten Überwachung, welche teilweise zu tiefen Einblicken in das Privatleben der Zielper-

¹⁶⁷ Vgl. zu den Voraussetzungen der Self-executing-Eigenschaft BGE 133 I 286 E. 3.2.

¹⁶⁸ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 16 f.

¹⁶⁹ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 114; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 12, 16 f.; KIENER, *Allgemeine Grundrechtslehren*, Rz. 36, mit Verweis auf GRIFFEL, Rz. 83 ff.

¹⁷⁰ Allenfalls kann der EGMR der obsiegenden Partei eine gerechte Entschädigung zusprechen, vgl. Art. 41 EMRK.

¹⁷¹ Vgl. dazu KIENER, *Allgemeine Grundrechtslehren*, Rz. 36.

¹⁷² So hatte die Rechtsprechung des EGMR insbesondere bei den Verfahrensgrundrechten (Art. 6 EMRK), beim Schutz des Familien- und Privatlebens (Art. 8 EMRK) und bei den Kommunikationsfreiheiten (Art. 10 und Art. 11 EMRK) grosse Auswirkungen auf das innerstaatliche Grundrechtsverständnis, siehe dazu TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 114; sowie KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 18.

¹⁷³ MOSIMANN/VÖLGER WINSKY/PLÜSS, Rz. 8.32.

¹⁷⁴ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 184.

son führt, auch regelmässig in die grundrechtliche Position der Zielperson eingriffen wird.¹⁷⁵ Damit berühren sämtliche Observationen – ungeachtet der konkreten Umstände – die Grundrechte der betroffenen Personen.¹⁷⁶

Das Bundesgericht qualifizierte Observationen bisher stets als Eingriff in die Privatsphäre i.S.v. Art. 13 Abs. 1 BV.¹⁷⁷ Demnach hat jede Person Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs.

Der in Art. 10 und 13 BV sowie in Art. 8 EMRK verankerte Persönlichkeitsschutz umfasst alle grundlegenden Erscheinungsformen der Persönlichkeitsentfaltung.¹⁷⁸ Als Teilaspekt¹⁷⁹ davon wird das Recht auf Achtung des Privatlebens durch Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK gewährleistet, welche jedem Individuum einen umfassenden Freiraum garantieren, in welchem er seine Persönlichkeit ohne staatlichen Einfluss verwirklichen und weiterentwickeln kann. Damit soll jeder Einzelne im Rahmen der privaten Sphäre über die eigene Person und die Gestaltung seines Lebens entscheiden können.¹⁸⁰

Zu Beginn des Aufkommens von Observationen herrschte in der Lehre zunächst noch Unklarheit hinsichtlich der Frage, welche Grundrechte betroffen sind, wenn eine versicherte Person überwacht wird.¹⁸¹ Neben dem Schutz der Privatsphäre nach Art. 10 Abs. 1 BV wurde in der Lehre immer wieder der verfassungsrechtliche Datenschutz, nämlich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 13 Abs. 2 BV, als mögliches tangiertes Grundrecht im Falle einer Observation herangezogen. Dieses ist ebenfalls vom Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK erfasst.¹⁸²

¹⁷⁵ Dazu eingehend GÄCHTER, *Observationen*, 181.

¹⁷⁶ Vgl. BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 21; GÄCHTER, *Observationen*, 182; sowie auch gerichtlich festgestellt in BGE 129 V 323 E. 3.3.3; 132 V 241 E. 2.5.1; 135 I 169 E. 4.4.

¹⁷⁷ Vgl. BGE 135 I 169 E. 4.4; GÄCHTER, *Observationen*, 188.

¹⁷⁸ BGE 138 IV 13 E. 7.1; zum Umfang von Art. 10 BV vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, 143 ff.; MOSIMANN/VÖLGER WINSKY/PLÜSS, Rz. 8.48 ff.; sowie auch DILLENA, Rz. 82.

¹⁷⁹ Zu den einzelnen Teilgehalten der Privatsphäre vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, 170 ff.

¹⁸⁰ Vgl. BGE 133 I 58 E. 6.1 m.w.H.; sowie SGK BV-BREITENMOSER, Art. 13 N 8 ff.

¹⁸¹ Grund dafür war die Revision der BV (1999), in deren Rahmen einzelne Teilgehalte des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes im neuen Grundrechtskatalog durch spezielle Grundrechte geändert wurden, vgl. dazu KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, 145; GÄCHTER, *Observationen*, 182 f.; MÜLLER, Rz. 18 f.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1236 ff.

¹⁸² SGK BV-BREITENMOSER, Art. 13 N 10; vgl. dazu auch GÄCHTER, *Observationen*, 182 ff., mit zahlreichen Hinweisen auf Lehre und Praxis.

- 93 Die informationelle Selbstbestimmung stellt einen verfassungsrechtlichen Datenschutz dar und schützt vor dem Missbrauch persönlicher Daten. Darunter sind sämtliche Bearbeitungsprozesse in Verbindung mit persönlichen Daten zu verstehen, wie das Erheben, Sammeln, Verarbeiten, Aufbewahren und Weitergeben.¹⁸³ Aus der informationellen Selbstbestimmung ergibt sich auch das Recht, selbst über die Bearbeitung eigener Informationen sowie deren Zweck bestimmen zu können.¹⁸⁴
- 94 Inzwischen ist das Verhältnis der persönlichen Freiheit zum Anspruch auf Schutz der Privatsphäre nach Art. 13 BV genauer geklärt. Während Art. 10 Abs. 2 BV in unmittelbarer Weise die Integrität des Menschen in seinen unterschiedlichen, elementaren Erscheinungsformen betrifft, schützt Art. 13 BV in besonderer Weise die Privatsphäre vor spezifischen Bedrohungsformen, worunter namentlich der Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten fällt und damit einhergehend auch der Schutz vor missbräuchlichen Observationen.¹⁸⁵
- 95 Darüber hinaus schützt Art. 13 BV das Privatleben, welches die psychische und physische Integrität ebenso wie Aspekte der sozialen Identität des Menschen (Name, Sexualleben, geschlechtliche Identität usw.) umfasst.¹⁸⁶ Im Rahmen der EMRK unterliegen alle diese Garantien dem einheitlichen Schutz von Art. 8 EMRK.¹⁸⁷

IV. Einschränkung von Grundrechten

1. Voraussetzungen

- 96 Soll der verfassungsrechtlich gewährleistete Schutz der Privatsphäre eingeschränkt werden, müssen die in Art. 36 BV genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein.¹⁸⁸ Die Bestimmung regelt somit die Legitimation der Einschränkung von Grundrechten. Demnach muss

¹⁸³ Vgl. BGE 122 I 360 E. 5a; WALDENMEYER, 284, 286.

¹⁸⁴ Vgl. dazu BGE 133 I 77 E. 5.3; 129 I 232 E. 4.3.1; 128 II 259 E. 3.2; vgl. zum Ganzen auch SGK BV-BREITENMOSER, Art. 13 N 10; GÄCHTER, Observationen, 183 ff.

¹⁸⁵ Vgl. dazu BGE 133 I 77 E. 3.2; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 161.

¹⁸⁶ Vgl. BGE 133 I 58 E. 6.1.

¹⁸⁷ BGE 136 I 254 E. 6.2; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 162.

¹⁸⁸ Zum Ganzen statt vieler: HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 1137 ff.

-
- eine gesetzliche Grundlage vorliegen,
 - ein öffentliches Interesse an der Einschränkung bestehen,
 - das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtet werden, und es darf
 - der Kerngehalt des Grundrechts nicht angegriffen werden.

Sind die obigen Kriterien erfüllt, so ist der Eingriff rechtmässig (erfolgt).
97

Im gegenteiligen Fall liegt ein widerrechtlicher Eingriff vor und das tangierte Freiheitsrecht – bei der Observationstätigkeit ist es der Schutz der Privatsphäre nach Art. 13 BV – ist verletzt.

2. Gesetzliche Grundlage

Die Grundrechtseinschränkung hat dem Erfordernis des Rechtssatzes zu genügen, d.h. sie muss in einer generell-abstrakten Regelung vorgesehen und genügend bestimmt sein. Eine Norm ist genügend bestimmt, wenn sie so präzise formuliert ist, dass die Betroffenen ihr Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens erkennen können. Die Bestimmtheit einer Norm kann nicht absolut beurteilt werden und ist von zahlreichen Faktoren beeinflusst.¹⁸⁹ Dabei gilt, dass die gesetzliche Grundlage umso klarer formuliert sein muss, je schwerer ein Eingriff in die Grundrechtsposition einer betroffenen Person wiegt. Zudem müssen schwere Eingriffe¹⁹⁰ in Freiheitsrechte zwingend in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein (Erfordernis der Gesetzesform).¹⁹¹

Obschon in der Lehre noch vor wenigen Jahren die Frage nach der Schwere des Eingriffs in Bezug auf Überwachungstätigkeiten unterschiedlich beant-
99

¹⁸⁹ Nach der Praxis des Bundesgerichts lässt sich der Grad der erforderlichen Bestimmtheit nicht abstrakt festlegen. Er hängt u.a. von der Vielzahl der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidungen, von den Normadressaten und von der Schwere des Eingriffs in verfassungsmässige Rechte ab, vgl. BGE 136 I 87 E. 3.1.

¹⁹⁰ Ob ein schwerer Eingriff vorliegt, beurteilt sich nach objektiven Kriterien, vgl. dazu BGE 145 III 441 E. 8.4.

¹⁹¹ JAAG/BUCHER/HÄGGLI FURRER, 22 f.; siehe auch HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 307 ff.

wortet wurde¹⁹², ist spätestens seit der Rüge des EGMR gegen die Schweiz¹⁹³ unbestritten, dass es für die Überwachungstätigkeit im Sozialversicherungsrecht zwingend einer formellen Gesetzesgrundlage bedarf.¹⁹⁴

- 100 Eine gesetzliche Grundlage für Observationen hat dem Erfordernis des Rechtssatzes zu entsprechen. Sie muss damit in einer generell-abstrakten Norm vorgesehen und zudem genügend bestimmt sein. Das Erfordernis der genügenden Normdichte dient insbesondere der Rechtssicherheit, aber auch der Rechtsgleichheit unter den Betroffenen. Die Observationsnorm muss daher derart präzis formuliert sein, dass die betroffenen Sozialversicherten in der Lage sind, den Geltungsbereich der Norm einschätzen und ihr Verhalten entsprechend anpassen zu können.

3. Öffentliches Interesse

- 101 Die zweite Voraussetzung zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs nach Art. 36 BV bildet das Vorliegen eines öffentlichen Interesses oder der Schutz der Grundrechte Dritter (Art. 36 Abs. 2 BV). Im öffentlichen Interesse liegen all jene Belange, um die sich der Staat zum Zweck der Erhaltung des Gemeinwohls zu kümmern hat. Dazu gehören polizeiliche Interessen¹⁹⁵ sowie öffentliche Interessen nicht polizeilicher Natur.¹⁹⁶
- 102 Das öffentliche Interesse im Zusammenhang mit Observationen im Sozialversicherungsbereich liegt darin, dass die Gemeinschaft der Versicherten in finanzieller Hinsicht nicht geschädigt wird, indem das Erbringen von nicht geschuldeten Leistungen durch den Versicherungsträger verhindert werden soll.¹⁹⁷ Darüber hinaus besteht bei Sozialversicherern auch ein Interesse am Schutz der sozialen Institution an sich sowie am Schutz der dieser Institution innewohnenden Solidarität der Gemeinschaft.¹⁹⁸

¹⁹² Vgl. dazu MÜLLER, Rz. 20 ff.

¹⁹³ Vgl. Urteil des EGMR Vukota-Bojić gegen Schweiz vom 18. Oktober 2016 (Nr. 61838/10) sowie hinten [Rz. 122 ff.](#)

¹⁹⁴ Eine formelle gesetzliche Grundlage für die Observationstätigkeit wurde bereits im Jahre 2011 gefordert, vgl. GÄCHTER, *Observationen*, 194.

¹⁹⁵ Wie etwa Ruhe und Ordnung, Sicherheit, Gesundheit, Sittlichkeit etc. (sog. Polizeigüter), vgl. JAAG/BUCHER/HÄGGI FURRER, 23 f.

¹⁹⁶ Ausführlich dazu KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, 113 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 313 ff.; ebenso GÄCHTER, *Observationen*, 195.

¹⁹⁷ BGE 135 I 169 E. 5.5; 129 V 323 E. 3.3.3.

¹⁹⁸ Vgl. AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Rz. 66; WALDENMEYER, 284, 287; sowie auch GÄCHTER, *Observationen*, 195.

4. Verhältnismässigkeit

4.1. Allgemeines

Des Weiteren muss der Eingriff in die Grundrechte verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV). Die Verhältnismässigkeit umfasst drei Elemente, die einzeln zu prüfen sind und kumulativ erfüllt sein müssen. Dabei ist eine Massnahme dann als verhältnismässig einzustufen, wenn sie im Hinblick auf den im öffentlichen Interesse liegenden Zweck geeignet, erforderlich und zumutbar ist.¹⁹⁹

103

4.2. Eignung

Die Eignung einer staatlichen Massnahme liegt dann vor, wenn diese dazu taugt, das im öffentlichen Interesse stehende Ziel zu erreichen oder zumindest einen wesentlichen Beitrag daran zu leisten.²⁰⁰

104

Um die Eignung des Grundrechtseingriffs im Zusammenhang mit einer Observation zu bejahen, muss durch die Observation der Verdacht eines möglichen Versicherungsmissbrauchs geklärt werden. Entscheidend ist somit, ob die Observation im konkreten Fall dazu geeignet ist, einen Missbrauch aufzudecken und zu verhindern.²⁰¹ Die Eignung wird meist dann zu bejahen sein, wenn es sich bei den geltend gemachten gesundheitlichen Beeinträchtigungen der versicherten Person um ein sichtbares körperliches Leiden handelt²⁰² und durch die Überwachung somit versicherungsrelevante Auswirkungen zu erwarten sind.²⁰³

105

4.3. Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeit einer staatlichen Massnahme ist dann zu bejahen, wenn der Eingriff in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgeht. Es muss sich demnach um den geringstmöglichen Eingriff handeln. Die Massnahme hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den(selben) Erfolg ausreichen würde.²⁰⁴

106

¹⁹⁹ Zum Ganzen statt vieler: KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 119 ff.

²⁰⁰ JAAG/BUCHER/HÄGGI FURRER, 24; ebenso KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 118.

²⁰¹ Vgl. MÜLLER, Rz. 35.

²⁰² AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Rz. 68.

²⁰³ GÄCHTER, *Observationen*, 196.

²⁰⁴ JAAG/BUCHER/HÄGGI FURRER, 24; sowie ausführlich KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 118 ff.

- 107 Wo die Observation nicht die einzige taugliche Abklärungsmassnahme ist, fehlt es an der Erforderlichkeit. Lassen sich die notwendigen Abklärungen auch mittels eines anderen Beweismittels abschliessend beurteilen,²⁰⁵ so ist auf die Veranlassung einer Observation zu verzichten.²⁰⁶
- 108 In sachlicher Hinsicht sind Observationen auf das Notwendigste zu beschränken. So ist etwa auf den Einsatz technischer Hilfsmittel zu verzichten, wenn dieser nicht zwingend notwendig ist. In räumlicher Hinsicht hat die Observation sich auf die zulässigen Orte zu beschränken. Ferner darf die Observation in zeitlicher Hinsicht nicht länger andauern, als dies für die hinreichende Beweiserhebung unverzichtbar und damit für die (abschliessende) Feststellung des massgebenden Sachverhalts erforderlich ist. In personeller Hinsicht hat sich die Observation – sofern realisierbar – auf die im Verdacht stehende Person zu beschränken.²⁰⁷

4.4. Zumutbarkeit

- 109 Die staatliche Massnahme muss schliesslich auch zumutbar sein. Es hat somit eine Abwägung zwischen dem verfolgten öffentlichen Interesse und der Wirkung des Eingriffs auf die betroffenen privaten Interessen zu erfolgen.²⁰⁸
- 110 Die Anordnung und Durchführung einer Observation ist nur dann als zumutbar zu qualifizieren, wenn sie ein vernünftiges Verhältnis wahrt zwischen dem angestrebten Ziel der Aufdeckung eines möglichen Versicherungsmisbrauchs und dem Eingriff, den sie für die betroffene Person bedeutet. Bei dieser Teilveraussetzung ist somit eine wertende Abwägung zwischen unterschiedlichen Interessen vorzunehmen. Daraus ergibt sich, dass die Beurteilung der Zumutbarkeit im Zusammenhang mit einer Observation jeweils individuell-konkret zu erfolgen hat.²⁰⁹

²⁰⁵ So etwa mittels eines Gutachtens nach Art. 44 ATSG; zu den übrigen Beweismitteln vgl. vorne [Rz. 56 ff.](#)

²⁰⁶ AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Rz. 70; GÄCHTER, *Observationen*, 196; WALDENMEYER, 284, 287.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ JAAG/BUCHER/HÄGGI FURER, 24; sowie KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 121.

²⁰⁹ AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Rz. 74 f.; GÄCHTER, *Observationen*, 196 f.; WALDENMEYER, 284, 288; BGE 135 I 169 E. 5.6; 129 V 323 E. 3.3.3.

5. Kerngehalt

Schliesslich ist eine Einschränkung von Grundrechten nur zulässig, falls der Kerngehalt des betroffenen Grundrechts gewahrt wird, auch wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 36 Abs. 4 BV). So hat die Observation stets die Privatsphäre der betroffenen Person zu respektieren. Eine zu weit gehende Überwachung, welche die Privatsphäre der versicherten Person grundlegend verletzt, indem beispielsweise in die geschützte Intimsphäre der versicherten Person eingegriffen wird, ist unzulässig.²¹⁰

111

V. Verfassungsgrundsätze des Verwaltungsrechts

1. Observationstätigkeit als staatliche Handlung

Nach herrschender Lehre und Praxis unterliegt das gesamte Verwaltungsrecht fünf in der Verfassung verankerten Prinzipien²¹¹, mittels derer das staatliche Handeln nicht nur legitimiert, sondern zugleich auch beschränkt wird. Veranlasst ein Sozialversicherer eine Observation, stellt dies eine staatliche Handlung dar, weswegen sich der Sozialversicherer an die Verfassungsgrundsätze des Verwaltungsrechts zu halten hat.²¹² Dies gilt unabhängig davon, welcher dem ATSG unterstehende Sozialversicherungsträger die Überwachungstätigkeit vornimmt. An diese Grundsätze haben sich somit nicht nur die IV-Stellen zu halten, sondern auch private Versicherungen, die Sozialversicherungen des Bundes durchführen (z.B. private Unfallversicherer).

112

²¹⁰ Vgl. MOSER-SZELESS, 129, 151 f., wobei die Autorin auch anmerkt, dass eine Observation, welche die Privatsphäre der versicherten Person verletzt, schon (mindestens) wegen fehlender Verhältnismässigkeit nach Art. 36 Abs. 3 BV scheitern würde; gleicher Ansicht sind AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Rz. 44; sowie WALDENMEYER, 284, 288.

²¹¹ Ebenso *Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns* genannt, vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 320 ff. bzw. *Grundsätze des staatlichen Handelns*, siehe TSCHANNEN, Rz. 186.

²¹² TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 383. Neben den sogleich aufgezeigten (klassischen) Prinzipien des Verwaltungshandelns werden in der neueren Lehre noch zwei weitere Verfassungsgrundsätze genannt, nämlich die Wirksamkeit und die Wirtschaftlichkeit staatlichen Handelns, vgl. dazu LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 16 ff., m.w.H.

2. Verfassungsgrundsätze in Kürze

- 113 In Art. 5 Abs. 1 BV ist der Grundsatz der Gesetzmässigkeit bzw. das Legalitätsprinzip verankert. Demnach ist das Recht Grundlage und Schranke des Verwaltungsrechts, welchem sowohl eine rechtsstaatliche wie auch eine demokratische Funktion zukommt. Die rechtsstaatliche Funktion liegt in der Gewährleistung von Rechtsgleichheit, Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit staatlichen Handelns. Die demokratische Funktion ihrerseits besteht darin, dem Verwaltungshandeln eine genügende Legitimation zu verschaffen. In Bezug auf die staatlichen Handlungen ergeben sich aus dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit drei erforderliche Aspekte: Die staatlichen Handlungen haben sich auf einen Rechtssatz zu stützen, welcher eine hinreichende demokratische Legitimation aufweist (Normstufe) und ausreichend bestimmt ist (Normdichte).²¹³
- 114 Des Weiteren sind die zwei in Art. 5 Abs. 2 BV genannten Verfassungsgrundsätze zu beachten. Staatliches Handeln muss einerseits im öffentlichen Interesse liegen und andererseits verhältnismässig sein. In Bezug auf das öffentliche Interesse stellt das Wohl der Allgemeinheit die oberste Priorität für jede staatliche Tätigkeit dar. Es sind demnach nur jene Belange als öffentliche Interessen zu qualifizieren, die in der Rechtsordnung Anerkennung gefunden haben und somit als Anliegen der Rechtsgemeinschaft ausgewiesen sind. Allenfalls muss die Verwirklichung des öffentlichen Interesses gegen entgegenstehende private oder andere öffentliche Interessen abgewogen werden.²¹⁴ Die Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns liegt dann vor, wenn die beschlossenen Massnahmen für die Verwirklichung des im öffentlichen Interesse gelegenen Ziels geeignet und erforderlich sind. Zudem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Freiheitsbeschränkungen stehen, die es für Private nach sich ziehen kann, für diese also zumutbar sein.²¹⁵
- 115 Der Sozialversicherer hat ferner den in Art. 5 Abs. 3 BV verankerten Grundsatz von Treu und Glauben zu respektieren. Dieser Grundsatz «gebietet ein loyales

²¹³ Zur Funktion und Ausgestaltung des Legalitätsprinzips vgl. BGE 128 I 113 E. 3c und die dort zitierte Lehre und Rechtsprechung; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 382; ausführlicher HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 325 ff.

²¹⁴ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 379; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 461 ff.

²¹⁵ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 380; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 514 ff., und die dort zitierte Rechtsprechung.

und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr».²¹⁶ Der Bürger soll sich auf Verwaltungshandlungen der staatlichen Akteure verlassen und ihnen vertrauen können.²¹⁷

Schliesslich hat das Verwaltungshandeln gegenüber dem Einzelnen stets rechtsgleich zu erfolgen (Art. 8 BV) und darf nicht willkürlich (Art. 9 BV) sein. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit verpflichtet ganz generell alle staatlichen Organe auf allen Ebenen, Rechte und Pflichten nach allgemeinen und gleichen Massstäben festzulegen. Rechtsgleiche Behandlung bedeutet dabei, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleicher nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist. Das Willkürverbot seinerseits verpflichtet den Staat, nicht willkürlich Recht zu setzen oder anzuwenden, wobei in der Praxis die Willkür in der Rechtsanwendung eine viel grössere Rolle spielt als die willkürliche Rechtsetzung. Als willkürlich ist jegliches Handeln zu qualifizieren, welches (offensichtlich) unhaltbar und damit unrichtig ist.²¹⁸

VI. Zwischenfazit

Wie dargelegt wurde, lässt eine Observation Rückschlüsse auf verschiedene Handlungen der Zielpersonen zu. Dabei ist nicht ausgeschlossen, dass auch Bereiche durchleuchtet werden, welche mit dem eigentlichen Zweck der Observation, nämlich der genauen Abklärung des massgebenden Sachverhalts zur Festlegung der gesetzlich geschuldeten Versicherungsleistungen, nichts zu tun haben.

Im Hinblick auf die sich daraus ergebenden Probleme ist es nicht verwunderlich, dass die Überwachungstätigkeit stets einen Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Privatsphäre darstellt. Die Privatsphäre darf nur eingeschränkt werden, wenn die in Art. 36 BV genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind. Die Grundrechtseinschränkung ist demnach nur zulässig.

²¹⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 620.

²¹⁷ An den Grundsatz von Treu und Glauben hat sich nicht nur die Behörde, sondern auch der Private zu halten (vgl. Art. 5 Abs. 3 BV). Eine Verletzung dieses Grundsatzes wird für gewöhnlich mit Kürzungen der zustehenden Rechtpositionen sanktioniert. Dies gilt auch im Sozialversicherungsrecht, vgl. BGE 143 V 66 E. 4.3; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 818.

²¹⁸ Vgl. zum Ganzen MOSIMANN/VÖLGER WINSKY/PLÜSS, Rz. 14.10 ff.; ebenso TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 381; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 805, 812.

sig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, ein öffentliches Interesse verfolgt, verhältnismässig (d.h. geeignet, erforderlich und zumutbar) ist und den Kerngehalt der Privatsphäre nicht verletzt.

- 119 Für die Überwachungstätigkeit sind ferner die verfassungsrechtlichen Prinzipien des Verwaltungsrechts massgebend, an welche sich sämtliche Behörden im Rahmen ihrer staatlichen Handlungen zu richten haben. Zu den Verfassungsgrundsätzen des Verwaltungsrechts gehören der Grundsatz der Gesetzmässigkeit (Art. 5 Abs. 1 BV), die Grundsätze des öffentlichen Interesses sowie der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV), der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) sowie der Grundsatz der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) und das Willkürverbot (Art. 9 BV). Dabei sind speziell der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und das Willkürverbot hervorzuheben, welchen im Rahmen der Überwachungstätigkeit eine besondere Bedeutung zukommt.
- 120 Das Verhältnismässigkeitsprinzip hat nämlich einen unmittelbaren Einfluss auf die konkreten Observationsmodalitäten. So hat der Versicherungsträger darauf zu achten, dass nicht mehr Detektive als nötig eingesetzt werden oder die Überwachung nicht länger aufrechterhalten wird, als zur Eruierung des massgebenden Sachverhalts zwingend notwendig ist, insbesondere dann, wenn das nötige Beweismaterial innert kürzester Zeit bereits vorliegt. Zudem haben die eingesetzten technischen Hilfsmittel wie auch deren technische Eigenschaften sich auf das absolut Notwendigste zu beschränken. Auch im Hinblick auf die infrage kommenden Orte, an denen die Zielperson observiert wird, ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Der Versicherungsträger muss sicherstellen, dass der Eingriff in den verfassungsrechtlichen Schutz der Privatsphäre möglichst gering ausfällt. Leidet die versicherte Person beispielsweise an Kniebeschwerden, welche in der Laufgeschwindigkeit und im auffälligen Gangmuster ersichtlich sind, reicht eine Observation auf öffentlichem Grund aus, um das notwendige Beweismaterial zu sammeln. In diesem Fall würde eine Observation, welche auf einem Balkon erfolgt, dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit widersprechen.
- 121 Das verfassungsrechtlich verankerte Willkürverbot ist in Zusammenhang mit Observationen insoweit von Bedeutung, als die Versicherten (jederzeit) vor willkürlichen Beobachtungen geschützt werden sollen. Insbesondere in Bezug auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Observation, aber auch im Hinblick auf die Anordnungskompetenz ist darauf zu achten, dass dieses Abklärungsmittel nicht missbräuchlich – und damit willkürlich – eingesetzt wird.

Kapitel 5: Der Fall Vukota-Bojić

I. Vorbemerkungen

Im Oktober 2016 wurde die Schweiz vom EGMR dafür gerügt, dass im schweizerischen Sozialversicherungsrecht keine hinreichend präzise gesetzliche Grundlage für die Durchführung von Observationen existiere, und infolge einer Verletzung des Rechts auf Privatsphäre nach Art. 8 EMRK verurteilt.²¹⁹

122

Die Beurteilung der EGMR-Richter hinsichtlich des Fehlens einer gesetzlichen Grundlage war kurz und prägnant: Die bisherigen gesetzlichen Grundlagen im ATSG (Art. 43 und Art. 28 Abs. 2) und in den Einzelgesetzen (u.a. Art. 96 lit. b UVG), auf welchen die Observation basiert, würden weder explizit noch implizit die Anfertigung von Bildern oder Videoaufnahmen als Abklärungsmassnahme miteinschliessen, die von Sozialversicherern angewendet werden darf.²²⁰

123

Der EGMR hat nicht nur festgehalten, dass im vorliegenden Fall für die Überwachungstätigkeit eine genügend präzise gesetzliche Grundlage im Schweizer Recht fehlt, sondern auch in erstaunlicher Detailliertheit aufgezeigt, was eine (künftige) Observationsnorm inhaltlich regeln muss.²²¹

124

II. Sachverhalt in Kürze

Die Sache betraf eine Frau, die im Jahr 1995 als Fussgängerin von einem Motorrad angefahren wurde und sich dabei Verletzungen am Hinterkopf zuzog. In der Folge bestand aufgrund von Nacken- und Kopfschmerzen eine anhaltende Arbeitsunfähigkeit, weswegen der zuständige Unfallversicherer zunächst für die gesetzlich vorgeschriebenen Versicherungsleistungen aufkam. Eineinhalb Jahre später verfügte der Unfallversicherer zuerst die schrittweise Einstellung der Versicherungsleistungen und schliesslich deren gänzliche Ein-

125

²¹⁹ Urteil des EGMR Vukota-Bojić gegen Schweiz vom 18. Oktober 2016 (Nr. 61838/10).

²²⁰ Ibid., Ziff. 71.

²²¹ Ibid., Ziff. 69 ff. Für einen Überblick der Anforderungen des EGMR an eine hinreichend bestimmte Gesetzesgrundlage für die Observationstätigkeit vgl. hinten [Rz. 150](#).

stellung. Darauf folgte ein langwieriges Verfahren betreffend die zu erbringenden gesetzlichen Versicherungsleistungen, welches sich zweimal bis zum zuständigen kantonalen Versicherungsgericht erstreckte.²²²

- 126 In einem späteren Verfahren über die Höhe der Rente verlangte der Versicherer, dass sich die Versicherte einer erneuten medizinischen Untersuchung unterziehe. Die Versicherte lehnte ihrerseits die Mitwirkung ab, weswegen sie in der Folge auf Anordnung des Versicherers an mehreren Tagen detektivisch überwacht wurde. Daraus resultierte ein Bericht an den Auftraggeber, dem auch Videoaufnahmen beigelegt waren. Der Unfallversicherer sprach der versicherten Person sodann eine Invalidenrente sowie eine Integritätsentschädigung von je 10% zu. Dabei stützte er sich auf ein Aktengutachten, welches wiederum auf den Ergebnissen der in Auftrag gegebenen Überwachung beruhte. Als Begründung für die Anordnung der Observation führte der Unfallversicherer die Verweigerung der versicherten Person an, sich weiteren medizinischen Abklärungen zu unterziehen.
- 127 Das kantonale Sozialversicherungsgericht hiess in der Folge die erhobene Beschwerde der Versicherten gut, mit der Begründung, es fehle an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage für die Anordnung einer Observation, weshalb der betroffenen Person eine ganze Invalidenrente auszurichten sei.²²³ Das Bundesgericht schützte daraufhin die Invaliditätsberechnung des Unfallversicherers jedoch weitgehend und erachtete die Überwachung der Versicherten als zulässige Abklärungsmassnahme, deren Ergebnisse verwertbar seien.²²⁴ Mittels Beschwerde zog die Versicherte das Urteil des Bundesgerichts an den EGMR weiter, woraufhin das Urteil des EGMR erging, welches der Schweiz eine Verletzung des Art. 8 EMRK vorwarf, da im geltenden nationalen Sozialversicherungsrecht keine hinreichend bestimmbare Observationsnorm für die Überwachungstätigkeit existiere.

²²² Vgl. die Urteile des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich UV.1997.00285 vom 24. August 2000 und UV.2005.00304 vom 28. Dezember 2005. Das Gericht hatte sich auch mit einer Rechtsverzögerungsbeschwerde zu befassen, vgl. das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich UV.2003.00189 vom 19. Dezember 2003.

²²³ Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich UV.2008.00155 vom 29. Mai 2009.

²²⁴ Vgl. Urteil 8C_629/2009 vom 29. März 2010 E. 6.1; zum Sachverhalt und zur Prozessgeschichte siehe auch HEUSSER, Privatdetektive, Rz. 1 ff.; und CADERAS/HÜRZELER, 425.

III. Bindung an die Grundrechte

Einleitend hält der EGMR fest, dass private Unfallversicherer öffentliche Behörden darstellen, welche – wenn sie (bindende) Entscheide in Verfügungsfom erliessen – sich auch dazu verpflichteten, die sich aus der Verfassung ergebenden Grundrechte zu respektieren.²²⁵ Nach Ansicht der Strassburger Richter gilt das Gleiche für die EMRK. Ein Staat könne sich nämlich nicht von der Verantwortung gemäss der Konvention befreien, indem er seine Verantwortung auf Dritte (private Unfallversicherer) übertrage.²²⁶

Das im vorliegenden Fall involvierte private Versicherungsunternehmen sei dementsprechend nach schweizerischem Recht als öffentliche Behörde anzusehen und dementsprechend auch verpflichtet, die Grundrechte der EMRK zu beachten.²²⁷

1. Eingriff in das Privatleben

Bei der Prüfung, ob durch die Observation ein Eingriff in das Privatleben vorliegt, führt der Gerichtshof zunächst aus, dass «Privatleben» i.S.v. Art. 8 Abs. 1 EMRK ein weit gefasster Begriff sei. Neben der Identität und der persönlichen Entwicklung fielen auch Interaktionen von Personen in den Schutzbereich der Privatsphäre, und zwar unabhängig davon, ob die Interaktion im Privatbereich oder in der Öffentlichkeit erfolge.²²⁸

Des Weiteren führt das Gericht aus, dass eine verdeckte Observation, welche sich typischerweise in einer Anhäufung von Film- und Bildaufnahmen charakterisiere, ein systematisches Sammeln und Verarbeiten persönlicher Daten darstelle, weswegen bei verdeckten Observationen stets ein Eingriff in das Privatleben i.S.v. Art. 8 Abs. 1 EMRK vorliege.²²⁹

Infolge dieser systematischen Überwachung und der permanenten Speicherung des Observationsmaterials sowie deren weiterer Verwendung im darauf folgenden Verfahren bejahte der Gerichtshof einen Eingriff in das Privatleben i.S.v. Art. 8 Abs. 1 EMRK.²³⁰

²²⁵ Urteil des EGMR *Vukota-Bojić gegen Schweiz* vom 18. Oktober 2016 (Nr. 61838/10), Ziff. 46.

²²⁶ Ibid., Ziff. 47.

²²⁷ Ibid.

²²⁸ Ibid., Ziff. 52 ff.

²²⁹ Ibid., Ziff. 58.

²³⁰ Ibid., Ziff. 59.

128

129

130

131

132

2. Rechtfertigung eines Eingriffs in das Privatleben

- 133 Einleitend zur Prüfung der Rechtfertigung des Eingriffs halten die Strassburger Richter fest, dass eine verdeckte Observation, welche einen derart erheblichen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre darstelle, zwingend einer gesetzlichen Grundlage bedürfe (Art. 8 Abs. 2 EMRK). Für die betroffenen Personen sei es nämlich unerlässlich, dass sie in einer gesetzlichen Grundlage die Voraussetzungen und die konkreten Umstände in Erfahrung bringen könnten, unter denen die Behörden bzw. die Sozialversicherer befugt sind, solche Massnahmen zu ergreifen. Die gesetzliche Grundlage müsse derart klar und detailliert ausgestaltet sein, dass es für die betroffenen Personen vorhersehbar sei, wann sie mit einer verdeckten Überwachung rechnen müssten (*foreseeability*).²³¹
- 134 Die Voraussehbarkeit einer verdeckten Observation sei nicht zuletzt deshalb so wichtig, weil Observationen im Geheimen ausgeübt würden und dadurch die Risiken willkürlicher Handlungen durch den zuständigen Sozialversicherer nicht per se ausgeschlossen werden könnten. Ein weiterer Grund, weshalb die gesetzliche Grundlage präzise sein müsse, liege darin, dass die zur Verfügung stehende Technologie immer ausgereifter werde.²³²
- 135 Damit ist der Stand der Technik gemeint, welcher sich insbesondere in der heutigen Zeit rasant weiterentwickelt. Wenn beispielsweise Bild- und Tonaufzeichnungen als Observationsmittel gesetzlich vorgesehen sind, stellt sich die Frage, in welcher Form und Grösse diese erlaubt sind. Aufgrund neuerer Technologien ist es nicht ausgeschlossen, dass in wenigen Jahren winzige Kameras auf den Markt kommen, die sich in die Brillenfassung oder in einen Ehering integrieren lassen. Damit stünden den Sozialdetektiven völlig neue Möglichkeiten der Überwachung offen: Sie könnten sich unmittelbar in der Nähe der zu observierenden Person aufhalten oder sogar ein Gespräch mit ihr führen, ohne dass diese auch nur ansatzweise auf die Idee kommen würde, das Ziel einer Observation zu sein.
- 136 Auf derartige Weise erlangtes Observationsmaterial hätte denn auch grosse Auswirkungen auf die Aussagekraft des Beweismittels. Würde beispielsweise auf der Basis von Bild- und Tonaufzeichnungen ein Aktengutachten erstellt,

²³¹ Ibid., Ziff. 66 f.

²³² Ibid., Ziff. 67.

hätte der Experte ein ganz anderes Bild, auf welches er seine medizinische Einschätzung stützen könnte, als bei Bildaufnahmen ohne begleitende Tonaufzeichnungen, die von weitem aufgenommen wurden.²³³

IV. Vorgaben des EGMR an die Observationsnorm

Hinsichtlich der Zulässigkeit der Anordnung von Observationen halten die EGMR-Richter einleitend fest, dass die gesetzliche Grundlage schon nur aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit hinreichend präzise ausformuliert sein müsse, um den betroffenen Personen einen angemessenen Hinweis auf die Voraussetzungen und gesetzlichen Schranken zu geben, unter denen die Behörden befugt seien, auf diese Massnahme zurückzugreifen. Dies sei darauf zurückzuführen, dass eine Behörde mit Observationsbefugnis nicht kontrolliert werden könne und damit die Gefahr von Machtmissbrauch nie vollständig ausgeschlossen sei.²³⁴ Folglich hat der EGMR im Detail aufgeführt, welche konkreten Anforderungen an eine Observationsnorm zu stellen sind, damit sie als hinreichende gesetzliche Grundlage für die Überwachungstätigkeit fungieren kann.

1. Nennung der Observationsmittel

Der EGMR weist zunächst darauf hin, dass die Art und Weise der Überwachungsmassnahme²³⁵ im Gesetz explizit genannt werden muss. Demnach muss die gesetzliche Grundlage in einem abschliessenden Katalog die infrage kommenden Observationsmittel klar bezeichnen. Beschränkt das Gesetz die Observationsmittel auf Bild- und Tonaufzeichnungen, dann sind sämtliche technischen Hilfsmittel mit darüber hinausgehenden Funktionen, wie beispielsweise eine Drohne mit integrierter Videokamera, die neben der Anfertigung von Bild- und Tonaufnahmen auch noch fliegt, unzulässig.²³⁶

137

138

²³³ Eine Überwachung lässt sich aufgrund der fortschreitenden Technologie immer unkomplizierter und günstiger bewerkstelligen. HEUSSER nennt hier das Beispiel einer (fiktiven) Sozialmissbrauchsdrohne, welche einen Sozialversicherten zu jeder Tageszeit filmen könnte, sobald er das Haus verlässt, vgl. HEUSSER, Privatdetektive, Rz. 29.

²³⁴ Urteil des EGMR *Vukota-Bojić gegen Schweiz* vom 18. Oktober 2016 (Nr. 61838/10), Ziff. 67.

²³⁵ Im Originalwortlaut: «nature of the possible measures», vgl. Urteil des EGMR *Vukota-Bojić gegen Schweiz* vom 18. Oktober 2016 (Nr. 61838/10), Ziff. 68.

²³⁶ Ibid.

2. Umfang der Observation

- 139 Ferner muss sich aus der gesetzlichen Grundlage der Umfang²³⁷ einer Observation ergeben. Die Norm muss damit festhalten, wie die im Gesetz genannten Observationsmittel benutzt werden dürfen. Somit muss dem Ausmass der Observation ein konkreter Rahmen gesetzt werden. Wenn Bildaufzeichnungen als Observationsmittel vorgesehen sind, so ist genau festzuhalten, welcher Art die Aufnahmen sein müssen. Zudem soll das Gesetz die Regelung miteinschliessen, an welchem Ort die Observation durchgeführt werden darf.²³⁸ Der Umfang der Observation bestimmt somit die Fragestellung, wie und wo ein Sozialversicherter heimlich überwacht werden kann. Je detaillierter die Formulierung bezüglich des Umfangs der Observation ist, umso mehr kann der Anforderung der genügenden Voraussehbarkeit entsprochen werden.

3. Zeitlicher Rahmen der Überwachungstätigkeit

- 140 Als weitere Vorgabe für eine genügende Observationsnorm nennt der EGMR die Regelung der zulässigen Dauer.²³⁹ Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des zeitlichen Rahmens äussern sich die Richter jedoch nicht explizit. Im Hinblick auf die vom EGMR geforderte Voraussehbarkeit muss aber gefolgert werden, dass die Observationsnorm die zulässige Überwachungsdauer auf verschiedenen Ebenen zu begrenzen hat. Neben der maximal zulässigen Dauer der gesamten Überwachungsaktion²⁴⁰ muss das Gesetz auch regeln, zu welcher Tageszeit eine Observation durchgeführt werden darf (z.B. nur tagsüber bis zu einer definierten Uhrzeit, welche nicht überschritten werden soll) oder an wie vielen Stunden pro Tag die Zielperson konkret überwacht werden darf. In diesem Zusammenhang stellt sich ebenfalls die Frage, ob Observationen nur wochentags oder auch an gesetzlichen Ruhetagen, wie Sonn- und Feiertagen, erfolgen dürfen.

²³⁷ Im Originalwortlaut: «scope of the possible measures», vgl. Urteil des EGMR Vukota-Bojić gegen Schweiz vom 18. Oktober 2016 (Nr. 61838/10), Ziff. 68.

²³⁸ Ibid.

²³⁹ Im Originalwortlaut: «duration of the possible measures», vgl. Urteil des EGMR Vukota-Bojić gegen Schweiz vom 18. Oktober 2016 (Nr. 61838/10), Ziff. 68.

²⁴⁰ Ibid., Ziff. 74.

4. Gründe für die Anordnung einer Observation

Die EGMR-Richter halten des Weiteren fest, dass die Gründe, die zu einer verdeckten Observation führen können, einer gesetzlichen Verankerung bedürfen.²⁴¹ Die Norm muss somit eine Aufzählung möglicher Gründe für die Anordnung einer Observation beinhalten. Eine Nennung von Gründen soll die betroffenen Personen insbesondere vor willkürlichen Handlungen des zuständigen Sozialversicherers schützen. In Sinne der Voraussehbarkeit erfüllen die konkreten Gründe für die Anordnung einer Observation nicht zuletzt eine gewisse Kontrollfunktion, indem sie den betroffenen Personen gleichzeitig auch Anhaltspunkte geben, unter welchen Umständen und Voraussetzungen die Behörde berechtigt ist, eine Observation durchzuführen.²⁴²

141

5. Anordnende, durchführende und beaufsichtigende Behörde

Ferner muss die gesetzliche Grundlage die Behörden oder zuständigen Personen nennen, welche berechtigt sind, Observationen anzurufen und durchzuführen sowie die diese anordnende und durchführende Behörde zu beaufsichtigen.²⁴³

142

Hinsichtlich der Anordnung einer Observation muss bestimmt werden, wem die Kompetenz zukommt, diese zu veranlassen, und zwar unabhängig davon, ob die Anordnung vom Sozialversicherungsträger selbst erlassen oder – analog der strafprozessualen Observation nach Art. 282 StPO – von einem richterlichen Entscheid abhängig gemacht wird.²⁴⁴

143

Was die Durchführung von Observationen anbelangt, so muss klar geregelt sein, wer damit beauftragt werden kann. Es stellt sich demnach die Frage, ob der Versicherungsträger für eine Observation auf interne Mitarbeiter zurückgreift oder externe Spezialisten mandatiert.

144

Schliesslich ist in der Observationsnorm auch die mit der Beaufsichtigung des Versicherungsträgers betraute Behörde konkret zu nennen. Für die Beaufsichtigung kommt nur eine externe und damit gegenüber dem Sozialversicherer

145

²⁴¹ Im Originalwortlaut: «the grounds required for ordering them», vgl. Urteil des EGMR Vukota-Bojić gegen Schweiz vom 18. Oktober 2016 (Nr. 61838/10), Ziff. 68.

²⁴² Ibid.

²⁴³ Im Originalwortlaut: «the authorities competent to permit, carry and supervise them», vgl. Urteil des EGMR Vukota-Bojić gegen Schweiz vom 18. Oktober 2016 (Nr. 61838/10), Ziff. 68.

²⁴⁴ Vgl. HEUSSER, Privatdetektive, Rz. 35.

unabhängige Institution infrage. Nur so kann gewährleistet werden, dass betroffene Personen vor willkürlichen Handlungen und Entscheidungen der für die Überwachung zuständigen Behörde geschützt sind. Zur Sicherstellung einer schweizweit einheitlichen Beaufsichtigung sämtlicher Sozialversicherer würde eine öffentliche Verwaltung auf Bundesebene diesem Kriterium gerecht werden.

6. Anordnungs- bzw. Genehmigungsverfahren

- 146 Aus dem EGMR-Urteil geht des Weiteren hervor, dass eine gesetzliche Grundlage ebenso eine Regelung bezüglich der Anordnung bzw. der Genehmigung von Observationen – mithin eine gesetzliche Anordnungs- oder Genehmigungskompetenz – zu beinhalten hat, welcher zugleich eine Kontrollfunktion im Hinblick auf die Umsetzung der Überwachungsmassnahmen zukommt.²⁴⁵

7. Handhabung des Observationsmaterials

- 147 Zudem führen die Strassburger Richter aus, dass die Observationsnorm zu regeln habe, in welcher Form die Aufzeichnungen einer verdeckten Überwachung gespeichert und damit aufbewahrt werden, wer zu den Aufzeichnungen Zugang hat, diese überprüfen und bearbeiten darf, unter welchen Umständen die Aufzeichnungen weitergegeben werden dürfen und wann und unter welchen Voraussetzungen solche Aufzeichnungen zu löschen sind.²⁴⁶ Es müsse klar daraus hervorgehen, wo und wie lange diese Aufzeichnungen gespeichert bleiben²⁴⁷ und welche Personen zu diesen Daten Zugang haben, da sonst zwangsläufig das Risiko eines unbefugten Zugangs zum Überwachungsmaterial bestehe bzw. dessen Offenlegung zu befürchten sei.²⁴⁸

²⁴⁵ Im Originalwortlaut: «procedures to follow for the authorisation or supervision of the implementation of secret surveillance measures in the specific context of insurance disputes», vgl. Urteil des EGMR Vukota-Bojić gegen Schweiz vom 18. Oktober 2016 (Nr. 61838/10), Ziff. 74.

²⁴⁶ Im Originalwortlaut: «the procedures to be followed for storing, accessing, examining, using, communicating or destroying the data collected through secret measures», vgl. Urteil des EGMR Vukota-Bojić gegen Schweiz vom 18. Oktober 2016 (Nr. 61838/10), Ziff. 75.

²⁴⁷ Im Originalwortlaut: «where and how long the report containing the impugned footage and photographs of the applicant would remain stored», vgl. Urteil des EGMR Vukota-Bojić gegen Schweiz vom 18. Oktober 2016 (Nr. 61838/10), Ziff. 75.

²⁴⁸ Im Originalwortlaut: «unauthorised access to, or disclosure of, the surveillance materials», vgl. Urteil des EGMR Vukota-Bojić gegen Schweiz vom 18. Oktober 2016 (Nr. 61838/10), Ziff. 68, 75.

8. Rechtsmittel gegen unzulässige Observationen

Gemäss dem EGMR hat die nationale Observationsnorm schliesslich klar zu regeln, welche Rechte dem Sozialversicherten zustehen, damit er sich gegen eine aus seiner Sicht unrechtmässig erfolgte Überwachung zur Wehr setzen kann.²⁴⁹ Somit ist es erforderlich, dass die Rechtsmittel im Gesetz explizit genannt sind.

148

9. Zwischenfazit

Mit dem Urteil im Fall Vukota-Bojić haben die Strassburger Richter ein Machtwort gesprochen: Wo eine Observation erlaubt sein soll, bedarf es einer rechtlichen Grundlage. Für die Überwachungstätigkeit im Bereich des Sozialversicherungsrechts genügen die bestehenden gesetzlichen Grundlagen allerdings nicht. Das EGMR-Urteil stand somit im Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesgerichts, das bis zu diesem Zeitpunkt Observationen gestützt auf Art. 43 ATSG i.V.m. Art. 28 Abs. 2 ATSG als zulässig erachtet hatte.²⁵⁰

149

Wie dargelegt wurde, hat eine genügend präzise Observationsnorm inhaltlich folgende Mindestkriterien zu erfüllen:

- Art und Weise, Umfang und Dauer der Observation;
- Gründe für die Anordnung einer Observation;
- Nennung der anordnenden und der durchführenden Behörde sowie deren Aufsichtsbehörde;
- Anordnungs- bzw. Genehmigungsverfahren;
- Handhabung des Observationsmaterials (Aufbewahrung, Speicherung, Zugangsmodalitäten, Weitergabe, Verwendung, Bearbeitung und Löschung der durch die erfolgte Überwachung gesammelten Daten);
- Rechtsmittel.

150

Angesichts der Tatsache, dass jede Observation seit jeher einen Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Privatsphäre darstellt, verlangt der EGMR für deren Einschränkung eine hinreichend präzise Observationsnorm, in welcher

151

²⁴⁹ Im Originalwortlaut: «whether she had any legal means of contesting the handling of said report» sowie «kind of remedy provided by the national law» und «possibility of their judicial challenge», vgl. Urteil des EGMR *Vukota-Bojić gegen Schweiz* vom 18. Oktober 2016 (Nr. 61838/10), Ziff. 68, 74 f.

²⁵⁰ So etwa BGE 137 I 327; 135 I 169; Urteil 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009 E. 6.4; zur früheren Rechtsprechung vgl. vorne [Rz. 74 f.](#)

sämtliche der obgenannten Erfordernisse geregelt und somit erfüllt werden müssen. Eine solche Norm hat sämtliche Einzelheiten in Bezug auf eine Observation mit hinreichender Bestimmtheit zu regeln, sodass die Versicherten aus ihr eindeutig erkennen können, unter welchen Voraussetzungen sie observiert werden können, wer die Observation anordnen darf, welche Observationsmittel eingesetzt werden dürfen, wo und wie lange observiert werden darf und wie mit dem Observationsmaterial umzugehen ist. Die Überwachungsnorm hat zudem klar die Rechte der Versicherten nach erfolgter Observation zu regeln. Den Versicherten sind hierbei juristische Mittel zur Verfügung zu stellen, mit welchen sie sich gegen eine aus ihrer Sicht unzulässige Observation und damit einhergehend gegen das belastende Beweismaterial wehren können.

- 152 Der EGMR hat in seinem Urteil allerdings keine Angaben gemacht, wie die konkrete Ausgestaltung der erforderlichen Überwachungsnorm auszusehen hat, sondern nur vorgegeben, welche Punkte i.S.v. Mindestanforderungen in der Observationsnorm geregelt sein müssen, damit die staatliche Überwachungshandlung dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit gerecht wird und nicht willkürlich erfolgt.²⁵¹

V. Gesetzgebungsverfahren

- 153 Der Entscheid des EGMR warf in der Schweiz sowohl in juristischen Kreisen wie auch auf politischer Ebene hohe Wellen.²⁵² Die aus dem Urteil resultierende Einstellung der Observation für die Unfallversicherung veranlasste in der Folge sowohl den Bundesrat wie auch das Parlament zu schnellem Handeln. Denn es war das erklärte Ziel der Politiker, die defizitäre Gesetzeslage möglichst rasch zu beheben und damit den Versicherungsträgern die Bekämpfung von Versicherungsmissbrauch mittels Observationen wieder zur Verfügung zu stellen. Diese neue Überwachungsnorm sollte einer erneuten richterlichen Prüfung Stand halten.²⁵³
- 154 Noch vor dem Bundesgerichtsentscheid, welcher die Einstellung der Überwachungstätigkeit für die Invalidenversicherung zur Folge hatte,²⁵⁴ einigten sich

²⁵¹ Vgl. BBI 2017 7424.

²⁵² Statt vieler: HEUSSER, Privatdetektive, Rz. 26 ff.

²⁵³ BBI 2017 7404; 2017, 7423; AB S 2017 998.

²⁵⁴ Vgl. BGE 143 I 377; zu diesem Zeitpunkt war noch fraglich, ob die übrigen Sozialversicherer ebenfalls über eine genügende gesetzliche Grundlage verfügten (insbesondere die Invalidenversicherung mit Art. 59 Abs. 5 IVG).

die Kommissionen für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerats und des Nationalrats darauf, mit einer parlamentarischen Initiative eine einheitliche gesetzliche Grundlage für alle dem ATSG unterstellten Sozialversicherungen zu schaffen.²⁵⁵ Der Bundesrat seinerseits schickte am 22. Februar 2017 eine Revision des ATSG in die Vernehmlassung, welche mit dem Entwurf von Art. 43a ATSG eine konkrete Gesetzesgrundlage für die Anordnung von Observationsen enthielt. Im Wissen um die damals bevorstehende Eröffnung der Vernehmlassung des Bundesrats zur umfassenden Revision des ATSG entschied sich das Parlament dafür, die neuen Observationsartikel vorzuziehen und aus der geplanten ATSG-Revision herauszulösen.²⁵⁶ So reichte die SGK-SR bereits am 8. November 2016 dem Ständerat eine parlamentarische Initiative²⁵⁷ ein, die ebenfalls die Schaffung einer Gesetzesgrundlage für Observationen forderte.²⁵⁸

Nach Durchführung der bundesrätlichen Vernehmlassung zum neuen Observationsartikel arbeitete die SGK-SR einen Berichts- und Erlassentwurf aus, welcher auf den Vernehmlassungsergebnissen der ATSG-Revision basierte und schliesslich am 7. September 2017 verabschiedet wurde. Auch in diesem Bericht wurde explizit betont, dass die neue gesetzliche Grundlage insbesondere den Anforderungen Rechnung tragen soll, welche der EGMR in seinem Urteil vom 18. Oktober 2016 aufgestellt hatte.²⁵⁹

Mit dieser zweigleisigen Vorgehensweise bezweckte die Kommission eine Beschleunigung des Verfahrens und damit eine möglichst schnelle Wiederaufnahme der Observation als Abklärungsmassnahme.²⁶⁰

155

156

²⁵⁵ BBI 2017 7404; die Einordnung in das ATSG bedeutet, dass die Observationsnorm für die Unfall-, Militär-, Invaliden-, Arbeitslosen- und Krankenversicherung und die Ergänzungsleistungen, den Erwerbsersatz für Dienstleistende, bei Mutterschaft sowie die AHV gilt. Davon ausgegangen sind jeweils die Zusatzversicherungen der Unfall- und Krankenversicherung, vgl. BSV, Observationsartikel, 2.

²⁵⁶ BSV, Observationsartikel, 1; BBI 2018 1613.

²⁵⁷ Vgl. die parlamentarische Initiative (16.479) des SGK-SR betreffend die gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten.

²⁵⁸ BBI 2017 7423.

²⁵⁹ BBI 2017 7404 ff.

²⁶⁰ Vgl. AB S 2017 998; sowie BBI 2017 7404; mit der Doppelprurigkeit bezweckten die Politiker neben der Beschleunigung des Gesetzgebungsverfahrens wohl auch eine vorgezogene inhaltliche Einflussnahme, vgl. dazu GÄCHTER/MEIER, *Observation*, Rz. 7.

- 157 In der Folge äusserte sich der Bundesrat in einem Bericht vom 1. November 2017 zum Entwurf der SGK-SR.²⁶¹ Schliesslich hat das Parlament innert einer Woche im März 2018 die Vorlage in beiden Kommissionen und in beiden Kammern beraten und verabschiedet.²⁶² Gegen die Gesetzesänderung wurde so dann ein Referendum mit 56 025 gültigen Unterschriften eingereicht.²⁶³ Am 25. November 2018 wurden die neuen Observationsbestimmungen schliesslich an der Urne vom Stimmvolk mit 64,7% klar angenommen.²⁶⁴

VI. Inkrafttreten

- 158 Kurz vor und nach der Abstimmung vom 25. November 2018 wurden beim Bundesgericht drei Beschwerden eingereicht, was die Inkraftsetzung der Art. 43a und 43b ATSG sowie der neuen Ausführungsbestimmungen in der ATSV²⁶⁵, welche der Bundesrat am 7. Juni 2019 beschloss, verzögerte.²⁶⁶ Die neuen Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen für die Überwachung von Versicherten wurden vom Bundesrat schliesslich auf den 1. Oktober 2019²⁶⁷ in Kraft gesetzt.²⁶⁸

VII. Zwischenfazit

- 159 Die Verhinderung von Versicherungsmissbrauch steht in einem erheblichen öffentlichen Interesse, weswegen die Abklärungsmassnahme der Observation ihre Daseinsberechtigung hat. Jedoch war die bestehende Gesetzeslage in der Schweiz defizitär, was in der Vergangenheit dazu führte, dass Observationen widerrechtlich durchgeführt wurden. Dies hat der Entscheid des EGMR im Fall Vukota-Bojić letztlich in aller Klarheit zum Vorschein gebracht. Immerhin besteht mit Art. 43a f. ATSG und den entsprechenden Bestimmungen in der ATSV

²⁶¹ Vgl. BBI 2017 7421 ff.

²⁶² GÄCHTER spricht in diesem Zusammenhang «von einer bis dahin in der Bundesgesetzgebung noch kaum je gesehene[n] Parforce-Leistung»; vgl. BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 3; ähnlich auch HEUSSER, Sozialdetektive, 206. Zur Entstehungsgeschichte der Art. 43a und Art. 43b ATSG vgl. GÄCHTER/MEIER, Observation, Rz. 5 ff.; sowie GÄCHTER, Schnell, 216 f.

²⁶³ BSV, Observationsartikel, 2.

²⁶⁴ Vgl. die Abstimmungsresultate unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/201125/uberwachung-versicherte.html>>, [28.2.2022].

²⁶⁵ Konkret wurden die Art. 7a bis 7i, 8 bis 8c, 9a und 18a ATSV neu geschaffen.

²⁶⁶ Vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 12.

²⁶⁷ Vgl. AS 2019 2829 ff.

²⁶⁸ Vgl. ROGG, 29.

nunmehr eine (im Vergleich zur vorherigen Rechtslage) viel umfassendere, detailliertere und präzisere gesetzliche Grundlage, welche dem Legalitätsprinzip bei Weitem gerechter wird.

Wie im Folgenden aufzuzeigen sein wird, wurden mit Art. 43a f. ATSG die Voraussetzungen für die Überwachungstätigkeit normiert. Obschon die neue Regelung den Versicherungsträgern das Recht gibt, Sozialversicherte zu überwachen und dafür Spezialisten einzusetzen, ist eine Observation nur dann erlaubt, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Ausserdem darf sie nur von bestimmten Personen innerhalb der Organisationsstruktur des Versicherungsträgers angeordnet werden. Auch die Observationsmittel, mit welchen die Überwachung durchgeführt wird, sind nunmehr klar bezeichnet.¹⁶⁰

Mit Art. 43a f. ATSG sind der Observation zudem Grenzen gesetzt worden, sowohl in räumlicher als auch in zeitlicher Hinsicht. So sind etwa die zulässigen Orte, an denen die versicherte Person heimlich überwacht werden darf, sowie die (maximal) zulässige Observationsdauer im Gesetz geregelt worden.¹⁶¹

Auch die Rechte der Versicherten haben Einzug in die neue Observationsnorm gefunden. Dem Versicherungsträger obliegt nach erfolgter Observation nun eine Informationspflicht. Auf Verordnungsstufe wurden neue und detailliertere Verfahrensrechte kodifiziert. Hier finden sich etwa Bestimmungen bezüglich der Einsichtnahme, Aufbewahrung und Vernichtung des Observationsmaterials.²⁶⁹

²⁶⁹ Für eine kurze Inhaltsübersicht der neuen Observationsnorm vgl. BSV, Observationsartikel, 2 f.; und TEICHMANN/WEISS, *Observationen*, Rz. 7 ff.

Teil 2: Gesetzliche Grundlage für Observationen

Kapitel 1: Observationen nach neuem Recht

I. Vorbemerkungen

Kurz nach dem Inkrafttreten der neuen Observationsbestimmungen im ATSG und in der ATSV hat das BSV den unter seiner Aufsicht stehenden Sozialversicherern²⁷⁰ eine Weisung zur Observationsdurchführung eröffnet.²⁷¹ Diese dient den Durchführungsstellen als allgemeines Regelwerk zur Umsetzung der Observationen. Sie umfasst insgesamt sechs Kapitel und enthält neben allgemeinen Ausführungen²⁷² insbesondere auch Erläuterungen für die operative Praxis.²⁷³

163

In der Observationsweisung sind auch Erläuterungen betreffend die Erhebung von statistischen Daten zu den durchgeführten verdeckten Überwachungen enthalten, welche dem BSV jährlich über ein Online-Erhebungstool zu übermitteln sind.²⁷⁴ Welche konkreten Angaben die statistische Erhebung zu beinhalten hat, wird im Anhang 1 der Observationsweisung ausgeführt. Der Anhang 2 listet die Sozialversicherungsabkommen zwischen der Schweiz und den Vertragsstaaten auf, dies unter Angabe der einzelnen Bestimmungen zur Missbrauchsbekämpfung.

164

²⁷⁰ Die Observationsweisung gilt analog für die obligatorische Unfallversicherung, vgl. BAG, KS 35, 1.

²⁷¹ Vgl. BSV, Observationsweisung, gültig ab 15. November 2019, Stand: 1. September 2021.

²⁷² Die allgemeinen Ausführungen beinhalten den Geltungsbereich und die Definition einer Observation sowie deren Abgrenzung zu anderen Abklärungsmassnahmen, vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 1001 ff.

²⁷³ So sind etwa Erläuterungen zur Anordnung und Dauer der Observation, zu den einsetzbaren Observationsmitteln, zu den betrauten Spezialisten, zum Observationsmanagement, zur Information an die versicherte Person, zum Erlass der Verfügung, wenn die Observation nicht zu einer Leistungsänderung geführt hat, und zu Observationen im Ausland (Kapitel 2), zur Verwertung des Beweismaterials (Kapitel 3), zur Auferlegung der Observationskosten (Kapitel 3a), zur Strafanzeige (Kapitel 4), zur Dokumentation, Aktenführung und Akteneinsicht (Kapitel 5) sowie zur statistischen Erfassung und Berichterstattung (Kapitel 6) enthalten.

²⁷⁴ Vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 6001 f.

II. Auswirkungen auf die Praxis

1. Bilanz 2019

- 165 Trotz des anlässlich des Gesetzgebungsverfahrens immer wieder vorgebrachten Anliegens, die Überwachungstätigkeit so rasch wie möglich mittels einer hinreichend präzisen Gesetzesnorm wieder aufzunehmen²⁷⁵, offenbaren die Kennzahlen der Bekämpfung des Versicherungsmissbrauchs in der Invalidenversicherung für das Jahr 2019 ein anderes Bild der tatsächlich durchgeföhrten Observationen.²⁷⁶ Auch wenn die Überwachungstätigkeit in der Schweiz erst wieder mit Inkrafttreten der neuen Gesetzesgrundlage seit dem 1. Oktober 2019 zulässig ist und somit im Jahr 2019 lediglich von Oktober bis Dezember auf dieses Abklärungsmittel zurückgegriffen werden konnte, haben sich die IV-Stellen – zumindest unmittelbar nach Einföhrung der neuen Überwachungsnorm – mit der Anordnung von Observationen zurückhaltend gezeigt.
- 166 Konkret haben die IV-Stellen im vierten Quartal 2019 unter dem neuen Recht lediglich zwei Observationen in Auftrag gegeben.²⁷⁷ Dies ist umso erstaunlicher, wenn man bedenkt, dass die IV-Stellen seit dem BGE 143 I 377, welcher ein gerichtliches Verbot für die Überwachungstätigkeit in der Invalidenversicherung bewirkte, über zwei Jahre gänzlich auf das Mittel der Observation zur Sachverhaltsermittlung verzichten mussten. Es verwundert beinahe, dass in der Invalidenversicherung nach Inkrafttreten der neuen Observationsbestimmungen nicht gleich eine Reihe von Überwachungen in Fällen mit Missbrauchsverdacht angeordnet wurde, die sich über die Monate und Jahre hätten «ansammeln» sollen, als die Überwachungstätigkeit verboten war. Demzufolge hat sich die Befürchtung einiger Juristen, dass die neue gesetzliche Grundlage zu einem möglichen Anstieg von Observationen im Bereich des Sozialversicherungsrechts und somit auch zu mehr Eingriffen in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen der Versicherten föhren könnte, nicht bewahrheitet.²⁷⁸

²⁷⁵ Vgl. BBI 2017 7404; 2017 7423.

²⁷⁶ Vgl. hierzu BSV, Bekämpfung, 1 f.

²⁷⁷ Ibid., 2.

²⁷⁸ Statt vieler: DILLENA, Rz. 102.

2. Bilanz 2020

Die Zurückhaltung der Sozialversicherer hinsichtlich der Anordnung von Observationsen setzte sich im Jahr 2020 fort. Dies geht aus der zentralen und einheitlichen Statistik des BSV aus dem Jahr 2021 hervor, welche erstmals neben den Fallzahlen der Invalidenversicherung auch diejenigen der Unfallversicherung erfasst und Auskunft zu den im Jahr 2020 durchgeföhrten Observationen gibt.²⁷⁹ Über das gesamte Jahr wurden in der Invaliden- und Unfallversicherung lediglich 46 Observationen angeordnet, wovon 43 durch die Invalidenversicherung und drei durch die Unfallversicherer veranlasst wurden. Das BSV begründet die tiefen Fallzahlen damit, dass sich die Versicherungsträger noch auf die neuen Bestimmungen einstellen und die seit der Einstellung der Observationstätigkeit teilweise anderweitig eingesetzten Ressourcen wieder umdisponieren mussten. Zudem seien die tiefen Fallzahlen auch auf die epidemiologische Lage aufgrund des neuartigen Coronavirus (SARS-CoV-2) und auf die damit verbundenen Folgen (Schliessung vieler Geschäfte, reduzierte Personenenzirkulation) zurückzuföhren.²⁸⁰

167

3. Unerwartete Zurückhaltung

3.1. Vager Gesetzeswortlaut

Dass die Sozialversicherer in den Jahren 2019 und 2020 sehr restriktiv auf das Abklärungsmittel der Observation zurückgegriffen haben, kann aber auch den vielen unbestimmten Rechtsbegriffen in der neuen Observationsnorm zugeschrieben werden. Diese können in der konkreten Umsetzung der neuen Bestimmungen eine hemmende Wirkung (gehabt) haben. Der vage Gesetzeswortlaut lässt sich besonders gut bei den Bedingungen für die Anordnung einer Observation veranschaulichen.²⁸¹ Diesbezüglich wurde die neue Regelung schon vor deren Inkrafttreten von der Lehre nahezu einhellig kritisiert.²⁸²

168

²⁷⁹ Vgl. BAG, Mitteilung, 1 f.; BAG, KS 35, 1 f.

²⁸⁰ Vgl. BSV, ATSG-Bericht, 105 f.

²⁸¹ Die neue Observationsnorm enthält noch weitere unbestimmte Rechtsbegriffe, wie etwa technische Instrumente zur Standortbestimmung (vgl. Art. 43a Abs. 1 und 3 ATSG und Art. 43b Abs. 1 ATSG), Person mit Direktionsfunktion (Art. 43a Abs. 2 ATSG) sowie ein Ort, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist (vgl. Art. 43a Abs. 4 ATSG).

²⁸² Z.B. GÄCHTER, Schnell, 216, 218 f.; DUCREY, 10 f.; sowie DUPONT, 6, welche in diesem Kontext von «manque de précision» spricht.

- 169 Nach der neuen Observationsnorm darf eine Überwachung nur dann angeordnet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die auf einen unrechtmässigen Bezug von Versicherungsleistungen schliessen lassen (Art. 43a Abs. 1 lit. a ATSG). Zudem ist sie nur dann zulässig, wenn die Abklärungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden (vgl. Art. 43a Abs. 1 lit. b ATSG). Weder das Gesetz noch die Verordnung führen jedoch aus, was alles unter «konkrete Anhaltspunkte» fallen könnte oder wann im Rahmen des Abklärungsverfahrens davon ausgegangen werden kann, dass die Abklärungen aussichtslos sind bzw. wann eine unverhältnismässige Erschwernis vorliegt.
- 170 Dass der Wortlaut in Bezug auf die Zulässigkeitsregelungen derart vage gehalten wurde, ist nicht unproblematisch. Die konkreten Voraussetzungen zur Veranlassung einer Observation sind primär geschaffen worden, um eine unüberlegte und verantwortungslose Anwendung dieser Abklärungsmassnahme zu verhindern und somit dem Risiko willkürlicher Handlungen entgegenzuwirken, welche sich mit der Überwachungstätigkeit ergeben können.²⁸³ Denn wer Versicherungsleistungen beantragt, hat nicht nur das Recht auf ein korrektes Abklärungsverfahren, sondern auch darauf, dass seine Privatsphäre vor staatlichen Handlungen geschützt ist.²⁸⁴ Deswegen ist es umso wichtiger, dass die Überwachungsnorm die Einzelheiten der Observation möglichst präzise regelt, damit die betroffenen Personen das staatliche Handeln voraussehen bzw. nachvollziehen können und die anordnende Behörde in ihren staatlichen Handlungen richtig und transparent agiert. Diesen Erfordernissen vermögen vage Formulierungen in der neuen Observationsnorm, wie sie im Hinblick auf die gewichtigen Zulassungsvoraussetzungen nunmehr vorliegen, nicht gerecht zu werden.
- 171 Demzufolge kann vorab festgehalten werden, dass der vage Wortlaut der neuen Überwachungsnorm nicht nur bei den betroffenen Personen, sondern auch bei den Sozialversicherern zu erheblicher Rechtsunsicherheit geführt hat. Was Letztere betrifft, so sprechen die Fallzahlen zu den durchgeführten Observationen der letzten zwei Jahre bereits für sich. Die Unsicherheit im Umgang mit den neuen Bestimmungen wird wohl erst im Laufe der nächsten Jahre durch die Rechtsprechung zu beseitigen sein.²⁸⁵

²⁸³ BBI 2017 7424; siehe auch Abstimmungsbüchlein, 28, 34; zu den Gründen für die Anordnung einer Observation nach Art. 43a Abs. 1 ATSG vgl. hinten [Rz. 179 ff.](#)

²⁸⁴ Zum Eingriff in die Privatsphäre aufgrund einer Observation vgl. vorne [Rz. 88 ff.](#)

²⁸⁵ Vgl. BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 5.

3.2. Übrige Gründe

Die öffentliche Diskussion rund um Versicherungsmissbrauch und die damit einhergehende Überwachungstätigkeit der Sozialversicherer erreichte durch die politische Debatte anlässlich des Abstimmungskampfes im Herbst 2018 ihren Höhepunkt. Das Thema war brisant und hat die Polarisierung der Gesellschaft verschärft.²⁸⁶ Es ist daher durchaus vorstellbar, dass die Versicherer bzw. die für die Anordnung einer Observation zuständigen Personen sich noch vorsichtig verhalten wollten und daher nur zurückhaltend Überwachungen in Auftrag gaben. Es herrschte womöglich eine gewisse Besorgnis, man würde schnell die Aufmerksamkeit der breiten Öffentlichkeit auf sich ziehen und in negative Schlagzeilen geraten.

172

Auffällig und interessant ist in diesem Zusammenhang, dass von den im Jahr 2020 insgesamt 46 in Auftrag gegebenen Observationen lediglich drei von Unfallversicherern angeordnet wurden.²⁸⁷ In der Unfallversicherung besteht ein berechtigtes Interesse daran, nicht als erster Unfall- oder gar Sozialversicherer in der Öffentlichkeit für negative Schlagzeilen zu sorgen. Unfallversicherer gehen bei der Anordnung von Observationen grundsätzlich behutsam vor, das belegen die Zahlen. Dies ist damit zu begründen, dass sie als primär auf privatrechtlicher Basis wirtschaftende Versicherungsgesellschaften von einem möglichen Imageschaden, zumindest in finanzieller Hinsicht, gewichtiger betroffen wären als andere Sozialversicherungen, deren Finanzierung durch (unkündbare) Beiträge vom Erwerbseinkommen gesichert ist. In der Unfallversicherung dominiert daher mit grosser Wahrscheinlichkeit eine gewisse Befürchtung, unüberlegt auf das Mittel der Observation zurückzugreifen.

173

Es lässt sich letztlich nur über die tatsächlichen Gründe spekulieren, weshalb in der Praxis bis anhin lediglich in sehr wenigen Dossiers, bei denen der Verdacht auf Missbrauch bestand, eine Observation durchgeführt wurde. Fest steht auf jeden Fall, dass nach Einführung der neuen Überwachungsnorm ein unerwarteter Rückgang bei der Anordnung neuer Observationen verzeichnet wurde, welcher wohl – wie dargelegt – auf verschiedenen Ursachen basiert. Ob die Durchführung von Observationen im Sozialversicherungsrecht unter den neuen rechtlichen Regelungen wieder verstärkt anläuft, wird die Zukunft weisen.

174

²⁸⁶ Bereits vor der Volksabstimmung wurde die Problematik der Observationen aufgrund einer vermehrten Berichterstattung in den Medien kontrovers diskutiert, vgl. ALIOTTA, Stellenwert, 211 f.

²⁸⁷ Vgl. BSV, ATSG-Bericht, 105 f.

III. Gesetzesgrundlage nach Mass

- 175 Wie bereits aufgezeigt wurde, setzten sich schon zu Beginn des Gesetzgebungsprozesses sowohl die SGK-SR wie auch der Bundesrat zum Ziel, eine klare gesetzliche Grundlage zu schaffen, die es den Sozialversicherungsträgern ermöglicht, versicherte Personen einer Observation zu unterziehen. Dabei mussten insbesondere die Kriterien, welche der EGMR in seinem Urteil vom 18. Oktober 2016 aufgestellt hatte, in die Ausarbeitung der neuen Rechtsgrundlage aufgenommen werden.²⁸⁸ Die vom EGMR detailliert festgehaltenen Mindestanforderungen an eine genügende gesetzliche Grundlage bilden somit das Fundament der neuen Observationsnorm. In den nächsten Kapiteln wird darzulegen sein, ob und inwieweit die einzelnen geforderten Kriterien gemäss der Rechtsprechung des EGMR Einzug in die neue «massgeschneiderte» innerstaatliche Regelung gefunden haben.
- 176 An dieser Stelle sei bereits darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber bezüglich des Zugangs durch Dritte²⁸⁹ keinen Regelungsbedarf erkannte, da die Datenbekanntgabe im Sozialversicherungsrecht in den Art. 32 und 47 ATSG²⁹⁰ bereits umfassend und restriktiv geregelt ist. Aus diesem Grund wurde auf eine entsprechende Regelung in den Art. 43a und 43b ATSG verzichtet.²⁹¹

²⁸⁸ BBI 2017 7405; 2017 7422 f.

²⁸⁹ Vgl. dazu vorne [Rz. 147](#).

²⁹⁰ Sowie auch in den Spezialgesetzen, z.B. Art. 50a AHVG.

²⁹¹ BSV, Erläuternder Bericht, 10.

Kapitel 2: Zulässigkeit der Observation

I. Allgemeines

In Art. 43a Abs. 1 ATSG ist die Zulässigkeit der Überwachungstätigkeit geregelt.¹⁷⁷ Darin werden die Gründe für die Anordnung der Observation genannt und damit die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit eine verdeckte Überwachung gerechtfertigt ist. Demnach kann eine Observation angeordnet werden, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass die versicherte Person unrechtmässig Leistungen bezieht oder zu erhalten versucht (lit. a) und die Abklärung (ohne Observation) sonst aussichtslos wäre oder unverhältnismässig erschwert würde (lit. b).

Die Zulässigkeit, Observationen anzuordnen, ist somit an eine doppelte Bedingung geknüpft: Als Erstes wird die Erforderlichkeit der Observation vorausgesetzt, welche sich aufgrund konkreter Anhaltspunkte ergeben muss. Kumulativ dazu wird verlangt, dass der massgebende Sachverhalt nicht mit anderen Mitteln (Aussichtslosigkeit der bisherigen Abklärungen) oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand (unverhältnismässige Erschwernis) geklärt werden kann. Ergibt sich nach Anordnung der Observation, dass der ungerechtfertigte Leistungsbezug zu Unrecht angenommen wurde und damit die erste Voraussetzung, nämlich das Vorhandensein konkreter Anhaltspunkte, nicht mehr vorliegt, muss die Observation abgebrochen werden.²⁹²

II. Erfordernis der konkreten Anhaltspunkte

Das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für den unrechtmässigen Bezug²⁹³ von Versicherungsleistungen muss sich stets auf die versicherte Person beziehen.²⁹⁴ Damit knüpft die erste Voraussetzung direkt an das Verhalten der versicherten Person an.²⁹⁵

²⁹² KIESER, ATSG, Art. 43a N 31.

²⁹³ Der Bezug von unrechtmässigen Leistungen i.S.v. Art. 43a Abs. 1 ATSG stellt eine unrechtmässige Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen dar, welche von den nicht zustehenden Leistungen zu unterscheiden ist, vgl. dazu vorne [Rz. 16 ff.](#)

²⁹⁴ Die konkreten Anhaltspunkte müssen mit dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gegeben sein; vgl. KIESER, ATSG, Art. 43a N 29.

²⁹⁵ Ibid., Art. 43a N 26; ebenso WEIBEL, Rz. 21.

- 180 Der unbestimmte Rechtsbegriff «konkrete Anhaltspunkte» wurde bereits im bundesrätlichen Vorentwurf zur Änderung des ATSG vom 22. Februar 2017 als Formulierung genannt und blieb sodann im gesamten Gesetzgebungsverfahren unverändert. Eine Legaldefinition dieses Rechtsbegriffs kann dem ATSG nicht entnommen werden, weswegen diese Formulierung schon anlässlich des Vernehmlassungsverfahrens von einer Minderheit kritisiert wurde.²⁹⁶ In Bezug auf die Zulässigkeit von Observationen weisen die Materialien lediglich auf die Rechtsgrundlagen der strafprozessualen Observation sowie auf die bisherige Gerichtspraxis des Bundesgerichts hin. Bei der Observation, wie sie nunmehr im ATSG vorgesehen ist, soll es sich nämlich um eine einfache Observation handeln, wie sie auch in Art. 282 Abs. 1 lit. a StPO verankert ist. Dabei ist unverkennbar, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung der neuen gesetzlichen Grundlage bestrebt war, eine gewisse Kongruenz mit der Strafprozessordnung zu erzielen.²⁹⁷ Immerhin geht aus den Materialien der gesetzgeberische Wille hervor, dass die versicherungsinternen Hürden für die Möglichkeit, auf das Mittel der Observation zurückzugreifen, hoch angesetzt werden müssen.²⁹⁸
- 181 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss eine Observation objektiv geboten sein, womit gemeint ist, «dass konkrete Anhaltspunkte vorliegen müssen, die Zweifel an den geäußerten gesundheitlichen Beschwerden oder der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit aufkommen lassen».²⁹⁹ Zentral für die Eruierung der geforderten konkreten Anhaltspunkte ist demnach, ob aufgrund von objektiven Anhaltspunkten Zweifel am medizinischen Gesundheitszustand der versicherten Person geschaffen wurden. Dabei ist es unerheblich, ob der (angezweifelte) medizinische Gesundheitszustand von der versicherten Person selbst dargelegt wird (geäußerten gesundheitlichen Beschwerden) oder auf eine entsprechende Arbeitsunfähigkeitsbestätigung zurückzuführen ist (geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit).

²⁹⁶ Vgl. BBI 2017 7408; AB N 2018 353.

²⁹⁷ So etwa BBI 2017 7410, bezogen auf BGE 137 I 327 E. 5.4.2.1; 136 III 410 E. 4.2.1; vgl. auch BBI 2017 7424; BSV, Erläuternder Bericht, 10; BSV, Fakten, 2.

²⁹⁸ AB N 2018 355.

²⁹⁹ Vgl. BGE 137 I 327 E. 5.4.2.1.

III. Einige Praxisbeispiele

Im Folgenden soll aufgrund ausgewählter Gerichtsentscheide dargelegt werden, welche objektiven Anhaltspunkte berechtigte Zweifel am medizinischen Gesundheitszustand der versicherten Person erlauben, sodass die Abklärungsmassnahme der Observation veranlasst werden darf.³⁰⁰

182

1. Medizinische Untersuchungen

In der Praxis ergeben sich konkrete Anhaltspunkte in der Regel unmittelbar aus Berichten, welche auf medizinischen Untersuchungen beruhen und dem Versicherungsträger im Rahmen des Abklärungsverfahrens übermittelt werden. Dabei ist es unerheblich, ob die entsprechenden medizinischen Berichte auf Geheiss des Versicherungsträgers (Gutachten, Konsilium) veranlasst oder von den behandelnden Ärzten der versicherten Person erstellt werden. In Betracht kommen somit sämtliche medizinischen Akten, welche im Rahmen der Anspruchsprüfung für die Feststellung des massgebenden Sachverhalts dienlich sind. Entscheidend für die geforderte objektive Gebotenheit ist dabei, ob in den medizinischen Unterlagen sodann Inkonsistenzen auftreten, wie widersprüchliches Verhalten der versicherten Person, massive Aggravation, Simulation oder Selbstschädigung, welche folglich Zweifel an den geltend gemachten Beschwerden bzw. der Arbeitsunfähigkeit aufkommen lassen. Diese genannten Elemente können einzeln oder kombiniert genügend konkrete Anhaltspunkte liefern, um der geforderten objektiven Gebotenheit der Observation zu entsprechen.³⁰¹

183

2. Meldungen aus der Bevölkerung

In der bisherigen Gerichtspraxis bejahte das Bundesgericht die objektive Gebotenheit einer Observation auch bei widersprüchlichem Verhalten der versicherten Person oder wenn Zweifel an der Redlichkeit derselben vorlagen. Nicht selten werden Zweifel hervorgerufen durch Angaben oder Beobachtungen Dritter, welche dem Versicherungsträger gemeldet werden.³⁰² Diese be-

184

³⁰⁰ Für weitere Beispiele vgl. BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 23 ff.; WEIBEL, Rz. 22.

³⁰¹ Vgl. BGE 137 I 327 E. 5.4.2.1; 136 III 410 E. 4.2.1; zuletzt wieder bestätigt im Urteil 8C_634/2018 vom 30. November 2018 E. 5.2.

³⁰² Ibid.

inhalten meistens konkrete Hinweise zum Gesundheitszustand der versicherten Person, die auf einen möglichen unrechtmässigen Leistungsbezug schließen lassen.

- 185 Von Bedeutung sind in diesem Zusammenhang insbesondere Beobachtungen des Arbeitgebers, welche dem Sozialversicherungsträger im Regelfall vom Vorgesetzten oder vom Personalverantwortlichen gemeldet werden. Aufgrund des Angestelltenverhältnisses zwischen der versicherten Person und dem Arbeitgeber können sachverhaltsrelevante Informationen ans Licht gelangen, welche für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit und folglich den Bezug oder die weitere Ausrichtung von Versicherungsleistungen von Relevanz sein können. Ferner sind Meldungen aus dem direkten Umfeld der versicherten Person denkbar, wie etwa von Familienangehörigen, Freunden oder Nachbarn.

3. Anonyme Hinweise

- 186 Sachverhaltsrelevante Meldungen können dem Versicherungsträger jedoch auch in anonymisierter Form zugespielt werden. Obschon derartige Meldungen sehr konkrete Anhaltspunkte für einen Verdacht auf Versicherungsmisbrauch enthalten können, kann dabei nie ausgeschlossen werden, dass eine versicherte Person zu Unrecht denunziert wird. Aus diesem Grund haben Versicherer den Inhalt derartiger anonymer Meldungen genauestens zu überprüfen, bevor es zu einer Überwachungsanordnung kommt. Lassen sich die Angaben nur mit einer Observation abschliessend überprüfen, so ist vorab auf eine mildere Massnahme, wie etwa einen Augenschein, zurückzugreifen.³⁰³
- 187 Nichtsdestotrotz erachtet das Bundesgericht einen anonymen Hinweis als hinreichend konkreten Anhaltspunkt für die Annahme berechtigter Zweifel an den geklagten Beschwerden der versicherten Person, sodass darauf basierend die objektive Gebotenheit einer Observation gegeben sei.³⁰⁴ Dabei reicht die blosse Tatsache, dass ein anonymer Hinweis vorliegt, für die Annahme konkreter Anhaltspunkte und damit für die geforderte objektive Gebotenheit der Observation aus. Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts wird auf eine sorgfältige Prüfung eines anonymen Hinweises regelmässig verzichtet. Dies ist nicht unproblematisch, wenn man bedenkt, dass ein zu Unrecht erfolgter anonymer Hinweis nie ausgeschlossen werden kann.

³⁰³ Vgl. BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 27.

³⁰⁴ Urteil 8C_529/2019 vom 22. November 2019 E. 4; 8C_352/2017 vom 9. Oktober 2017 E. 5.4.1 m.w.H. zur Rechtsprechung.

In diesem Zusammenhang ist die Vorgehensweise von WEIBEL zu begrüssen.¹⁸⁸ Seiner Ansicht nach ist der Inhalt anonymer Meldungen stets auf seine Korrektheit hin zu überprüfen. Wird ein Sozialversicherter von einem anonymen Dritten denunziert und sind in den Akten keine weiteren Anhaltspunkte erkennbar, die auf einen möglichen unrechtmässigen Leistungsbezug hinweisen, kann damit – im Unterschied zur Rechtsprechung des Bundesgerichts – dem Erfordernis des Vorliegens konkreter Anhaltspunkte nicht entsprochen werden. In diesem Fall ist vielmehr von einer zu Unrecht erfolgten Denunzierung auszugehen. Es ist daher unerlässlich, in den Abklärungen stets die Beweggründe derartiger Meldungen zu berücksichtigen, um etwaigen böswilligen Beschuldigungen entgegenzuwirken.³⁰⁵

4. Haushaltsabklärungen

Im Rahmen des Abklärungsverfahrens greift die Invalidenversicherung regelmäßig auf sog. Haushaltsabklärungen zurück. Ziel dieser Massnahme ist es, die Erwerbsunfähigkeit der versicherten Person basierend auf deren Einschränkung im Haushalt zu bestimmen. Der daraufhin erstellte Abklärungsbericht dient der IV-Stelle sodann für die Bemessung der Invalidität.³⁰⁶ Die dabei vor Ort angetroffenen konkreten Verhältnisse wie auch die festgestellte Verhaltensweise der versicherten Person, wie z.B. eine faktische Gesprächsverweigerung mit der von der IV-Stelle entsandten Abklärungsperson, können ausreichenden Anlass dazu geben, das (angeblich) krankheitsbedingte Verhalten mit einer Observation zu überprüfen.³⁰⁷

5. Diskrepanzen in sozialen Netzwerken

Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts vermögen auch Einträge oder Fotos auf öffentlich einsehbaren Internetplattformen³⁰⁸ dem Erfordernis des Vorliegens konkreter Anhaltspunkte zu genügen.³⁰⁹ Auch in derartigen Fäl-

³⁰⁵ WEIBEL, Rz. 23.

³⁰⁶ Je nach Sachverhalt erfolgt die Bemessung der Invalidität nach der spezifischen Methode (bei nicht erwerbstätigen Versicherten gemäss Art. 28a Abs. 2 IVG) oder nach der gemischten Methode (bei teilweise erwerbstätigen Versicherten nach Art. 28a Abs. 3 IVG).

³⁰⁷ Vgl. Urteile 8C_515/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 5.4; 8C_36/2014 vom 11. März 2014 E. 2.2.2; vgl. auch BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 27.

³⁰⁸ So etwa Facebook, Twitter, Instagram, persönliche Homepage der versicherten Person etc.

³⁰⁹ Zur Problematik bzw. Zulässigkeit der Internetrecherche vgl. EICHENBERGER/VOLKER, 275 ff.; ebenso BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 26.

len wird verlangt, dass der auf der Internetplattform einsehbare Inhalt hinreichende Zweifel an den geäußerten gesundheitlichen Beschwerden oder der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit aufkommen lässt. Dies wird meistens dann der Fall sein, wenn die versicherte Person Inhalte mit der Öffentlichkeit teilt, die von sportlichen oder sonstigen (körperlichen) Aktivitäten zeugen und somit im Widerspruch zu den geltend gemachten gesundheitlichen Beeinträchtigungen stehen. Dabei ist es unerheblich, ob es sich bei den Beiträgen in den sozialen Netzwerken um visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos oder sonstige Animationen), schriftliche Einträge oder das Teilen eines Standorts handelt.³¹⁰

IV. Erfordernis der Subsidiarität

- ¹⁹¹ In Art. 43a Abs. 1 lit. b ATSG wird für die Durchführung einer Observation zusätzlich zum Vorhandensein der konkreten Anhaltspunkte vorausgesetzt, dass die Abklärungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden.³¹¹ Hier wird der vom Gesetzgeber für die Durchführung von Observationen geforderte Grundsatz der Subsidiarität ersichtlich. Eine Observation als die am stärksten in die Grundrechtposition der versicherten Person eingreifende Abklärungsmassnahme soll nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich als Ultima Ratio und damit nur dann eingesetzt werden, wenn andere Abklärungsmassnahmen, z.B. eine Begutachtung nach Art. 44 ATSG, ohne Erfolg bzw. aussichtslos geblieben sind, ohne dass die konkreten Anhaltspunkte allerdings beseitigt wurden.³¹² Im Unterschied zu den konkreten Anhaltspunkten, welche sich auf das vermutete Verhalten der versicherten Person beziehen, zielt das Erfordernis der Subsidiarität auf die Abklärung des massgebenden Sachverhalts ab.³¹³
- ¹⁹² Bei der Abwägung, ob der Sachverhalt nicht mit anderen Mitteln oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand geklärt werden kann, muss stets der Grund-

³¹⁰ Vgl. Urteile 9C_838/2018 vom 14. Februar 2019 E. 5.1f.; 9C_563/2017 vom 23. Februar 2018 E. 5.2; 8C_69/2017 vom 18. August 2017 E. 5.1; BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 25; ebenso WEIBEL, Rz. 22.

³¹¹ Dass sich der Gesetzgeber bei der Schaffung der neuen gesetzlichen Grundlage für die Anordnung von Observationen an der strafprozessualen Observation orientiert hat, ist u.a. bei der Formulierung der Subsidiarität in Art. 43a Abs. 1 lit. b ATSG gut ersichtlich. Es handelt sich nämlich um den identischen Wortlaut wie in Art. 282 Abs. 1 lit. b StPO.

³¹² HANSJAKOB, 148; sowie auch AB N 2018 353, 358.

³¹³ KIESER, ATSG, Art. 43a N 26; sowie Abstimmungsbüchlein, 28.

satz der Verhältnismässigkeit beachtet werden. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass trotz der Überwachungsnorm dem Schutz der Privatsphäre der Versicherten nach wie vor eine grosse Bedeutung zukommt.³¹⁴

Im Zusammenhang mit der gesetzlich geforderten Subsidiarität der Observation ist auch der Abklärungspflicht des Versicherungsträgers Beachtung zu schenken. Der Versicherungsträger ist aufgrund seiner ihm obliegenden Abklärungspflicht nach Art. 43 ATSG angehalten, sämtliche notwendigen Abklärungen vorzunehmen, bis über die für die Beurteilung des Leistungsfalls erforderlichen Tatsachen hinreichende Klarheit besteht. Zusätzlich zu dieser gesetzlich verankerten Untersuchungspflicht obliegen der versicherten Person ebenfalls Mitwirkungspflichten (Art. 28 ATSG), welche darin bestehen, sämtliche zur Abklärung des massgebenden Sachverhalts erforderlichen Informationen dem Sozialversicherungsträger zu übermitteln. Aus diesem Grund erachten GÄCHTER/MEIER eine Observation, welche gleich zu Beginn des sozialversicherungsrechtlichen Abklärungsverfahrens durchgeführt wird, zu Recht als unverhältnismässigen Eingriff in die Privatsphäre der versicherten Person.³¹⁵

Als aussichtslos sind die Abklärungen dann einzuschätzen, wenn alle anderen Abklärungsmassnahmen von vornherein nicht zielführend sind.³¹⁶ Das ist etwa dann anzunehmen, wenn bezüglich der körperlichen Beschwerden der versicherten Person bereits umfangreiche medizinische Unterlagen (Konsultationsberichte, Operationsberichte etc.) vorhanden sind, welche zwar Rückschlüsse auf die körperliche Leistungsfähigkeit erlauben, aber keine abschliessende Beurteilung des massgebenden Sachverhalts zulassen.

Bei der Beurteilung, ob Abklärungen ohne Observation unverhältnismässig erschwert würden, ist insbesondere zu prüfen, ob ein hinreichendes Verhältnis zwischen Abklärungsmittel (d.h. der Observation) und Abklärungsziel (Wahrheitsfindung sowie darauf basierend die abschliessende Beurteilung des Leistungsfalls) besteht.³¹⁷ Die Lehre spricht sich in diesem Zusammenhang einheitlich dafür aus, dass bei der vorausgesetzten Erschwernis und der damit einhergehenden Effizienzabwägung zeitliche, wirtschaftliche oder finanzielle Kriterien nicht miteinbezogen werden dürfen. Ein Versicherungsträger darf daher nicht auf die Abklärungsmassnahme der Observation zurückgreifen,

³¹⁴ BBI 2017 7424; ebenso KIESER, ATSG, Art. 43a N 30.

³¹⁵ GÄCHTER/MEIER, Observation, Rz. 17; ebenso BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 30.

³¹⁶ Zur Subsidiarität in Bezug auf die strafprozessuale Observation siehe HANSJAKOB, Rz. 479 ff.

³¹⁷ KIESER, ATSG, Art. 43a N 30.

wenn ihm auch ein anderes Abklärungsmittel zur Sachverhaltsermittlung zur Verfügung steht, selbst wenn eine Observation aus Sicht des Versicherungs-trägers allenfalls schneller und vielleicht sogar günstiger zu verwertbaren Ergebnissen führt als eine aufwendige polydisziplinäre Begutachtung.³¹⁸

V. Zwischenfazit

- 196 Obschon ein ungerechtfertigter Leistungsbezug sich anhand der übrigen gesetzlichen Instrumente zur Sachverhaltsermittlung bereits weitgehend vermeiden lässt, ist in wenigen Fällen ein Rückgriff auf das Mittel der Observation zur abschliessenden Feststellung des massgebenden Sachverhalts unausweichlich.³¹⁹ Dabei muss stets beachtet werden, dass eine Observation grundsätzlich immer einen Eingriff in die Grundrechte der versicherten Person darstellt. Aus diesem Grund, aber auch aufgrund des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, ist es unerlässlich, dass für die Durchführung einer Observation die Kriterien der objektiven Gebotenheit wie auch der Subsidiarität gegeben sein müssen. Diese gesetzlich verankerten Anforderungen sind insoweit zu begründen, als damit sichergestellt wird, dass nur in begründeten Fällen (objektive Gebotenheit) und wenn zugleich kein milderes Mittel zur Verfügung steht (Subsidiarität) auf das Mittel der Observation zurückgegriffen werden darf.
- 197 Zur Bestimmung der objektiven Gebotenheit der Observation bedarf es konkreter Anhaltspunkte, welche die Überwachungstätigkeit zu legitimieren vermögen. Nach Ansicht des Bundesgerichts vermochten in der Vergangenheit neben dem widersprüchlichen Verhalten der versicherten Person insbesondere diejenigen Anzeichen eine Observation zu rechtfertigen, welche Zweifel an den geltend gemachten Gesundheitsbeschwerden bzw. an der (lang andauernden) Arbeitsunfähigkeit aufkommen lassen. Dabei ist es grundsätzlich nicht von Belang, wo die konkreten Anhaltspunkte ihren Ursprung haben, sondern

³¹⁸ So etwa BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 32; in Bezug auf die erheblichen Kostenfolgen (im Sinne eines wirtschaftlichen Aufwands) der sonstigen Abklärungen; sowie KIESER, ATSG, Art. 43a N 32.

³¹⁹ Zur Feststellung des massgebenden Sachverhalts im Sozialversicherungsrecht reichen im Normalfall das Einholen ärztlicher Berichte oder eines Nachweises der Einkommensverhältnisse, die Nachfrage bei Dritten (z.B. Arbeitgeber), Umfeldabklärungen etc. aus. Zur Abklärungspflicht des Sozialversicherers und der zulässigen Beweismittel im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren vgl. vorne [Rz. 48 ff.](#)

nur, dass sie geeignet sind, berechtigte Zweifel aufkommen zu lassen, welche sodann dem Versicherungsträger Anlass dazu geben, die gesundheitliche Beeinträchtigung der versicherten Person mit einer Observation zu überprüfen.

Da die Überwachungstätigkeit im Sozialversicherungsrecht die invasivste Form der Sachverhaltsermittlung darstellt, hat der Versicherungsträger vor deren Anordnung zu prüfen, ob der zu beurteilende Sachverhalt nicht mit einem anderen im ATSG und im VwVG zulässigen Beweismittel abschliessend beurteilt werden kann. Erst wenn diese Frage endgültig beantwortet werden kann (im Sinne einer Erfolg- bzw. Aussichtslosigkeit der bisherigen Abklärungen), ist es dem Versicherungsträger gestattet, auf das Mittel der Observation zurückzugreifen. Dies dürfte im Sozialversicherungsrecht in den allerwenigsten Leistungsfällen zutreffen.

In der Praxis von grösserer Bedeutung für die Anordnung einer Observation ist wohl das Kriterium der unverhältnismässigen Erschwernis. Zur Beurteilung, ob Abklärungen ohne eine Überwachungstätigkeit unverhältnismässig erschwert würden, muss auf die in der Lehre genannten Abwägungskriterien zurückgegriffen werden. Demnach hat sich der Versicherungsträger bei der Beurteilung der unverhältnismässigen Erschwernis auf objektiv nachvollziehbare Kriterien zu beschränken. Zeitliche, wirtschaftliche oder finanzielle Kriterien dürfen bei der Abwägung, ob Abklärungen ohne eine Observation unverhältnismässig erschwert würden, nicht berücksichtigt werden.³²⁰

Die Tatsache, dass die neue Observationsnorm *de lege lata* in Bezug auf die Zulässigkeit mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, ist im Hinblick auf die daraus resultierende Rechtsunsicherheit nicht unproblematisch.³²¹ Denn ein vager Wortlaut bezüglich der Umstände, die eine Observation rechtfertigen, kann durch Falschauslegung der Norm die Anordnung einer unnötigen, unverhältnismässigen oder gar willkürlichen Observation nach sich ziehen.

Der nunmehr in Art. 43a Abs. 1 ATSG kodifizierte vage Wortlaut röhrt daher, dass der Gesetzgeber eine gewisse Kongruenz mit der strafprozessualen Observation nach Art. 282 Abs. 1 StPO schaffen wollte. Anlässlich des Gesetzgebungsverfahrens wurde aber explizit darauf hingewiesen, ebenso die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts in die Ausarbeitung der neuen Observationsnorm miteinflussen zu lassen.³²² Mit der nun vorliegenden Umschreibung lehnt sich Art. 43a Abs. 1 ATSG aber ausschliesslich an die strafprozes-

³²⁰ Zur unverhältnismässigen Erschwernis vgl. vorne [Rz. 191 ff.](#)

³²¹ Vgl. dazu vorne [Rz. 168 ff.](#)

³²² Vgl. BSV, Erläuternder Bericht, 10, bezüglich BGE 137 I 327 E. 5.4.2.1 und 136 III 410 E. 4.2.1.

suale Regelung an. Obschon das Bundesgericht zur Bestimmung der objektiven Gebotenheit die konkreten Anhaltspunkte aufgreift, haben die in der bisherigen Gerichtspraxis entwickelten konkreten Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit eine Observation durchgeführt werden kann, nicht Einzug in die neue Observationsnorm gefunden.

- 202 Mit dem vagen Wortlaut von Art. 43a Abs. 1 ATSG ist m.E. dem Erfordernis nicht nachgekommen worden, die gesetzliche Grundlage müsse dem Grundsatz der Voraussehbarkeit entsprechen. Zudem vermag Art. 43a Abs. 1 ATSG in keinerlei Hinsicht dem vom EGMR genannten Kriterium zu genügen, wonach die gesetzliche Grundlage die Gründe für die Anordnung einer Observation zu nennen habe. Um diese hinreichend präzise zu bestimmen, wäre es notwendig gewesen, die möglichen Gründe für die Anordnung einer Observation in einem Katalog aufzuzählen. Darüber hinaus müsste die Norm auch bestimmen, wann derartige konkrete Anhaltspunkte anzunehmen sind. Dies wäre in Anbetracht der reichlich vorhandenen Entscheide des Bundesgerichts zur Anordnung von Observationen, welche anlässlich des Gesetzgebungsverfahrens bereits vorlagen, leicht umzusetzen gewesen.³²³

³²³ So bereits gefordert von DUCREY, 10, 12.

Kapitel 3: Zulässige Observationsmittel

I. Allgemeines

Art. 43a Abs. 1 ATSG nennt insgesamt drei Observationsmittel, auf die der Ver-
sicherungsträger bei der Durchführung einer verdeckten Überwachung zu-
rückgreifen kann, nämlich die Bildaufzeichnung, die Tonaufzeichnung sowie
den Einsatz technischer Instrumente zur Standortbestimmung.³²⁴ 203

Die Bildaufzeichnung (bzw. Bildaufnahme) ist ein technischer Vorgang, wel-
cher das visuelle Abbild eines bestimmten Objekts bezieht. Darunter fallen
nicht nur Einzelbilder im Sinne einzelner Fotografien, sondern auch Videoauf-
nahmen.³²⁵ Auch bei der Tonaufzeichnung (bzw. Tonaufnahme) handelt es sich
um einen technischen Vorgang, unter welchem die auditive Wiedergabe eines
bestimmten Geschehens (beispielsweise eines Gesprächs) zu verstehen ist.³²⁶
Im Rahmen des Abklärungsverfahrens im Sozialversicherungsrecht dienen
beide Überwachungsmittel der Beweissicherung.³²⁷ 204

Unter «technische Instrumente» werden im Allgemeinen Mittel verstanden,
die das natürliche menschliche Wahrnehmungsvermögen wesentlich erhöhen,
wie etwa stark vergrößerte Objektive, Richtmikrofone, Wanzen oder Ortungs-
geräte. Dem Wortlaut von Art. 43a Abs. 1 ATSG nach sind für Observationen
solche technischen Instrumente hingegen nur zur Standortbestimmung, nicht
aber für Bild- und Tonaufnahmen zulässig.³²⁸ Sie dürfen daher einzig für die
Festhaltung eines bestimmten Aufenthaltsorts zu einem bestimmten Zeit-
punkt eingesetzt werden.³²⁹ Im Gegensatz zur Bild- und Tonaufzeichnung sind
technische Instrumente zur Standortbestimmung keine Beweismittel. Sie be-

³²⁴ Wobei das letzte Observationsmittel in Art. 43a Abs. 3 ATSG gesondert geregelt wird, da
dieses durch das Gericht genehmigungspflichtig ist, vgl. Art. 43b ATSG. Zu den techni-
schen Instrumenten zur Standortbestimmung vgl. hinten [Rz. 238 ff.](#)

³²⁵ (Moderne) Videoaufzeichnungen entstehen durch grafische Datenverarbeitung. Durch die
(schnelle) Wiedergabe von Einzelbildern eines bestimmten Vorgangs (Aneinanderreihung
einzelner Fotografien) entsteht ein bewegtes Bild.

³²⁶ Vgl. BBI 2017 7424.

³²⁷ BSK ATSG–GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 13.

³²⁸ Vgl. BSV, Einsatz von technischen Instrumenten, 1.

³²⁹ KIESER, ATSG, Art. 43a N 36.

zwecken nämlich lediglich die Lokalisierung der Zielperson, sodass nach Ermittlung des Standorts die eigentliche Observation mittels Bild- und Tonaufnahmen erfolgen kann.³³⁰

- 206 Obschon das Gesetz in Art. 43a Abs. 1 ATSG u.a. festlegt, welche Observationsmittel zulässig sind, äussert es sich nicht zur Zulässigkeit eines ergänzenden Berichts zur durchgeföhrten Observation, wie dies in der Praxis üblich ist.³³¹ Auch das BSV hält explizit fest, dass der Bericht der beauftragten Spezialisten zuhanden des Versicherungsträgers zum Observationsmaterial gehört.³³² Das schriftliche Rapportieren der Observationsergebnisse ist aus Sicht des Versicherungsträgers bereits aus Beweisgründen als notwendig zu erachten.³³³ Fördert die Überwachungsaktion jedoch Erkenntnisse zutage, welche der observierenden Person als Entlastung dienlich sind, so sind diese ebenso im Observationsbericht zu erfassen.³³⁴ Ein Teil der Lehre spricht sich indes ausdrücklich für einen ebensolchen Bericht aus, nicht zuletzt auch, um die konkreten Observationsmodalitäten (Angaben zu der erfolgten Observation, beauftragte Spezialisten etc.) schriftlich festzuhalten.³³⁵
- 207 Nach der hier vertretenen Ansicht ist das Rapportieren der Observationsergebnisse zwingend notwendig, und zwar nicht nur für die interne Dokumentation zwecks Nachverfolgung der Überwachungstätigkeit, sondern insbesondere auch, um die Verwertbarkeit der erlangten Observationsergebnisse im weiteren sozialversicherungsrechtlichen Verfahren sicherzustellen. Die Rechtmässigkeit der erlangten Observationsergebnisse lässt sich im Nachhinein nämlich nur dann feststellen, wenn eine lückenlose Dokumentation über die erfolgte Observation vorhanden ist.³³⁶

³³⁰ AB S 2017 2010.

³³¹ Vgl. AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Rz. 4.

³³² BSV, Observationsweisung, Rz. 5001.

³³³ Vgl. WEIBEL, Rz. 7.

³³⁴ BSV, Observationsweisung, Rz. 2019.

³³⁵ Vgl. KIESER, ATSG, Art. 43a N 42 f., wobei der Autor hierzu explizit darauf hinweist, dass der Observationsbericht nicht die eigenen Eindrücke der observierenden Person enthalten dürfe, da solche subjektiven Eindrücke ebenfalls Aufzeichnungen seien, die jedoch nicht zu den gesetzlich zugelassenen Mitteln (Bild- und Tonaufzeichnungen sowie Standartaufzeichnungen) zählen.

³³⁶ Zur Verwertbarkeit von Observationsergebnissen vgl. hinten [Rz. 410 ff.](#)

II. Bildaufzeichnungen

Die SKG-SR vertrat schon zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens die Meinung, dass Bildaufzeichnungen nicht die Wahrnehmung übertreffen dürfen, welche das blosse menschliche Auge zu machen imstande ist.³³⁷ Dies wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens denn auch von keiner weiteren involvierten Partei beanstandet. Dieser gesetzgeberische Wille wurde in der Folge vom Bundesrat in Art. 7i Abs. 1 ATSV aufgenommen.³³⁸ Nach der genannten Bestimmung dürfen für Bildaufzeichnungen keine Instrumente eingesetzt werden, die das natürliche Wahrnehmungsvermögen wesentlich erweitern.³³⁹ Namentlich aufgezählt sind Nachtsichtgeräte. Dabei handelt es sich aber nicht um eine abschliessende Aufzählung der technischen Geräte, welche als Observationsmittel unzulässig sind. Das BSV präzisierte in diesem Kontext, dass auch stark vergrössernde Objektive unter die Formulierung der technischen Instrumente fallen, welche das menschliche Wahrnehmungsvermögen wesentlich erweitern.³⁴⁰ Verboten sind somit alle Geräte, die eine Momentaufnahme oder ganze Abläufe sichtbar machen, die ein Mensch (mit durchschnittlich gesunden Augen) von sich aus nicht wahrnehmen könnte.

Zu den unzulässigen Observationsmitteln zählt das BSV aber auch Teleobjektive. Damit werden Aufnahmen ermöglicht, welche von blossem Auge über eine weite Distanz nicht erkennbar wären.³⁴¹ Als Teleobjektive werden diejenigen Objektive bezeichnet, welche über eine grosse Brennweite (sog. Telebrennweite) verfügen. Sie erlauben, entfernte Motive wie durch ein Fernglas nah heranzuholen und damit vergrössert abzubilden.³⁴² Dasselbe gilt für sog. Zoomobjektive, welche unterschiedliche Brennweiten in nur einem Objektiv

208

209

³³⁷ Vgl. BBI 2017 7411.

³³⁸ Der Bundesrat sprach sich hierfür schon zu Beginn der parlamentarischen Debatten aus, vgl. AB S 2017 1010.

³³⁹ Mit dem Wort «wesentlich» stellt der Gesetzgeber indes klar, dass technische Instrumente, die das natürliche menschliche Wahrnehmungsvermögen nur geringfügig erweitern, zulässig sind, vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen, 8. Für die Observationstätigkeit dürfen somit Fotoapparate und Videokameras mit einer das menschliche Auge (leicht) übertreffenden Bildauflösung verwendet werden, welche detailliertere Fotografien und Videos ermöglichen, als das natürliche menschliche Auge imstande ist wahrzunehmen.

³⁴⁰ Vgl. BSV, Einsatz von technischen Instrumenten, 1.

³⁴¹ BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 8.

³⁴² Die Brennweite wird in Millimetern angegeben und bestimmt im Zusammenhang mit der Sensorgröße den sog. Bildwinkel eines Objektivs, dazu ausführlich HOGL, 162 ff.

vereinen. Diese sind insbesondere dann problematisch, wenn das Zoomobjektiv auch über Telebrennweiten verfügt, sodass der Detektiv entfernte Motive nah heranzoomen kann, ohne dass er sich selbst dafür bewegen muss.³⁴³

- 210 Über die übrigen Eigenschaften der technischen Ausrüstung für die Überwachungstätigkeit finden sich in den Materialien keine weiteren Angaben. Es erstaunt, dass den technischen Eigenschaften (und damit der Funktionalität) von Fotoapparaten bislang kaum Beachtung geschenkt wurde, haben diese doch einen grossen Einfluss auf die Qualität der erlangten Bildaufzeichnungen – und damit auch darauf, ob das verwendete Gerät Bildaufzeichnungen ermöglicht, welche das natürliche menschliche Wahrnehmungsvermögen übertreffen können. Die konkret eingesetzte technische Ausrüstung hat letztlich auch einen unmittelbaren Einfluss darauf, ob überhaupt Bildaufzeichnungen zwecks Beweissicherung erlangt werden können. Vorsicht geboten ist demnach nicht nur in Bezug auf die zulässigen Kameraobjektive, sondern auch bezüglich der übrigen Kameraeigenschaften, wie etwa der ISO-Empfindlichkeit des Fotoapparats bzw. der Videokamera: Der ISO-Wert einer Kamera definiert die Lichtempfindlichkeit des Sensors und stellt damit ein wichtiges Kriterium für die korrekte Belichtung einer Bildaufnahme dar. Modernste Aufnahmegeräte, welche noch nicht als Nachtsichtgeräte gelten, ermöglichen aufgrund der hohen ISO-Empfindlichkeit des Sensors auch bei Dunkelheit (bei guter Umgebungsbeleuchtung) das Anfertigen von ausgezeichnetem Bildmaterial, welches das natürliche menschliche Sehvermögen bei Weitem übertrifft.³⁴⁴ Aus dieser Überlegung heraus stellt sich somit die Frage, wo die Grenze bei der Zulässigkeit von verschiedenen Kameratypen zu ziehen ist. Es macht nämlich einen Unterschied, ob mit einer sog. Profi-Sportkamera mit Hightech-Bildprozessoren und Autofokusmodulen aufgezeichnet wird, die ein Zielobjekt in Millisekunden scharf erfassen kann, oder mit einer herkömmlichen Kamera.
- 211 Aufgrund des fehlenden gesetzlichen Rahmens bezüglich der (maximal zulässigen) technischen Eigenschaften der Observationsgeräte ist die Empfehlung von GÄCHTER/MEIER nach geltendem Recht unerlässlich: Diese sieht vor, die

³⁴³ Zoomobjektive verfügen über bewegliche Linsen, die gegeneinander verschoben werden und damit die Brennweite des Objektivs stufenlos verändern können. Dies erlaubt, Bildausschnitte individuell anzupassen. Bezogen auf die Überwachungstätigkeit ermöglichen Zoomobjektive die individuelle Anpassung eines Bildausschnitts, ohne dass sich der Detektiv dabei selbst bewegen muss, vgl. zum Ganzen HOGL, 169.

³⁴⁴ Je höher die Empfindlichkeit eingestellt ist, beispielsweise ISO 3200, umso weniger Licht ist erforderlich, um eine korrekt belichtete Aufnahme anzufertigen, vgl. HOGL, 92 f.

Aufnahmeparameter in den Bilddateien mitzuspeichern, damit die verwendete technische Ausrüstung im Nachhinein auf ihre Gesetzeskonformität hin überprüft werden kann.³⁴⁵

Im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses wurde zudem intensiv über die Zulässigkeit von Drohnen als Observationsmittel diskutiert. Letztlich bestand jedoch Einigkeit darüber, dass der Einsatz von Drohnen für die eigentliche Observation, d.h. zwecks Bild- und Tonaufnahme, unzulässig sei.³⁴⁶ Auch der Bundesrat schloss sich dieser Ansicht an, jedoch wurde sodann auf ein explizites Verbot von Dronenaufnahmen in Art. 7i Abs. 1 ATSV verzichtet.³⁴⁷ Im Übrigen weist das BSV in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Luftraum, von dem aus Dronenaufnahmen getätigten werden könnten, ohnehin nicht als ein allgemein zugänglicher Ort qualifiziert werden könne, wie dies von Gesetzes wegen in Art. 43a Abs. 4 ATSG gefordert sei. Bildaufzeichnungen durch Fluggeräte sind daher schon nur aufgrund der Tatsache, dass diese vom Luftraum aus getätigten werden, nicht verwertbar.³⁴⁸ Selbst wenn die Drohne die Bilder nicht vom Luftraum aus aufnehmen würde, könnte im Nachhinein nicht mehr ohne Weiteres überprüft werden, ob die Observation an einem gesetzlich zulässigen Ort i.S.v. Art. 43a Abs. 4 lit. b ATSG stattgefunden hat.³⁴⁹

III. Tonaufzeichnungen

Genauso wie bei den Bildaufzeichnungen wollte der Gesetzgeber auch bei den Tonaufzeichnungen Kohärenz mit der strafprozessualen Bestimmung schaffen, indem dieselben Mittel wie im Geltungsbereich des Art. 282 StPO zugelassen werden.³⁵⁰ Zum Einsatz gelangen dürfen daher normale Tonaufzeichnungsgeräte, so etwa einfache Mikrofone, die direkt in Fotoapparate und Videokameras verbaut sind und mit denen lediglich die unmittelbaren Umgebungsgeräusche aufgezeichnet werden.³⁵¹ Mit den Tonaufzeichnungen sollen

212

213

³⁴⁵ Vgl. BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 34: Obschon die Autoren dies in Bezug auf die Problematik mit Teleobjektiven empfehlen, lassen sich aufgrund der Aufnahmeparameter auch andere Angaben zum aufgezeichneten Bild überprüfen, insbesondere die ebenfalls problematische ISO-Einstellung.

³⁴⁶ AB S 2018 236; AB N 2018 371, 502.

³⁴⁷ BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 8.

³⁴⁸ Vgl. BSV, Fakten, 6.

³⁴⁹ BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 16.

³⁵⁰ Vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 8; BBI 2017 7424; BSV, Fakten, 6.

³⁵¹ Vgl. BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 18; AB N 2018 358, 371.

allen voran (psychische) Krankheitsbilder überprüft werden, bei denen sich die Frage stellt, ob und wie die Zielperson auf Lärm reagiert und in welchem sozialen Umfeld sie das tut.³⁵²

- 214 Für das Erstellen von Tonaufnahmen sind sämtliche Geräte unzulässig, welche die natürliche Hörfähigkeit wesentlich verstärken.³⁵³ So hält Art. 7i Abs. 2 ATSV denn auch fest, dass für akustische Aufzeichnungen keine Instrumente eingesetzt werden dürfen, die das natürliche menschliche Hörvermögen erweitern, namentlich keine Wanzen, Richtmikrofone und Tonverstärkungsgeräte. Durch das Verbieten solcher Geräte soll insbesondere das Ablauschen ausserhalb des Optischen (d.h. ausserhalb der optischen Reichweite) verhindert werden.³⁵⁴ Auch der Einsatz von Drohnen ist nach dem Willen des Gesetzgebers unzulässig.³⁵⁵
- 215 Des Weiteren hält Art. 7i Abs. 2 ATSV fest, dass Aufzeichnungen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes nicht verwertet werden dürfen. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Aufzeichnung (privater) Gespräche nicht gestattet ist. Sollten hingegen derartige Tonaufnahmen in Kombination mit Bildaufzeichnungen vorliegen, so sind Letztere ohne die Gesprächsaufzeichnungen dennoch verwertbar.³⁵⁶ Aus den Materialien geht hervor, dass zur Abgrenzung eines privaten Gesprächs von einem öffentlich gesprochenen Wort die Rechtsprechung zu Art. 179^{bis} StGB³⁵⁷ zu beachten sei: Ob ein Gespräch als öffentlich oder nicht öffentlich zu qualifizieren sei, hänge im Wesentlichen davon ab, ob es in einem privaten oder in einem allgemein zugänglichen Umfeld stattfinde.³⁵⁸ Ob das Umfeld privat oder allgemein zugänglich ist, ergibt sich sowohl aus dem Ort des Gesprächs als auch aus dem Kreis der Gesprächsteilnehmenden.³⁵⁹ Hinsichtlich der Verwertbarkeit von Tonaufzeichnungen muss

³⁵² Vgl. AB 2017 S 1007.

³⁵³ Derartige Geräte sind im Rahmen der strafprozessualen Observation nach Art. 282 StPO auch nicht zulässig. Andernfalls wäre für deren Einsatz eine richterliche Genehmigung erforderlich, wie dies beispielsweise für das Abhören von Telefongesprächen nach Art. 269 ff. StPO (Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs) vorgesehen ist, vgl. BBI 2017 7424; BSV, Einsatz von technischen Instrumenten, 2.

³⁵⁴ Vgl. AB S 2017 1007.

³⁵⁵ BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 8; ebenso BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 19; sowie KIESER, ATSG, Art. 43a N 41.

³⁵⁶ Vgl. dazu auch BSV, Observationsweisung, Rz. 2007.

³⁵⁷ Dieser Straftatbestand behandelt das Abhören und Aufnehmen fremder Gespräche.

³⁵⁸ Vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 8. Zum Begriff der Nichtöffentlichkeit i.S.v. Art. 179^{bis} StGB vgl. BGE 133 IV 249 E. 3.2.2.

³⁵⁹ BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 8.

somit stets der öffentliche Charakter des Gesprächs beachtet werden. Ohne einen solchen dürfen die aufgezeichneten Gesprächsinhalte im weiteren sozialversicherungsrechtlichen Verfahren nicht verwendet werden.³⁶⁰

IV. Zwischenfazit

Mit den in Art. 43a Abs. 1 ATSG genannten Observationsmitteln (Bild- und Tonaufzeichnungen, technische Instrumente zur Standortbestimmung) erfüllt die neue Observationsnorm die erstgenannte Anforderung des EGMR, wonach die gesetzliche Grundlage für die Überwachungstätigkeit die zulässigen Observationsmittel zu bezeichnen habe.³⁶¹

Aus den Materialien geht der Wille des Gesetzgebers deutlich hervor, dass technische Instrumente für Observationen nach ATSG nur zur Standortermittlung, nicht aber für Bild- und Tonaufnahmen zulässig sind. Diese technischen Instrumente werden dabei als Hilfsmittel eingesetzt und bezwecken einzig die Lokalisierung der Zielperson, um daraufhin die beabsichtigte Überwachungstätigkeit mittels Bild- und Tonaufzeichnungen durchzuführen.

Die für derartige Einsätze angewendeten technischen Instrumente – üblicherweise handelt es sich dabei um GPS-Ortungsgeräte – beinhalten eine Technik, welche ein Mensch grundsätzlich auch selbst, d.h. ohne technische Hilfsmittel, bewerkstelligen kann. Anstatt einen GPS-Peilsender am Fahrzeug der Zielperson anzubringen, könnten die mit der Überwachung beauftragten Spezialisten der Zielperson auflauern und sie verfolgen, bis der Aufenthaltsort derselben für die beabsichtigte Observation feststeht. Diese Vorgehensweise ist jedoch mit dem Risiko behaftet, von der Zielperson entdeckt zu werden und damit die geplante Observation zu gefährden. Der Einsatz technischer Instrumente zur Standortbestimmung ist überdies auch insoweit zu begründen, als damit die Dauer der Überwachungstätigkeit verkürzt werden kann. Wenn durch deren Einsatz der Standort schneller ermittelt wird, erfolgt bestenfalls auch eine schnellere Verifizierung des zuvor (vermuteten) ungerechtfertigten Leistungsbezugs, welcher Anlass zur Observation gegeben hat. Aus den so eben ausgeführten Gründen erscheint es somit sinnvoll, dass die neue Überwachungsnorm neben den Bild- und Tonaufzeichnungen auch technische Instrumente zur Standortbestimmung als Observationsmittel erfasst.

³⁶⁰ Ibid.

³⁶¹ Vgl. dazu vorne [Rz. 138](#).

- 219 Für Bild- und Tonaufzeichnungen sollen hingegen nur einfache Geräte eingesetzt werden dürfen, mit denen einzelne Momente oder ganze Abläufe aufgenommen werden, die auch das menschliche Wahrnehmungsvermögen erfassen könnte. Sämtliche technischen Geräte, welche die natürliche Wahrnehmungsfähigkeit des Menschen in visueller oder akustischer Hinsicht verstärken, sind unzulässig. Dies ist u.a. darauf zurückzuführen, dass die Anordnung einer einfachen Observation nach Art. 43a Abs.1 ATSG mittels Bild- und Tonaufnahmen durch den Versicherungsträger selbst, d.h. ohne Genehmigung einer externen Stelle, veranlasst werden kann.³⁶²
- 220 Die Einschränkung der zulässigen technischen Geräte für Bild- und Tonaufzeichnungen ist m.E. insoweit zu begrüssen, als damit problematische Geräte wie Wanzen, Richtmikrofone, Fluggeräte etc. für die Überwachungstätigkeit ausgeschlossen werden. Durch den Wortlaut von Art. 7i Abs. 1 und 2 ATSV lassen sich auch künftige technische Geräte ausschliessen, deren Einsatz aufgrund des (noch unbekannten) technischen Fortschritts bzw. aufgrund neuer Technologie einen erheblichen Eingriff in die Grundrechtsposition der versicherten Personen nach sich ziehen könnte.³⁶³
- 221 Nichtsdestotrotz wäre es wünschenswert gewesen, wenn der Gesetzgeber auf Verordnungsebene in Bezug auf die (maximal zulässigen) technischen Eigenschaften von Fotoapparaten und Videokameras für mehr Klarheit gesorgt hätte, um damit der vom EGMR geforderten Voraussehbarkeit gerecht zu werden. Immerhin erwähnt Art. 7i Abs. 1 ATSV denn auch explizit, dass für die Überwachungstätigkeit keine Nachtsichtgeräte zulässig sind, unterlässt es aber gleichzeitig, Aufnahmegeräte zu verbieten, die auch bei Dunkelheit ausgezeichnete Bildaufnahmen ermöglichen.

³⁶² Bzw. durch eine Person mit Direktionsfunktion, vgl. hierzu Art. 43a Abs. 2 ATSG.

³⁶³ Vgl. zur Problematik des technischen Fortschritts im Zusammenhang mit Überwachungsgeräten die Ausführungen von Ständerat STÖCKLI, AB S 2017, 1007.

Kapitel 4: Anordnung der Observation

I. Interne Entscheidungsgewalt

Art. 43a Abs. 2 ATSG regelt die Zuständigkeit für die Anordnung einer Observation. Nach dieser Bestimmung ist eine Person mit Direktionsfunktion im fallbearbeitenden Bereich oder im Bereich Leistungen des Versicherungsträgers für die Anordnung der Observation zuständig.³⁶⁴ Dabei hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, den Begriff der Direktionsfunktion auf Gesetzesstufe bzw. Verordnungsebene zu definieren, sodass es sich hierbei wiederum um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt. Welchen Personen eine Direktionsfunktion zukommt, liegt damit in der alleinigen Entscheidungskompetenz des Versicherungsträgers.

222

Die gesetzliche Regelung zur Anordnung der Observation wurde im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens kontrovers diskutiert.³⁶⁵ Im ursprünglichen Entwurf anlässlich der Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens wurde noch volumnäßig auf eine gesetzliche Regelung verzichtet, dies mit dem Ziel, die Anordnungskompetenz auf Verordnungsstufe zu bestimmen.³⁶⁶ Eine parlamentarische Minderheit sprach sich indes für einen Richtervorbehalt aus. Damit solle gewährleistet werden, dass eine unabhängige Instanz das Vorliegen der Voraussetzungen für die Durchführung einer Observation prüfe. Dies sei notwendig, da eine geheime Überwachung auch immer einen Grundrechteingriff darstelle.³⁶⁷

223

³⁶⁴ Die Anordnung unterliegt keiner besonderen Form und ist daher auch nicht als Entscheid im juristischen Sinne zu qualifizieren, der zwingend in der Form einer unmittelbar anfechtbaren Verfügung zu ergehen hat, vgl. KIESER, ATSG, Art. 43a N 44. Um sicherzustellen, dass die Ergebnisse der durchgeföhrten Observation im weiteren sozialversicherungsrechtlichen Verfahren uneingeschränkt verwertbar sind, ist es hingegen empfehlenswert, den Beschluss der Observationsanordnung schriftlich festzuhalten und den Akten beizulegen. Von einer (einfachen) Aktennotiz ist abzuraten, vgl. WEIBEL, Rz. 27.

³⁶⁵ Vgl. BBI 2017 7409.

³⁶⁶ BSV, Erläuternder Bericht, 10 f. Mit einer Zuständigkeitsregelung hinsichtlich der Anordnung wurde befürchtet, dass in die organisatorische Autonomiekompetenz der Versicherer (im Sinne einer «Veradmindistrierung») eingegriffen würde, vgl. BBI 2017 7409.

³⁶⁷ BBI 2017 7407, 7409.

- 224 Dieser Antrag wurde jedoch von der Mehrheit der SGK-SR wie auch vom Bundesrat abgelehnt.³⁶⁸ Letzterer erklärte die Anordnungskompetenz sodann zur Chefsache, in der Absicht, lediglich Mitglieder der Geschäftsleitung zur Anordnung von Observationen zu legitimieren.³⁶⁹ Gesamthaft ist der gesetzgeberische Wille erkennbar, dass die zuständige Anordnungsinstanz – sei diese beim Sozialversicherer selbst oder bei einer unabhängigen staatlichen Behörde angesiedelt – über eine gewisse Führungsverantwortung und Anordnungsqualität verfügen muss.³⁷⁰
- 225 In den darauffolgenden parlamentarischen Beratungen wurde sodann festgehalten, dass eine Anordnung weder ein Sachbearbeiter³⁷¹ noch eine Person auf Stufe der Geschäfts- bzw. Konzernleitung zu veranlassen habe. In der Folge einigten sich die Räte schliesslich auf die Formulierung «Person mit Direktionsfunktion».³⁷²
- 226 Mit der Anordnungskompetenz wollte der Gesetzgeber hinsichtlich der Anordnung von Observationen eine gesetzliche Hürde schaffen, um die Versicherten vor unnötigen, willkürlichen und unverhältnismässigen Beobachtungen zu schützen. Ohne eine gesetzliche Schranke zur Anordnung von Observationen bestünde nämlich eine ständige Gefahr von Machtmissbrauch, da diese Abklärungsmassnahme jederzeit und damit unkontrolliert veranlasst werden könnte. Dies würde wiederum dem Erfordernis der Voraussehbarkeit entgegenstehen.³⁷³ Durch den Miteinbezug einer weiteren Person (mit Direktionsfunktion) wird denn auch (automatisch) sichergestellt, dass der fallführende Sachbearbeiter die beabsichtigte Observation mindestens einer weiteren Person zur Kontrolle vorlegt.³⁷⁴

³⁶⁸ Zur Begründung wurde vorgebracht, dass die Observation mittels Bild- und Tonaufzeichnung im Sozialversicherungsrecht keinen grösseren Grundrechtseingriff bewirke als die strafprozessuale Observation nach Art. 282 StPO, welche bewilligungsfrei erfolgen könne. Aus diesem Grund erscheine eine richterliche Genehmigung im ATSG als unverhältnismässig, vgl. BBI 2017 7424 f.; AB S 2017 1005; dazu auch ausführlich GÄCHTER/MEIER, *Observation*, Rz. 43.

³⁶⁹ Siehe BBI 2017 7427.

³⁷⁰ Vgl. BBI 2017 7407, 7409; WEIBEL, Rz. 32.

³⁷¹ Dies im Hinblick darauf, dass bei der Anordnung durch einen Sachbearbeiter stets eine erhöhte Gefahr einer missbräuchlichen Anordnung besteht, vgl. AB N 2018 365.

³⁷² AB S 2017 1010; AB N 2018, 501; AB S 2018, 236 f.

³⁷³ AB N 2018 353, 358.

³⁷⁴ Vgl. BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 34.

Welche Anforderungen der Antrag an die Person mit Direktionsfunktion und die Genehmigung desselben inhaltlich zu erfüllen haben, wird im Gesetzeswortlaut von Art. 43a Abs. 2 ATSG nicht geregelt. Zumindes in Bezug auf den Antrag an die Person mit Direktionsfunktion wird in der Lehre mehrheitlich die Meinung vertreten, dass sich dieser inhaltlich nach den in Art. 43b Abs. 1 ATSG³⁷⁵ genannten Angaben zu richten habe.³⁷⁶ Sowohl der Antrag an die Person mit Direktionsfunktion wie auch die Genehmigung zur Durchführung der Observation sind in schriftlicher Form festzuhalten. Damit wird gewährleistet, dass die internen Entscheidungsprozesse (Vorliegen der Voraussetzungen gemäss Art. 43a Abs. 1 ATSG sowie die Genehmigung der zuständigen Person) im Nachhinein auf ihre Gesetzeskonformität hin überprüft werden können.³⁷⁷

II. Bestimmung der Person mit Direktionsfunktion

In der Literatur wurde die geltende Regelung aufgrund des unbestimmbaren Rechtsbegriffs «Person mit Direktionsfunktion» nahezu einhellig kritisiert. Grund dafür ist, dass mit dieser Formulierung der Versicherungsträger selbst bestimmen kann, ob eine Observation durchgeführt wird, und damit nicht zuletzt, ob ein Grundrechtseingriff erfolgt.³⁷⁸ Zudem regelt diese vage Umschreibung nicht die konkreten Anforderungen, welche an eine Person zu stellen sind, die über den Einsatz dieses Beweismittels entscheidet.³⁷⁹

Die Kritik von GÄCHTER/MEIER bezüglich der Anordnungskompetenz fällt konkreter aus: Da der zulässige Observationsraum mit Art. 43a Abs. 4 lit. b ATSG im Unterschied zur strafprozessualen Observation nach Art. 282 StPO über den Öffentlichkeitsbereich von Art. 43a Abs. 4 lit. a ATSG hinaus ausgeweitet wurde, sei eine richterliche Genehmigung für sämtliche Observationen im So-

³⁷⁵ Art. 43a Abs. 3 ATSG sieht für den Einsatz von technischen Instrumenten zur Standortbestimmung eine richterliche Genehmigung vor. Art. 43b Abs. 1 ATSG umschreibt die Angaben, welche der Antrag an das Gericht zu enthalten hat.

³⁷⁶ KIESER, ATSG, Art. 43a N 46; ebenso BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 34. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass die in Art. 43b Abs. 1 lit. d ATSG genannte Anforderung bei der Observation mittels Bild- und Tonaufzeichnungen wegfällt, da diese Bedingung lediglich dann erfüllt sein muss, wenn der Versicherungsträger technische Ortungsgeräte einzusetzen möchte.

³⁷⁷ BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 34.

³⁷⁸ Vgl. etwa HEUSSER, Sozialdetektive, 206, 207, der in diesem Kontext von «Parallel-Polizeien» (Sozialdetektive und Strafverfolgungsbehörden) spricht.

³⁷⁹ So etwa GÄCHTER, Schnell, 216, 219; ebenso, wenn auch weniger explizit, DUCREY, 10, 12.

zialversicherungsrecht notwendig.³⁸⁰ Zudem gewährleiste eine Person mit Direktionsfunktion nicht zwingend, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei der Anordnung einer Observation beachtet werde. Dies sei insbesondere dann zu beanstanden, wenn die zuständige Person nicht über die relevanten juristischen Kenntnisse verfüge, damit die rechtsstaatlich gebotene Zurückhaltung gewährleistet werden könne.³⁸¹

- 230 Interessant in diesem Zusammenhang ist der pragmatische Lösungsansatz von WEIBEL: Seiner Meinung nach ist der Begriff «Person mit Direktionsfunktion» nicht wörtlich auszulegen. Von Relevanz sei einzig, dass die zur Anordnung der Observation zuständige Person eine Kaderfunktion ausübe. Dabei sei die Funktionsbezeichnung unerheblich. Bei privatrechtlich organisierten Sozialversicherern müsse die entsprechende Person im Handelsregister eingetragen sein. Andernfalls müsse die Organisationsstruktur des Sozialversicherers herangezogen werden. Wichtig sei, dass die zuständige Person zur Sicherstellung einer objektiven und fundierten Fallabklärung über die notwendigen juristischen wie auch fachrelevanten Kenntnisse verfüge. Dies minimierte das Risiko von willkürlich angeordneten Observationen, was der Gesetzgeber mit der Anordnungskompetenz in Art. 43a Abs. 2 ATSG denn auch bezieht habe.³⁸²
- 231 Nach hier vertretener Auffassung ist insbesondere auf die notwendigen Kompetenzen der zuständigen Person zu achten. Die (vom Gesetzgeber teilweise geforderte) Führungsverantwortung spielt dabei lediglich eine untergeordnete Rolle. In der Praxis wird die für die Anordnung einer Observation zuständige Person im Regelfall eine Position im mittleren Management innehaben. Für die Anordnung einer Observation sind folglich zwei massgebende Kompetenzen unabdingbar:
- 232 Einerseits muss die zuständige Person über juristische Grundkenntnisse verfügen, um die Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Art. 43a Abs. 1 ATSG – wie dies im Rahmen einer richterlichen Genehmigung erfolgen würde – selbst zu prüfen. Es reicht nicht aus, dass sie von der fallführenden Person lediglich über die objektive Gebotenheit und die Subsidiarität der geplanten Observation informiert wird. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die Genehmigung

³⁸⁰ Vgl. GÄCHTER/MEIER, *Observation*, Rz. 44, wobei diese Problematik durch den nachträglich vom Bundesrat erlassenen Art. 7h ATSV (Ort der Observation) weniger stark ins Gewicht fällt, vgl. WEIBEL, Rz. 31.

³⁸¹ GÄCHTER/MEIER, *Observation*, Rz. 44; a.M. WEIBEL, Rz. 36, da die relevanten juristischen Kenntnisse auch anderweitig erworben werden könnten.

³⁸² Vgl. hierzu WEIBEL, Rz. 33 ff.

ohne inhaltliche Prüfung der erforderlichen Voraussetzungen durch die Person mit Direktionsfunktion erteilt wird. Damit würde die vom Gesetzgeber beabsichtigte Kontrollfunktion für die Anordnung einer Observation ausgehöhlt.

Andererseits sind für die Anordnung einer Observation ebenso Fachkenntnisse in der Fallbearbeitung von Versichertendossiers oder alternativ in der Missbrauchsbekämpfung begrüßenswert – obschon nicht zwingend nötig. Eine klare Beurteilung, ob eine Observation unumgänglich erscheint und wann der richtige Zeitpunkt ist, diese zu veranlassen, ergibt sich prinzipiell erst mit jahrelanger Berufserfahrung in der Fallbearbeitung.²³³

Für die Anordnung einer Observation kommt nach der hier vertretenen Ansicht eine Führungskraft des mittleren Managements mit einer juristischen Grundausbildung in Betracht, wie etwa der Leiter des Rechtsdiensts im fallbearbeitenden Bereich oder im Bereich Leistungen des Versicherungsträgers.²³⁴

III. Zwischenfazit

Mit der Zuständigkeitsregelung bezüglich der Anordnung gemäss Art. 43a Abs. 2 ATSG ist dem Erfordernis des EGMR entsprochen worden, die gesetzliche Grundlage habe die anordnende Behörde zu bezeichnen.³⁸³ In Bezug auf die einfache Observation mittels Bild- und Tonaufzeichnungen ist es nämlich der Versicherungsträger selbst (bzw. eine von ihm angestellte Person mit Direktionsfunktion), der über den Einsatz dieses Beweismittels entscheidet und damit die Überwachungstätigkeit anordnet.³⁸⁴ Dem EGMR-Urteil nach hat das Gesetz ebenso eine Anordnungsregelung zu beinhalten, welcher zugleich eine Kontrollfunktion im Hinblick auf die Umsetzung der Überwachungsmassnahme zukommt.³⁸⁵ Diese Anforderung erfüllt Art. 43a Abs. 2 ATSG *de lege lata* nicht in befriedigendem Ausmass.

Obschon mit der erforderlichen Genehmigung durch die Person mit Direktionsfunktion eine gewisse Kontrollfunktion angenommen werden kann (im Sinne des Vieraugenprinzips), ist damit nicht gewährleistet, dass die beabsichtigte Überwachungstätigkeit vorab auf ihre Gesetzeskonformität hin überprüft

³⁸³ Vgl. dazu vorne [Rz. 142 ff.](#)

³⁸⁴ Dies gilt ebenso für Observationen, in denen technische Instrumente zur Standortbestimmung eingesetzt werden (vgl. Art. 43a Abs. 3 i.V.m. Art. 43b ATSG). In solchen Fällen ist das Gericht die anordnende Behörde, da für den Einsatz derartiger Instrumente eine richterliche Genehmigung notwendig ist, vgl. dazu hinten [Rz. 238 ff.](#)

³⁸⁵ Siehe dazu vorne [Rz. 146](#).

wird. Insbesondere hinsichtlich der in Art. 43a Abs. 1 ATSG genannten Anforderungen, nämlich der Erfordernisse der objektiven Gebotenheit und der Subsidiarität, ist eine hinreichend nachvollziehbare Genehmigung zwingend notwendig. Diese wird von einer Person im höheren Management ohne Erfahrung in der Fallbearbeitung und ohne juristische Grundausbildung kaum zu erbringen sein. Es kann von einer solchen Person nicht erwartet werden, dass sie sich mit einem an Art. 43b ATSG angelehnten Antrag voller juristischer Fachbegriffe auseinandersetzt. Dies wäre jedoch im Hinblick auf die vorgesehenen Observationsmodalitäten (Art. 43b Abs. 1 lit. c ATSG) und die Dauer der beabsichtigten Überwachung (Art. Art. 43b Abs. 1 lit. e ATSG) durchaus zu begrüßen, nicht zuletzt auch aus Gründen der Verhältnismässigkeit.

- ²³⁷ Die Anordnungsregelung in Art. 43a Abs. 2 ATSG, worin der Gesetzgeber zur Vermeidung einer «Veradministrierung» dem Versicherungsträger die Kompetenz zur Anordnung von Observationen überlässt, ist mit dem unbestimmten Rechtsbegriff «Person mit Direktionsfunktion» zu vage formuliert worden. Die Anforderungen, welche an die zuständige Person zu stellen sind, um einer zu extensiven und damit unkontrollierbaren Überwachungspolitik entgegenzuwirken, wären vom Gesetzgeber präzise zu kodifizieren gewesen.³⁸⁶ Alternativ zur internen Anordnungsinstanz kommt auch eine Regelung infrage, wonach Observationen vorgängig von einem Richter genehmigt werden müssen, wie sie im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens von einer Minderheit gefordert wurde. Mit einer richterlichen Genehmigung wäre gewährleistet, dass eine unabhängige staatliche Instanz das Vorliegen der Voraussetzungen für die Überwachungstätigkeit prüft. Mit dem Richtervorbehalt ist denn auch stets sichergestellt, dass die für die Anordnung zuständigen Personen (Richter und Gerichtsschreiber) über die notwendigen juristischen Kenntnisse und Praxiserfahrung im Sozialversicherungsrecht verfügen, um der vom Gesetzgeber geforderten Kontrollfunktion vollumfänglich gerecht zu werden.

³⁸⁶ Hierzu findet sich lediglich der Hinweis, wonach der zuständige Versicherungsträger in seiner Organisation sicherzustellen hat, dass die zum Entscheid befugte Person die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 2002.

Kapitel 5: Einsatz technischer Ortungsgeräte

I. Richterliche Genehmigungspflicht

Entscheidet sich der Versicherungsträger dafür, technische Instrumente zur Standortbestimmung einzusetzen, so unterliegt deren Einsatz einer besonderen Genehmigungspflicht. Dabei handelt es sich um eine richterliche Genehmigung³⁸⁷ bzw. einen Richtervorbehalt, welcher vom Gesetzgeber in Art. 43b ATSG verankert worden ist.³⁸⁸

238

Im Laufe des Gesetzgebungsprozesses wurde der Einsatz technischer Ortungsgeräte intensiv diskutiert; dies nicht zuletzt auch deshalb, weil dieses Observationsmittel unter den zulässigen Observationsmitteln das schärfste Instrument zur Bekämpfung von Versicherungsmissbrauch darstellt, und daraus zwangsläufig die Frage hervorgeht, ob eine richterliche Zustimmung angezeigt sei.³⁸⁹ Mit der richterlichen Genehmigung wollten die Befürworter somit Kohärenz schaffen zum Richtervorbehalt im Strafprozessrecht.³⁹⁰ Die Kritiker dieses Observationsmittels – wie etwa der Bundesrat – waren hingegen der Meinung, dass aufgrund bisheriger Erfahrungen in der Bekämpfung von Versicherungsmissbrauch derartige Instrumente und die dadurch gewonnenen Daten keinen Erkenntnisgewinn für die Sachverhaltsabklärung bringen würden.³⁹¹ Dies ist darauf zurückzuführen, dass Ortungsgeräte – anders als Bild- und Tonaufzeichnungen – keinen unmittelbaren Beweissicherungszweck erfüllen, sondern bei unbekanntem Standort der Zielperson lediglich für deren örtliche Lokalisierung eingesetzt werden, um sodann die eigentliche Observation durchzuführen.³⁹² Damit soll sichergestellt werden, dass versicherte Personen, die selten oder gar nicht am Wohnort angetroffen werden, dennoch observiert werden können.³⁹³

239

³⁸⁷ Dass eine Genehmigung hinzutreten muss, schliesst nicht aus, dass die Anordnung nach Massgabe von Art. 43a Abs. 2 ATSG erfolgt. Diese Anordnung stellt vielmehr den ersten Schritt dar, an den sich gegebenenfalls in einem zweiten Schritt die Genehmigung nach Art. 43b ATSG anschliesst, vgl. hierzu auch KIESER, ATSG, Art. 43a N 49.

³⁸⁸ Vgl. dazu hinten [Rz. 243 ff.](#)

³⁸⁹ AB S 2017 1009.

³⁹⁰ Vgl. Art. 280 lit. c i.V.m. Art. 273 Abs. 2 StPO; BBI 2017 7424 f.

³⁹¹ Vgl. BBI 2017 7425.

³⁹² BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 37.

³⁹³ AB S 2017 1006, 1010.

- 240 Die technischen Instrumente sind im Gesetz bewusst nicht detailliert beschrieben, damit auch künftige Entwicklungen bei den Möglichkeiten zur Standortbestimmung berücksichtigt werden können.³⁹⁴ Haupteinsatzmittel sind GPS-Ortungsgeräte³⁹⁵. Dabei geht vom Sender ein Signal aus, das den aktuellen Standort in Echtzeit und auf einige Meter genau an den Empfänger übermittelt. In der Regel wird der Sender heimlich an einer beweglichen Sache befestigt, am häufigsten am Fahrzeug der Zielperson.³⁹⁶ Mit einem GPS-Ortungsgerät wird nur der Standort des Senders, nicht aber derjenige der Zielperson lokalisiert.
- 241 Art. 7i Abs. 3 ATSV hält explizit fest, dass zur Standortbestimmung nur Instrumente zulässig sind, die nach ihrem bestimmungsgemässen Gebrauch der Standortbestimmung dienen. Namentlich genannt sind satellitenbasierte Ortungsgeräte. Unter «technische Instrumente zur Standortbestimmung» fallen sämtliche Geräte, mit denen sich mittels globalen Satellitensystems (z.B. GPS, GLONASS) die aktuelle Position (Geolokalisierung) und Zeitdaten (exakte Uhrzeit) bestimmen lassen.³⁹⁷ Für die Standortermittlung dürfen keine Geräte benutzt werden, mit denen neben der Geolokalisierung und Zeitdaten auch noch eine Person oder eine Sache geortet werden kann, wie etwa durch Erfassen der Mobiltelefondaten.³⁹⁸
- 242 Der Einsatz von Drohnen³⁹⁹ zur Standortermittlung ist gemäss Art. 7i Abs. 3 Satz 2 ATSV verboten, da es sich bei diesem technischen Gerät um ein Flugobjekt handelt. Die Zulässigkeit des Einsatzes von Drohnen zur Standortermittlung war aber umstritten. Zumaldest herrschte im Gesetzgebungsprozess Einigkeit darüber, dass Drohnen für Bild- und Tonaufzeichnungen nicht eingesetzt werden dürfen. Allerdings sprachen sich einige Parlamentsmitglieder für den Einsatz von Drohnen zur Standortbestimmung aus, sofern der Einsatz vorab von einer staatlichen Instanz genehmigt wurde.⁴⁰⁰ Da sich der Richter vorbehalt nach Art. 43a Abs. 3 ATSG auf den Einsatz technischer Instrumente zur Standortbestimmung und nicht zwecks Bild- und Tonaufzeichnungen beschränkt, dürften Drohnen nur dann zur Standortermittlung eingesetzt wer-

³⁹⁴ AB S 2018 236.

³⁹⁵ Auch GPS-Peilsender oder GPS-Tracker genannt.

³⁹⁶ BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 36.

³⁹⁷ Umgangssprachlich werden derartige Geräte meist GPS-Tracker genannt, vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 8.

³⁹⁸ Ibid.

³⁹⁹ Art. 7i Abs. 3 ATSV benutzt den weiter gefassten Begriff «Fluggeräte».

⁴⁰⁰ AB S 2017 1010; AB S 2018 236; AB N 2018 371, 501 f.

den, wenn sie nicht zugleich unzulässige Bildaufnahmen erstellen.⁴⁰¹ Lediglich zur Standortbestimmung, ohne dass dabei Bildaufnahmen gemacht werden, erscheint der Einsatz von Drohnen hingegen zwecklos, weswegen deren Einsatz auf Verordnungsstufe unter Verbot gestellt wurde.⁴⁰²

II. Genehmigung zur Standortermittlung

Die in Art. 43a Abs. 3 ATSG statuierte richterliche Genehmigung unterliegt einer Antragspflicht, welche in Art. 43b ATSG direkt auf Gesetzesstufe festgelegt ist. Diese Bestimmung sieht vor, dass der Versicherungsträger dem zuständigen Gericht einen Antrag⁴⁰³ zu unterbreiten hat, wenn er beabsichtigt, eine Observation mit technischen Instrumenten zur Standortbestimmung anzurufen.

Wer innerhalb des Versicherungsträgers konkret für die Unterbreitung des Antrags beim Gericht zuständig ist, wird nicht direkt geregelt. Dies bestimmt somit der Sozialversicherer selbst.⁴⁰⁴ Allerdings sieht die Observationsweisung vor, dass der Antrag an das Gericht (wenigstens) von einer zur Anordnung der Observation befugten Person nach Art. 43a Abs. 2 ATSG zu unterzeichnen ist.⁴⁰⁵

Art. 43b Abs. 1 lit. a bis f ATSG zählt die einzelnen Kriterien auf, welche ein Antrag für den Einsatz von technischen Instrumenten zur Standortüberwachung zu enthalten hat.

1. Ziel der Observation

Als erste erforderliche Angabe verlangt das Gesetz, dass der Antrag das spezifische Ziel der Observation aufzeigen muss (Art. 43b Abs. 1 lit. a ATSG). Anhand dieses Kriteriums soll sich das Gericht einen Überblick zur beantragten Massnahme verschaffen können. Darauf basierend prüft der Richter sodann die

⁴⁰¹ Vgl. BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 39.

⁴⁰² AB N 2018, 371; BSV, Fakten, 7.

⁴⁰³ Dabei hat sich der Antrag lediglich auf den konkreten Einsatz zur Standortermittlung zu beschränken, vgl. AB N 2018, 369, 372.

⁴⁰⁴ Gleicher Ansicht BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43b N 5; allerdings sind externe Spezialisten, die gemäss Art. 43a Abs. 6 ATSG von einem Versicherungsträger mit der Durchführung einer Observation beauftragt worden sind, nach dem Wortlaut von Art. 43b Abs. 1 ATSG nicht berechtigt, selbst einen Antrag beim Gericht zu stellen.

⁴⁰⁵ Vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 2003.

243

244

245

246

Verhältnismässigkeit des Einsatzes von technischen Instrumenten zur Standortüberwachung. Es empfiehlt sich daher, den Antrag mit Angaben zum konkreten Sachverhalt zu ergänzen. Dazu gehören Erläuterungen zu den bisher unternommenen Abklärungen, den sachverhaltsrelevanten Feststellungen, welche mit der Überwachungstätigkeit beabsichtigt werden, sowie den Versicherungsleistungen, welche im Rahmen der Anspruchsprüfung im Raum stehen.⁴⁰⁶

2. Betroffene Person

²⁴⁷ Gemäss Art. 43b Abs. 1 lit. b ATSG müssen die von der Observation betroffenen Personen im Antrag genannt werden. Da die Lokalisierung der Zielperson meistens mit dem Anbringen eines Ortungsgeräts am Fahrzeug erfolgt, ist es nicht unwahrscheinlich, dass damit regelmässig auch die Standorte von unbeteiligten Dritten miterfasst werden, insbesondere dann, wenn ein Fahrzeug von mehreren Personen benutzt wird (z.B. Familienauto). Die Nennung der von der Observation betroffenen Person im Antrag stellt daher sicher, dass ein unabängiges Kontrollorgan darüber befindet, ob die beabsichtigte Überwachung in Anbetracht möglicher Grundrechtseingriffe bei Dritten notwendig und verhältnismässig ist, um den Standort der versicherten Person zu ermitteln.⁴⁰⁷

3. Vorgesehene Observationsmodalitäten

²⁴⁸ Gemäss Art. 43b Abs. 1 lit. c ATSG müssen dem Antrag Angaben zu den vorgesehenen Observationsmodalitäten beiliegen. Um welche Modalitäten es sich dabei konkret handelt, wird im Gesetz hingegen nicht genannt. Auch in den Materialien finden sich hierzu keine näheren Angaben. M.E. sind damit in erster Linie die Einzelheiten zum geplanten Einsatz der technischen Instrumente zur Standortbestimmung gemeint. Für die Prüfung der Verhältnismässigkeit

⁴⁰⁶ BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43b N 8.

⁴⁰⁷ Ibid., N 9.

durch das zuständige Gericht ist es nämlich entscheidend, ob die vom Versicherungsträger beabsichtigten Modalitäten auch wirklich geeignet und erforderlich sind für die erfolgreiche Lokalisierung der Zielperson.⁴⁰⁸

Benutzt der Versicherte beispielsweise nicht nur das Familienauto, welches primär von seiner Ehefrau gefahren wird, sondern auch einen Sportwagen oder ein Motorrad, welches ausschliesslich von ihm allein benutzt wird, so wäre das Anbringen des Ortungsgeräts am Sportwagen bzw. Motorrad die erste Wahl als vorgesehene Observationsmodalität. Auch relevante zeitliche Aspekte können unter Art. 43b Abs. 1 lit. c ATSG fallen. Ergibt sich etwa aus den bisherigen Erkenntnissen, dass ein Familienmitglied den Gemeinschaftswagen jeweils nur an bestimmten Tagen benutzt, weswegen der Versicherungsträger die technischen Ortungsgeräte an den übrigen freien Tagen einzusetzen gedacht, so ist auch diese Observationsmodalität dem Gericht zu kommunizieren. Nur wenn dem Gericht sämtliche geplanten Observationsmodalitäten vorliegen, ist es auch in der Lage, über den Einsatz von technischen Instrumenten zur Standortbestimmung zu befinden.

4. Begründungspflicht

Des Weiteren sieht Art. 43b Abs. 1 lit. d ATSG vor, dass der Antrag eine Begründung der Notwendigkeit des Einsatzes technischer Instrumente zur Standortbestimmung beinhalten muss. Zudem verlangt der Gesetzgeber kumulativ dazu eine Erläuterung, warum die Abklärungen ohne diese Instrumente bisher erfolglos waren, aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden.

Diese Bestimmung ist an Art. 43a Abs. 1 ATSG angelehnt: Damit soll sichergestellt werden, dass technische Ortungsgeräte nur in begründeten Fällen (Notwendigkeit des Einsatzes) verwendet werden dürfen und gleichzeitig die Ob-

⁴⁰⁸ Vgl. dazu auch die Ausführungen von GÄCHTER/MEIER, welche in diesem Zusammenhang primär von der Art der technischen Instrumente zur Standortbestimmung sprechen, die im konkreten Fall zum Einsatz kommen. Obschon gegenwärtig zur Standortermittlung vor allem GPS-Ortungsgeräte eingesetzt würden, könne sich dies in Zukunft aufgrund des technischen Fortschritts ändern. Das im Einzelfall konkret eingesetzte technische Instrument zur Standortermittlung könne einen mehr oder weniger starken Eingriff in die Privatsphäre der betroffenen Personen bedeuten, weswegen jeweils der Einzelfall individuell-konkret vom Richter zu beurteilen sei, siehe BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43b N 11.

servation ohne Einsatz derartiger Geräte undurchführbar wäre (bisherige Erfolglosigkeit, künftige Aussichtslosigkeit resp. unverhältnismässige Erschwerung).

- 252 Während die gewöhnliche Observation mittels Bild- und Tonaufzeichnungen nach Art. 43a Abs. 1 ATSG subsidiär zu weniger invasiven Abklärungsmassnahmen ist (z.B. Gutachten nach Art. 44 ATSG), ist die Observation unter Einsatz technischer Instrumente nach Art. 43a Abs. 3 i.V.m. Art. 43b ATSG ihrerseits subsidiär zur gewöhnlichen Observation. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Einsatz technischer Instrumente zur Standortbestimmung einen besonders intensiven Eingriff in die Privatsphäre der betroffenen Person bewirkt.⁴⁰⁹
- 253 Bezuglich der Begründungspflicht des Versicherungsträgers zur Notwendigkeit des Einsatzes technischer Instrumente zur Standortbestimmung ist es m.E. unerlässlich, dass im entsprechenden Antrag ein (vermuteter) unrechtmässiger Leistungsbezug dargelegt wird, welcher aufgrund konkreter Anhaltspunkte angenommen werden muss. Dadurch wird sichergestellt, dass die gesetzlichen Hürden für den Einsatz technischer Instrumente zur Standortbestimmung nicht geringer ausfallen als diejenigen der gewöhnlichen (und auch weniger invasiven) Observation mittels Bild- und Tonaufzeichnungen nach Art. 43a Abs. 1 ATSG.⁴¹⁰
- 254 Bei den Erläuterungen zur bisherigen Erfolglosigkeit, der künftigen Aussichtslosigkeit oder der unverhältnismässigen Erschwerung handelt es sich um alternative Bedingungen. Es genügt daher, wenn sich der Versicherungsträger in seinem Antrag an das Gericht lediglich zu einem der genannten Vorbehalte äussert.
- 255 In der Praxis am häufigsten anzutreffen ist wohl die erste Bedingung (bisherige Erfolglosigkeit der Abklärungen). Denn ein Versicherungsträger wird für gewöhnlich dann technische Instrumente zur Standortbestimmung einsetzen wollen, wenn die versicherte Person bei einer angelaufenen Observation am hinterlegten Wohn- oder Arbeitsort nicht lokalisiert werden konnte.
- 256 Auf die beiden anderen Bedingungen (künftige Aussichtslosigkeit und unverhältnismässige Erschwerung) wird der Versicherungsträger dann zurückkommen, wenn er gleich zu Beginn der Überwachungstätigkeit technische Or-

⁴⁰⁹ AB S 2017, 1010; BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43b N 12.

⁴¹⁰ Auch KIESER macht darauf aufmerksam, dass die blosse Erfolglosigkeit im bisherigen Abklärungsverfahren ohne den Einsatz des technischen Ortungsgeräts nicht ausreicht, um die bisherige Erfolglosigkeit aufzuzeigen, vgl. KIESER, ATSG, Art. 43b N 5.

tungsgeräte einzusetzen gedenkt.⁴¹¹ Dies dürfte in der Praxis nur selten der Fall sein. Hierfür müssen besondere Umstände vorliegen, aufgrund derer beim Versicherungsträger von Vornherein berechtigte Zweifel bestehen, dass die versicherte Person an der hinterlegten Wohn- oder Arbeitsadresse nicht anzutreffen sein wird.

5. Einsatzdauer

Nach Art. 43b Abs. 1 lit. e ATSG müssen im Antrag der Beginn und das Ende der Observation (mittels technischer Instrumente zur Standortbestimmung) sowie die Frist genannt werden, innerhalb derer sie durchzuführen ist. Im Unterschied zur gewöhnlichen Observation nach Art. 43a Abs.1 ATSG wird damit nicht von Gesetzes wegen eine Rahmenfrist vorgegeben, in welcher eine Observation zu erfolgen hat, sondern es obliegt dem Versicherungsträger, diese selbst zu bestimmen. Dem Versicherungsträger wird somit hinsichtlich des zeitlichen Rahmens ein gewisser Organisationsspielraum zuerkannt, sodass dieser die Frist dem konkreten Einzelfall nach optimal setzen kann. Der Versicherungsträger dürfte insbesondere in Fällen mit einer gewissen Dringlichkeit eine kurze Frist bestimmen, innerhalb derer die technischen Ortungsgeräte eingesetzt werden.⁴¹²

Allerdings ist die allgemeine Frist gemäss Art. 43a Abs. 5 ATSG, wonach die Überwachungsaktion an höchstens 30 Tagen innert sechs Monaten stattzufinden hat, zwingend einzuhalten.⁴¹³ Eine automatische Erstreckung der Rahmenfrist nach Erteilung der richterlichen Genehmigung sieht das Gesetz nämlich nicht vor.⁴¹⁴

257

258

⁴¹¹ Hinsichtlich der Anforderungen an die Aussichtslosigkeit und die unverhältnismässige Er schwernis kann auf die Ausführungen zur Subsidiarität nach Art. 43a Abs. 1 lit. b ATSG ver wiesen werden, vgl. zum Ganzen vorne [Rz. 191 ff.](#)

⁴¹² Eine Dringlichkeit dürfte in der Praxis etwa dann vorliegen, wenn die versicherte Person dem Versicherungsträger mitteilt, dass sie beabsichtigt, die Schweiz auf unbestimmte Zeit zu verlassen.

⁴¹³ Zur Dauer der Observation vgl. hinten [Rz. 289 ff.](#)

⁴¹⁴ AB S 2018, 236.

6. Wesentliche Akten

- 259 Gemäss Art. 43b Abs. 1 lit. f ATSG müssen dem Antrag die für die Genehmigung wesentlichen Akten beigelegt werden. Das ist erforderlich, damit das zuständige Gericht den Antrag des Versicherungsträgers sowie die Verhältnismässigkeit der Massnahme prüfen kann.⁴¹⁵
- 260 Diese Bestimmung ist insoweit von grosser praktischer Bedeutung, als dem Gericht nach Erhalt des Antrags lediglich fünf Arbeitstage zur Verfügung stehen, um einen Entscheid zu fällen.⁴¹⁶ Fehlen dem Gericht sachverhaltsrelevante Unterlagen oder sonstige für den Entscheid relevante Informationen, so hat es diese beim Sozialversicherer oder bei involvierten Drittpersonen – wie etwa dem behandelnden Arzt – einzuverlangen, was unweigerlich zu einer Verzögerung des Genehmigungsverfahrens führt.⁴¹⁷
- 261 Es liegt somit im Interesse des Sozialversicherers, dem Antrag sämtliche zur Beurteilung der Sachlage notwendigen Akten beizulegen, um einen möglichst schnellen gerichtlichen Entscheid zu bewirken, insbesondere in Fällen, in denen bereits Observationen im Gange sind und die daher bereits eine gewisse Dringlichkeit mit sich bringen.

III. Gerichtlicher Entscheid innerhalb von fünf Arbeitstagen

- 262 Nach Art. 43b Abs. 2 ATSG entscheidet der Präsident der zuständigen Abteilung des zuständigen Gerichts⁴¹⁸ als Einzelrichter innerhalb von fünf Arbeitstagen⁴¹⁹ nach Erhalt mit kurzer Begründung über den Antrag des Versicherungsträgers. Die kurze Frist dient in erster Linie der Effizienzsteigerung⁴²⁰, stellt das Gericht jedoch gleichzeitig vor die Herausforderung, den Antrag in-

⁴¹⁵ Vgl. HANSIAKOB, Rz. 938.

⁴¹⁶ Zum Entscheid des Einzelrichters vgl. Art. 43b Abs. 2 ATSG.

⁴¹⁷ Zur Aktenergänzung vgl. Art. 43b Abs. 3 ATSG.

⁴¹⁸ Zur örtlichen und sachlichen Zuständigkeit vgl. Art. 43b Abs. 4 ATSG.

⁴¹⁹ Dabei handelt es sich wohl ebenfalls – in Anlehnung an die strafprozessuale Bestimmung – um eine Ordnungsfrist, sodass zumindest eine kurze Überschreitung der Frist zu tolerieren ist, vgl. BSK StPO-JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 274 N 7.

⁴²⁰ Dass das Genehmigungsverfahren betreffend den Einsatz von technischen Instrumenten zur Standortbestimmung in Anlehnung an die strafprozessuale Bestimmung in Art. 280 StPO rasch (und damit auch effizient) zu erfolgen habe, war im Parlament unbestritten, vgl. hierzu die Ausführungen von Ständerat CARONI, AB S 2017, 1006.

nert kürzester Zeit dennoch sorgfältig zu prüfen.⁴²¹ Die knapp bemessene Frist von fünf Arbeitstagen wird in der Lehre teilweise kritisiert. Zur Begründung wird vorgebracht, dass eine besondere zeitliche Dringlichkeit eines Einsatzes technischer Ortungsgeräte wohl in den allerwenigsten Fällen gegeben sein werde.⁴²²

Die kurze Frist von fünf Arbeitstagen nach Erhalt des Antrags ist m.E. nicht unbegründet. Die für Observationen allgemein geltende gesetzliche Frist von 30 Tagen innert sechs Monaten nach Art. 43a Abs. 5 ATSG gilt sowohl für die gewöhnliche Observation mittels Bild- und Tonaufzeichnungen wie auch für den – im Regelfall erst später durchgeführten – Einsatz technischer Instrumente zur Standortbestimmung.⁴²³ Auch wenn die erste sechsmonatige Rahmenfrist um weitere sechs Monate verlängert werden kann, ergibt sich die Erforderlichkeit technischer Ortungsgeräte für gewöhnlich erst in einer späteren Observationsphase. Dabei gerät der Versicherungsträger automatisch in eine ungeplante zeitliche Bedrängnis, sodass es durchaus gerechtfertigt erscheint, die Frist für den gerichtlichen Entscheid kurz zu halten.

263

IV. Befristung, Auflagen und Ergänzung der Akten

Des Weiteren sieht Art. 43b Abs. 3 ATSG vor, dass der zuständige Einzelrichter die Genehmigung befristen oder mit Auflagen erteilen oder eine Ergänzung der Akten oder weitere Informationen verlangen kann.

264

1. Befristung

Ob der zuständige Einzelrichter von einer Befristung des Einsatzes von technischen Ortungsgeräten Gebrauch macht, hängt primär von den vom Versicherungsträger dargelegten Observationsmodalitäten ab. Lässt sich beispielsweise nicht verhindern, dass durch das Anbringen der Ortungsgeräte (z.B. an einem Gemeinschaftswagen) auch die Standorte unbeteiligter Drittpersonen miterfasst werden, so ist eine gerichtlich angeordnete Befristung der Standortermittlung durchaus gerechtfertigt. Dies gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dem Richter obliegt es jedoch auch, ganz allgemein den Einsatz technischer Instrumente zur Standortbestimmung zu befristen, wenn er aufgrund der konkreten Gegebenheiten der Ansicht ist, dass die Observa-

265

⁴²¹ BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43b N 15.

⁴²² So etwa KIESER, ATSG, Art. 43b N 7.

⁴²³ Zur zulässigen Dauer der Überwachungsaktion vgl. hinten [Rz. 293](#).

tion im Hinblick auf das spezifische Ziel (Art. 43b Abs. 1 lit. a ATSG) oder die qualifizierte Begründungspflicht (Art. 43b Abs. 1 lit. d ATSG) tendenziell als unverhältnismässig zu beurteilen sei.

2. Auflagen

- 266 Die Möglichkeit des Einzelrichters, die Observation mit Auflagen zu verbinden, dient ebenso wie die Befristung dazu, Einfluss auf die sodann genehmigte Observationstätigkeit zu nehmen. Das Gericht wird die Genehmigung für gewöhnlich dann mit Auflagen kombinieren, wenn die Grundrechtsposition von unbeteiligten Drittpersonen durch die Observation gefährdet ist oder die vom Versicherungsträger beabsichtigten Observationsmodalitäten unverhältnismässig erscheinen.⁴²⁴ Konnte der Versicherungsträger in der ersten Observationsphase ohne Einsatz technischer Instrumente zur Standortbestimmung feststellen, dass eine unbeteiligte Drittperson das Gemeinschaftsfahrzeug jeweils an einem bestimmten Wochentag benutzt, so kann der zuständige Richter den Einsatz der technischen Ortungsgeräte an diesem Wochentag verbieten.

3. Aktenergänzung

- 267 Schliesslich steht dem Gericht auch die Möglichkeit offen, ergänzende Akten oder weitere Informationen einzuverlangen. Das Gesetz nimmt damit das Gericht in die Pflicht, sämtliche für das Genehmigungsverfahren relevanten Akten selbst einzuholen, anstatt unvollständige oder schlecht begründete Anträge direkt abzulehnen. Die Aktenbeschaffung hat dabei von Amtes wegen zu erfolgen. Sofern realisierbar, hat die nachträgliche Aktenergänzung innerhalb von fünf Arbeitstagen zu erfolgen.⁴²⁵

V. Zuständigkeit

- 268 Art. 43b Abs. 4 ATSG regelt die gerichtliche Zuständigkeit. Für versicherte Personen, welche ihren Wohnsitz in der Schweiz haben, ist das kantonale Versi-

⁴²⁴ HANSIAKOB, Rz. 967.

⁴²⁵ Ibid., Rz. 970; GÄCHTER/MEIER sehen in zeitlich dringenden Fällen auch die Möglichkeit einer Verknüpfung von Befristung und Aktenergänzung. M.E. ist die provisorische Genehmigung des Einsatzes technischer Ortungsgeräte im Sozialversicherungsrecht unzulässig, da diese – im Gegensatz zur strafprozessualen Bestimmung in Art. 274 Abs. 2 StPO – in Art. 43b ATSG nicht genannt wird, vgl. hierzu BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43b N 21.

cherungsgericht zuständig.⁴²⁶ Für Personen mit Wohnsitz im Ausland (z.B. Grenzgänger) ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig. Beabsichtigt der Versicherungsträger, bei Personen mit Wohnsitz im Ausland technische Ortungsgeräte ausserhalb der Schweiz einzusetzen, so hat das Bundesverwaltungsgericht zusätzlich zu prüfen, ob hierfür eine staatsvertragliche Regelung zwischen der Schweiz und dem entsprechenden Staat existiert.⁴²⁷

VI. Zwischenfazit

Von den drei genannten Observationsmitteln in Art. 43a Abs. 1 ATSG stellt der Einsatz technischer Instrumente zur Standortbestimmung zweifellos das invasivste Observationsmittel dar. Nichtsdestotrotz handelt es sich dabei um ein wichtiges und gegebenenfalls auch notwendiges Abklärungsinstrument, das der observierenden Stelle erlaubt, nach erfolgreicher Lokalisierung der Zielperson eine verdeckte Überwachung durchzuführen. Dass der Einsatz von Ortungsgeräten einer richterlichen Genehmigung bedarf, ist klar zu begrüssen. Damit wird nämlich sichergestellt, dass das schärfste aller zulässigen Observationsmittel von einer unabhängigen staatlichen Kontrollinstanz genehmigt werden muss. Dies schliesst faktisch die Gefahr aus, dass der Einsatz technischer Instrumente zur Standortbestimmung als Teil der Observationstätigkeit nicht unnötig oder gar willkürlich bzw. unter Missachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit angeordnet wird.

Mit der Nennung der anordnenden Instanz (Gericht)⁴²⁸ sowie der detaillierten Regelung⁴²⁹ zum Genehmigungsverfahren⁴³⁰ in Art. 43b ATSG hat der Gesetzgeber für den Einsatz technischer Instrumente zwecks Standortbestimmung eine gesetzliche Norm geschaffen, welche für diesen Teilbereich sämtliche Anforderungen des EGMR an eine hinreichende gesetzliche Grundlage vollständig erfüllt.

269

270

⁴²⁶ Dies entspricht im Wesentlichen der Zuständigkeitsregelung von Art. 58 ATSG.

⁴²⁷ Vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 5.

⁴²⁸ Vgl. dazu vorne [Rz. 142 ff.](#)

⁴²⁹ Auch die Parlamentsmehrheit war der Ansicht, dass mit Art. 43b ATSG eine gute und abschliessende Norm geschaffen wurde, welche klar regelt, was ein Versicherer beim Gericht zu beantragen hat, vgl. AB 2018 N 370.

⁴³⁰ Dazu mehr vorne in [Rz. 146](#).

Kapitel 6: Ort der Observation

I. Ausgangslage

In Art. 43a Abs. 4 ATSG ist der räumliche Geltungsbereich der Observation verankert. Das Gesetz umschreibt zwei verschiedene Orte, an denen eine Observation durchgeführt werden darf: Die versicherte Person darf observiert werden, wenn sie sich «an einem allgemein zugänglichen Ort» aufhält (lit. a) oder sich «an einem Ort befindet, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist» (lit. b). 271

Der zulässige örtliche Geltungsbereich der Überwachungsaktion – insbesondere die Formulierung in Art. 43a Abs. 4 lit. b ATSG – hat im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens immer wieder Anlass zu Diskussionen gegeben.⁴³¹ Dies röhrt daher, dass es sich bei der Umschreibung «Ort, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist», um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt und dieser folglich einen grossen Interpretationsspielraum lässt.⁴³² Die Diskussionen diesbezüglich waren aber auch dem Umstand geschuldet, dass der Gesetzgeber in den Materialien lediglich auf die bis anhin geltende Rechtsprechung verwies und auf eine Präzisierung verzichtete.⁴³³ Dies dürfte den Bundesrat schliesslich dazu bewogen haben, nachträglich auf Verordnungsebene mit Art. 7h ATSV eine Präzisierung vorzunehmen, obwohl Art. 43a ATSG in Bezug auf den räumlichen Geltungsbereich keine Gesetzesdelegation an den Bundesrat vorsieht.⁴³⁴ 272

⁴³¹ Zur Übersicht siehe BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 44 ff.

⁴³² Auch bei der in Art. 43a Abs. 4 lit. a ATSG vorhandenen Formulierung «allgemein zugänglicher Ort» handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Diese Umschreibung lässt sich hingegen – wie sogleich darzulegen sein wird – klarer abgrenzen als diejenige in Art. 43a Abs. 4 lit. b ATSG, weswegen sie im Gesetzgebungsprozess für weniger Gesprächsstoff gesorgt hat.

⁴³³ BSV, Ausführungsbestimmungen, 10; BBI 2017 7410 f.; 2017 7425, jeweils mit Verweis auf BGE 137 I 327 und/oder das Urteil 8C_829/2011 vom 9. März 2012.

⁴³⁴ BSV, Privatsphäre, 2; BSV, Fakten, 4 ff.; BSV, Observationsartikel, 2; Abstimmungsbüchlein, 29.

II. Allgemein zugänglicher Ort

- 273 Nach dem Gesetz bildet der Begriff des allgemein zugänglichen Orts den Ausgangspunkt für die räumliche Beschränkung der Observation.⁴³⁵ Gemäss Art. 7h Abs. 1 ATSV gilt als allgemein zugänglicher Ort sowohl öffentlicher wie auch «privater Grund und Boden, bei dem in der Regel geduldet wird, dass die Allgemeinheit ihn betritt.»
- 274 Dem Wortlaut der genannten Verordnungsbestimmung nach ist es somit unerheblich, in wessen Eigentum sich der allgemein zugängliche Ort befindet. Dies kann öffentlicher Grund sein, welcher sich im Eigentum des Gemeinwesens befindet, oder ein privates Grundstück einer natürlichen oder juristischen Person, zu welchem der Zugang akzeptiert wird oder sogar erwünscht ist.⁴³⁶ In der Regel ist das Betreten von privaten Grundstücken dann geduldet, wenn diese nicht nur einem begrenzten Personenkreis offenstehen.⁴³⁷
- 275 Gemäss der bisherigen Gerichtspraxis werden unter dem Begriff «allgemein zugänglicher Ort» diejenigen Örtlichkeiten erfasst, bei denen die versicherte Person auf einen Schutz der Privatheit verzichtet und ihre Privatsphäre in diesem Umfang der Öffentlichkeit aussetzt.⁴³⁸ Aus den Materialien geht hervor, dass unter einem allgemein zugänglichen Ort öffentliche Orte (z.B. Strassen und Pärke) und öffentliche Einrichtungen (z.B. Bahnhöfe oder öffentliche Bibliotheken) zu verstehen sind.⁴³⁹ Das Bundesgericht verstand in der Vergangenheit unter dem Begriff «öffentlicher Raum» und damit unter der Umschreibung der allgemein zugänglichen Orte folgende Örtlichkeiten: Bahnhöfe, Flughäfen, öffentliche Verkehrsmittel, Parkgaragen, Kulturhäuser (Theater, Kinos, Konzerthallen), Sportplätze, Stadien, Einkaufszentren, Warenhäuser, Restaurants,⁴⁴⁰ Fitnesscenter⁴⁴¹, öffentliche Veranstaltungen in einem Vereinslokal⁴⁴² sowie auch den öffentlichen Raum im Internet wie etwa auf Facebook.⁴⁴³

⁴³⁵ Der Gesetzgeber hat bewusst den gleichen Begriff wie in der strafprozessualen Observation gemäss Art. 282 Abs. 1 StPO gewählt, vgl. KIESER, ATSG, Art. 43a N 51; ebenso BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 40.

⁴³⁶ BSV, Fakten, 5.

⁴³⁷ BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 7 f.

⁴³⁸ Vgl. BGE 137 I 327 E. 6.1; Urteil 8C_837/2018 vom 15. Mai 2019 E. 5.1.

⁴³⁹ BSV, Observationsartikel, 2; BSV, Fakten, 5; Abstimmungsbüchlein, 29.

⁴⁴⁰ Vgl. Urteil 8C_837/2018 vom 15. Mai 2019 E. 5.1.

⁴⁴¹ Ibid., E. 7.3.

⁴⁴² Vgl. Urteil 8C_192/2017 vom 25. August 2017 E. 5.4.3.2.

⁴⁴³ Ibid., siehe dazu WEIBEL, Rz. 48, mit weiteren Beispielen zur Rechtsprechung.

Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist für die Beurteilung, ob ein öffentlicher oder privater Ort als allgemein zugänglicher Ort zu qualifizieren ist, einzig darauf abzustellen, ob er von der Allgemeinheit betreten werden kann. Dabei ist unerheblich, ob der Zugang zu diesem Ort an bestimmte Bedingungen geknüpft ist, solange diese von der Allgemeinheit erfüllt werden können. Demnach sind Observationen in Kinos oder Fussballstadien, wo der Zutritt kostenpflichtig ist, ebenso zulässig wie in Einkaufszentren, wo keine Eintrittsgebühr zu entrichten ist.⁴⁴⁴

276

Im Übrigen ist bei der Durchführung einer Observation stets zu beachten, ob der Eigentümer das Filmen bzw. Fotografieren auf seinem Grundstück toleriert. So ist beispielsweise in diversen öffentlichen Badeanlagen wie auch in Kinos die Verwendung von Bild- und Tonaufzeichnungsgeräten nicht gestattet.⁴⁴⁵

277

III. Von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar

Die in Art. 43a Abs. 4 lit. b ATSG verankerte Ortsbegrenzung, wonach die versicherte Person an einem Ort observiert werden kann, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist, stellt sich insoweit als problematisch heraus, als der Gesetzeswortlaut eine Einschränkung in räumlicher Hinsicht kaum ermöglicht. Mit dieser Formulierung ist es Versicherungsträgern gestattet, Versicherte an sämtlichen Orten observieren zu lassen, welche von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar sind. Dabei bedeutet frei einsehbar, dass die Tätigkeit von blossem Auge zu gegebener Tageszeit erkennbar sein muss.⁴⁴⁶

278

Eine Minderheit im Parlament wollte, dass eine versicherte Person analog der strafprozessualen Bestimmung in Art. 282 Abs. 1 StPO nur dann observiert werden darf, wenn sie sich an einem allgemein zugänglichen Ort gemäss Art. 43a Abs. 4 lit. a ATSG befindet. So sollte nämlich sichergestellt werden, dass die versicherte Person nicht in ihren Privaträumen überwacht werden kann und dass die damit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten – welche

279

⁴⁴⁴ Das Bundesgericht zieht für die Beurteilung, ob ein Ort bzw. eine Einrichtung als öffentlicher Raum zu gelten habe, das Kriterium der «Publikumsöffentlichkeit» heran. Demnach gelten Fitnesscenter auch als allgemein zugängliche Orte, vgl. das Urteil 8C_837/2018 vom 15. Mai 2019 E. 7.3.

⁴⁴⁵ Zum Ganzen siehe WEIBEL, Rz. 49, mit weiteren Beispielen.

⁴⁴⁶ Vgl. BBI 2017 7411; sowie BSV, Erläuternder Bericht, 10.

sich aufgrund der Formulierung in Art. 43a Abs. 4 lit. b ATSG unweigerlich ergeben – vermieden werden.⁴⁴⁷ Der Bundesrat sowie die Parlamentsmehrheit erachteten eine Observation an einem Ort, welcher von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist, als verhältnismässig.⁴⁴⁸ Auch die SGK-SR hatte sich schon zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens zum Ziel gesetzt, die bestehende bundesgerichtliche Rechtsprechung zu kodifizieren, dies insbesondere im Hinblick auf den Leitentscheid BGE 137 I 327. In diesem Entscheid kam das Bundesgericht zum Schluss, dass eine Observation mittels Videoaufnahmen, welche die versicherte Person auf dem Balkon zeigen, also an einem Ort, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist, als zulässig zu betrachten sei.⁴⁴⁹ Es war somit der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers, mit der nun in Art. 43a Abs. 4 lit. b ATSG verankerten Formulierung die bestehende Rechtsprechung des Bundesgerichts zu kodifizieren.⁴⁵⁰

- 280 Die Konkretisierung des von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbaren Orts wird in Art. 7h Abs. 2 ATSV vorgenommen. Demnach gilt ein Ort als nicht von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar, wenn er zur geschützten Privatsphäre der überwachten Person gehört. Dazu gehören insbesondere der Innenbereich eines Wohnhauses, einschliesslich der von aussen durch ein Fenster einsehbaren Räume (lit. a), sowie die unmittelbar zu einem Haus gehörenden umfriedeten Plätze, Höfe und Gärten, die üblicherweise Blicken von aussen entzogen sind (lit. b).⁴⁵¹
- 281 Zentral für die Beurteilung, ob eine versicherte Person an einem Ort observiert werden kann, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist, ist somit die Frage, ob dieser Ort zur geschützten Privatsphäre der versicherten Person gehört. Denn in der geschützten Privatsphäre sind Observationen in keinem Fall erlaubt. Spielt sich der Vorgang, der heimlich überwacht werden soll, in einem geschlossenen und damit von aussen abgeschirmtem Raum ab, so ist zwingend von einer Observation abzusehen.⁴⁵² Ob-

⁴⁴⁷ BBI 2017 7407.

⁴⁴⁸ Vgl. BBI 2017 7425; AB S 2017, 1011.

⁴⁴⁹ BGE 137 I 327 E. 6.1; vgl. auch BBI 2017 7410 f.

⁴⁵⁰ Vgl. BBI 2017 7425; BSV, Privatsphäre, 2.

⁴⁵¹ Mit der Wortwahl «insbesondere» wird denn auch deutlich, dass es sich dabei nicht um eine abschliessende Regelung der geschützten Privatsphäre der versicherten Person handelt.

⁴⁵² BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 8; vgl. auch AB S 2017 1011, bezogen auf eine Observation durch ein Fenster in die Stube. Zudem muss beachtet werden, dass jegliches Material, welches an nicht zulässigen Orten erhoben worden ist, im weiteren sozialversicherungsrechtlichen Verfahren nicht verwertbar ist, vgl. dazu hinten [Rz. 412 ff.](#)

servationsergebnisse, die Verrichtungen der versicherten Personen in einem von Art. 7h Abs. 2 ATSV geschützten Bereich erfassen, sind absolut unverwertbar.⁴⁵³ Zudem kann die observierende Person dadurch auch strafrechtlich belangt werden, und zwar insbesondere dann, wenn die Überwachung im Innenbereich eines Wohnhauses (Art. 7h Abs. 2 lit. a ATSV) erfolgt. Denn bei Verrichtungen im genannten Bereich handelt es sich um den strafrechtlich durch Art. 179^{quater} StGB geschützten Privat- und Geheimbereich einer Person.⁴⁵⁴

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gehören zur geschützten Privatsphäre grundsätzlich alle Vorgänge in geschlossenen, gegen den Einblick Aussenstehender abgeschirmten Räumen und Örtlichkeiten sowie Vorgänge in einem Haus, in einer Wohnung oder in einem abgeschlossenen, privaten Garten.⁴⁵⁵ Unter den geschützten Bereich der Privatsphäre fallen aber auch Vorgänge, für deren heimliches Beobachten körperliche oder rechtlich-moralische Schranken, d.h. ohne die Zustimmung der betroffenen Personen, überwunden werden müssen.⁴⁵⁶ Denn der Zweck einer physischen Abschirmung besteht gerade darin, die privaten Verrichtungen vor fremden Blicken zu schützen.⁴⁵⁷

Auch wenn ein vorhandener Sichtschutz vorübergehend aufgehoben ist, gilt das dadurch zum Vorschein kommende Innere nicht als frei einsehbar. So ändert etwa ein temporär geöffnetes Garagentor nichts daran, dass das nunmehr frei einsehbare Garageninnere weiterhin zum geschützten Bereich des Inneren eines Wohnhauses nach Art. 7h Abs. 2 lit. a ATSV gehört. Ferner ist nicht von Belang, wie effektiv eine Abschirmung ist. Ausschlaggebend ist einzig, ob konkrete Massnahmen getroffen wurden, welche offensichtlich darauf abziehen, die Privatheit zu schützen. Demnach wäre es unzulässig, durch eine Weidenzaunlücke hindurch zu observieren, da bereits mit dem Aufstellen des Weidenzauns eine offensichtliche (und damit auch hinreichende) Erkennbarkeit der Abgrenzung vorhanden ist.⁴⁵⁸ Nach der hier vertretenen Ansicht darf in Bezug auf die konkret vorgenommenen Vorkehrungen kein Interpretations-

282

283

⁴⁵³ BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 101.

⁴⁵⁴ Ibid., vgl. dazu auch BSV, Privatsphäre, 1f.

⁴⁵⁵ Vgl. BGE 137 I 327 E. 6.1.

⁴⁵⁶ Dies wäre etwa dann der Fall, wenn ein Observant eine Leiter benutzt, um über die Hecke zu fotografieren, vgl. BSV, Fakten, 6.

⁴⁵⁷ Vgl. BGE 137 I 327 E. 6.1, bestätigt im Urteil 8C_829/2011 vom 9. März 2012 E. 8.4; vgl. auch BSV, Privatsphäre, 2.

⁴⁵⁸ Vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 8.

spielraum zum Schutz der Privatheit zugelassen werden. Für die Annahme eines hinreichenden Sichtschutzes reicht es aus, wenn eine beliebige Massnahme getroffen wurde, welche die Abgrenzung gegen aussen als solche erkennbar macht.⁴⁵⁹

- 284 Nicht zur geschützten Privatsphäre zu zählen und damit als zulässig zu betrachten gemäss Art. 43a Abs. 4 lit. b ATSG i.V.m. Art. 7h Abs. 2 ATSV sind jene Örtlichkeiten, die weder durch einen Sichtschutz (z.B. durch einen Zaun) gegen Einblicke Aussenstehender noch durch eine Hauswand oder Fensterfront abgetrennt sind. Kann die versicherte Person ohne spezielle Vorkehrungen beobachtet werden, so ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sie sich an einem Ort befindet, an welchem eine Observation durchgeführt werden kann.⁴⁶⁰
- 285 Hinsichtlich der Präzisierung des räumlichen Geltungsbereichs der in Art 7h Abs. 2 lit. b ATSV genannten unmittelbar zu einem Haus gehörenden umfriedeten Plätze, Höfe und Gärten, die üblicherweise Blicken von aussen entzogen sind, kann Folgendes festgehalten werden: Sind Massnahmen jeglicher Art (Zaun, Hecke, Mauer, Pflanzentröge) getroffen worden, die gegen aussen eine Abgrenzung markieren, so ist damit eine Vorsehung getroffen worden, die Privatheit zu schützen. Eine Observation ist in derartigen Fällen zwingend zu unterlassen. In allen anderen Fällen ist eine Observation zulässig. Aus den Materialien geht jedoch – wie bereits erläutert – der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers hervor, dass mit der vagen Umschreibung in Art. 43a Abs. 4 lit. b ATSG lediglich die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts kodifiziert werden sollte. Damit sollte sichergestellt werden, dass von einem allgemein zugänglichen Ort aus auch ein frei einsehbarer Balkon oder Garten beobachtet werden darf.⁴⁶¹ Die Erfahrung hatte nämlich gezeigt, dass die «dreisten Betrüger» genau an diesen frei einsehbaren Orten regelmässig überführt werden konnten und die Versicherungsträger ohne die Formulierung in Art. 43a Abs. 4 lit. b ATSG «nicht mehr in der Lage [wären], solche Täter zu überführen».⁴⁶²

⁴⁵⁹ Vgl. dazu WEIBEL, Rz. 52, der bei einer Hecke, einem Zaun oder einer Mauer mit einer Höhe von einem Meter davon ausgeht, dass die versicherte Person trotz Umfriedung keine Vorkehrungen getroffen hat, ihre Privatsphäre zu schützen. Ebenso zulässig ist seiner Meinung nach das Observieren durch einen blickdurchlässigen Zaun oder eine durchlöcherte Mauer, da diese nicht geeignet seien, einen effektiven Sichtschutz zu gewährleisten.

⁴⁶⁰ Vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 8.

⁴⁶¹ BBI 2017 7410 f.; BSV, Fakten, 6; BSV, Observationsartikel, 2; Abstimmungsbüchlein, 29; AB N 2018, 367, 370.

⁴⁶² Vgl. AB S 2017, 1011; ähnlich AB N 2018, 367.

IV. Zwischenfazit

Mit der vagen Umschreibung des räumlichen Geltungsbereichs in Art. 43a Abs. 4 ATSG ist dem Erfordernis des EGMR, wonach sich aus der Observationsnorm der Umfang der Überwachung klar und präzise ergeben müsse, nicht Genüge getan worden. Dabei ist gerade der Umfang der Überwachungstätigkeit ein zentraler Aspekt der geforderten Voraussehbarkeit und damit einhergehend ebenso der Rechtssicherheit, welche sich aus einer genügend bestimmten Gesetzesgrundlage zu ergeben hat.

Obschon der Bundesrat mit Art. 7h ATSV eine Auslegungshilfe der unbestimmten Rechtsbegriffe in 43a Abs. 4 ATSG vorgenommen hat und sich aus den Materialien einige Hinweise zur korrekten Auslegung des räumlichen Geltungsbereichs entnehmen lassen, wird es letztlich der gerichtlichen Praxis obliegen, die durch den vagen Wortlaut geschaffenen Rechtsunsicherheiten endgültig zu beseitigen. Dies gilt besonders im Hinblick auf den Ort, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist. Die Formulierung birgt einige Abgrenzungsschwierigkeiten. In diesem Kontext stellt sich nämlich ebenso die Frage zur Zulässigkeit von Observationen auf einer Dachterrasse,⁴⁶³ auf einer Loggia oder auf einer anderen, offenen (und damit frei einsehbaren) Plattform eines Gebäudeobergeschosses (z.B. Söller, Terrasse mit einer fest verbauten Pergola).

Nichtsdestotrotz lässt sich der räumliche Geltungsbereich der Überwachungstätigkeit anhand der Materialien und der Präzisierung zum Ort der Observation in der ATSV wie folgt eingrenzen: Observationen im Sozialversicherungsrecht sind im öffentlichen Raum, welcher nicht nur einem begrenzten Personenkreis offensteht, sowie auf frei einsehbaren Balkonen und in Gärten zulässig, sofern keine konkreten Vorkehrungen gegen Einblicke von aussen getroffen wurden.

⁴⁶³ Sofern von einer allgemein zugänglichen Anhöhe aus frei einsehbar.

Kapitel 7: Dauer der Observation

I. Im Allgemeinen

Der Gesetzgeber hat der Überwachungstätigkeit nicht nur örtliche, sondern auch zeitliche Grenzen gesetzt. Diese finden sich nunmehr in Art. 43a Abs. 5 ATSG. Demnach darf eine Observation an höchstens 30 Tagen innerhalb von sechs Monaten ab dem ersten Observationstag stattfinden. Dieser Zeitraum kann um höchstens weitere sechs Monate verlängert werden, wenn hinreichende Gründe dafür bestehen.

289

Im Unterschied zur örtlichen Begrenzung der Observation gab deren zulässige Dauer im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wenig Anlass zu Diskussionen. In der ersten Fassung der Observationsnorm zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens waren lediglich 20 Observationstage vorgesehen.⁴⁶⁴ Die SGK-SR schlug sodann eine Observationsdauer von höchstens 30 Tagen vor, welche innerhalb einer Zeitspanne von sechs Monaten ab dem ersten Observationstag erfolgen muss und aus hinreichenden Gründen verlängert werden kann. Allerdings setzte die SGK-SR in Bezug auf die Verlängerung keine Grenzen fest, so dass eine solche unbegrenzt hätte erfolgen können.⁴⁶⁵ Eine Parlamentsminorität forderte hingegen, dem Versicherungsträger die Möglichkeit zu entziehen, eine Überwachung auf unbestimmte Zeit zu verlängern.⁴⁶⁶

290

Auch der Bundesrat erachtete eine zulässige Höchstdauer von 30 Tagen, welche innerhalb einer Zeitspanne von sechs Monaten stattzufinden habe, als angemessen. Bezuglich einer allfälligen Verlängerung der Observationsdauer vertrat der Bundesrat allerdings die Meinung, dass eine solche nur aus hinreichenden Gründen und auch nur befristet zu erfolgen habe, da eine Verlängerung auf unbestimmte Zeit nicht konform mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wäre.⁴⁶⁷

291

⁴⁶⁴ Vgl. BSV, Erläuternder Bericht, 10 f.

⁴⁶⁵ Vgl. BBI 2017 7411; 2017 7426.

⁴⁶⁶ Siehe BBI 2017 7407, 7411; 2017 7426.

⁴⁶⁷ Vgl. BBI 2017 7426.

II. Observationstage

- 292 Die dem Versicherungsträger für die Überwachungstätigkeit zur Verfügung stehenden 30 Tage verstehen sich pro Observationsauftrag und pro Sozialversicherer.⁴⁶⁸ Dabei ist es irrelevant, wie lange die Observation effektiv pro Tag dauert.⁴⁶⁹ So kann eine Observationshandlung beispielsweise dreissig Minuten und eine andere acht Stunden dauern, aber für beide Überwachungstätigkeiten wird damit jeweils ein ganzer Observationstag in Anspruch genommen, wovon insgesamt höchstens 30 zulässig sind. Es müssen somit auch die einzelnen Tage mitgerechnet werden, welche zu keinen oder zu ungenügenden Observationsergebnissen geführt haben,⁴⁷⁰ und zwar unabhängig davon, wie viele Spezialisten gleichzeitig im Einsatz standen und ob die Observation an einzelnen oder an zusammenhängenden Kalendertagen stattgefunden hat.⁴⁷¹

III. Rahmenfristen

1. Verlängerung der Observationstätigkeit

- 293 Die Durchführung der Observation muss ab dem ersten Observationstag innerhalb einer sechsmontatigen Rahmenfrist erfolgen. Nach dem ersten Observationstag kann die genannte Rahmenfrist nicht mehr unterbrochen werden. Allerdings sieht das Gesetz nach Ablauf dieser Rahmenfrist die Möglichkeit einer einmaligen Erstreckung um höchstens sechs Monate vor, wenn hinreichende Gründe bestehen, die für eine Verlängerung der Rahmenfrist sprechen. Somit

⁴⁶⁸ BBI 2017 7411; BSK ATSG-Gächter/Meier, Art. 43a N 63, 65.

⁴⁶⁹ Vgl. BBI 2017 7411.

⁴⁷⁰ Kieser, ATSG, Art. 43a N 59; ebenso BSK ATSG-Gächter/Meier, Art. 43a N 55, welche in diesem Kontext klarstellen, dass auch Observationstagezählbar sind, an denen die Zielperson am vermeintlichen Wohn- oder Arbeitsort nicht gesichtet werden konnte. Hingegen wird auch die Meinung vertreten, dass nur jene Tage zählen sollen, an denen die versicherte Person tatsächlich überwacht werden kann. Bleibt die Zielperson unauffindbar, so zählen die aufgewendeten ergebnislosen Tage nicht zu den 30 zur Verfügung stehenden Observationstagen, da kein Eingriff in die Privatsphäre stattfindet, vgl. Weibel, Rz. 42.

⁴⁷¹ BBI 2017 7411; BSV, Observationsweisung, Rz. 2004. Sind mehrere Spezialisten nacheinander oder alternierend an einer Observation beteiligt, so werden deren Observationsaktivitäten für die Berechnung von Observationsdauer und Observationstagen zusammengezählt, vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 2005.

steht dem Versicherungsträger bei Vorliegen hinreichender Gründe eine Rahmenfrist von insgesamt zwölf Monaten ab dem ersten Observationstag zur Verfügung, in welcher eine Zielperson heimlich überwacht werden darf.⁴⁷²

2. Hinreichende Gründe

Die hinreichenden Gründe für eine Erstreckung der Rahmenfrist um weitere sechs Monate werden in Art. 43a Abs. 5 ATSG nicht genannt. Aus den Materialien lassen sich hierzu nur spärliche Hinweise entnehmen. Immerhin spricht der Bundesrat in diesem Kontext davon, dass dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit besondere Beachtung zu schenken sei.⁴⁷³

Ein Blick auf die Lehre zeigt, dass zumindest Einigkeit darüber zu bestehen scheint, dass für die Verlängerung der Rahmenfrist nur diejenigen Gründe massgeblich sind, aufgrund derer es während der ersten sechs Monate nicht möglich war, die Observation durchzuführen und abzuschliessen. Zudem müssen die vom Versicherungsträger geltend gemachten Gründe einen Bezug zur Zielperson aufweisen, wie etwa die Unzugänglichkeit zur Zielperson aufgrund eines länger andauernden Auslandsaufenthalts oder einer stationären Behandlung. Etwaige Verzögerungen, welche beispielsweise auf die im Einsatz stehenden Spezialisten oder auf die beim Versicherungsträger tätigen Verantwortlichen zurückzuführen sind, reichen nicht aus, um dem Erfordernis der hinreichenden Gründe für die Erstreckung der Rahmenfrist zu genügen.⁴⁷⁴ Ein hinreichender Grund dürfte dann anzunehmen sein, wenn die versicherte Person in der ersten sechsmonatigen Rahmenfrist nicht lokalisiert werden konnte, sodass der Versicherungsträger auf den Einsatz technischer Instrumente zur Standortbestimmung zurückgreifen musste.⁴⁷⁵ Dabei ist jedoch zu beachten, dass die richterliche Genehmigung gemäss Art. 43b ATSG vor Ablauf der ersten sechsmonatigen Rahmenfrist vorliegen muss.

294

295

⁴⁷² An der Zulässigkeit der maximal 30 Observationstage ändert sich auch bei einer Erstreckung der Rahmenfrist um weitere sechs Monate nichts, vgl. BBI 2017 7426; sowie Abstimmungsbüchlein, 30.

⁴⁷³ Vgl. BBI 2017 7426, obschon sich der Bundesrat dabei auf eine Verlängerung der Rahmenfrist auf unbestimmte Zeit bezog, wie dies ursprünglich von der SGK-SR vorgesehen war.

⁴⁷⁴ So etwa BSK ATSG-Gächter/Meier, Art. 43a N 60 ff.; ähnlich Weibel, Rz. 46, welcher die hinreichenden Gründe zur Verlängerung der Observation davon abhängig macht, ob die versicherte Person während der ersten sechsmonatigen Rahmenfrist für den Versicherungsträger greifbar war.

⁴⁷⁵ Gleicher Ansicht BSK ATSG-Gächter/Meier, Art. 43b N 13.

- 296 Ist eine Verlängerung der sechsmonatigen Dauer unumgänglich, so sind die Gründe dafür detailliert im Versichertendossier festzuhalten, damit diese im Nachhinein auf ihre Gesetzeskonformität hin überprüft werden können.⁴⁷⁶ Denn eine Verlängerung der Rahmenfrist um weitere sechs Monate ist genauso wie die erste sechsmonatige Frist Teil der Anordnung nach Art. 43a Abs. 2 ATSG.⁴⁷⁷

IV. Zwischenfazit

- 297 Mit der Regelung in Art. 43a Abs. 5 ATSG ist dem Erfordernis des EGMR, wonach eine genügend bestimmte Gesetzesgrundlage den zeitlichen Rahmen der Observation präzise auszuführen habe, nicht vollenfänglich entsprochen worden. Hierfür wäre es notwendig gewesen, die Dauer der Observationstätigkeit auf verschiedenen Ebenen zu regeln. Eine Bestimmung betreffend die zulässige Höchstdauer der gesamten Überwachungsaktion sowie das zulässige Kontingent an Observationstagen entspricht bestenfalls der Minimalanforderung an einen hinreichend geregelten zeitlichen Rahmen. Ohne weitergehende zeitliche Begrenzung der Überwachungstätigkeit bleibt nämlich offen, wann die betroffene Person konkret observiert werden darf, was letztlich auch die Verhältnismässigkeit infrage stellt. Damit steht fest, dass Art. 43a Abs. 5 ATSG nicht dem Erfordernis der Voraussehbarkeit genügt, dies insbesondere in Bezug darauf, wie lange, bis wann in die Nacht hinein sowie an welchen Tagen innerhalb der Woche eine verdeckte Überwachung durchgeführt werden darf.
- 298 Für die betroffene Person macht es nämlich einen erheblichen Unterschied, ob sie von Gesetzes wegen nur während bestimmter Stunden am Tag oder unlimitiert über den ganzen Tag hinweg observiert werden darf. Ebenso von Relevanz ist, ob eine Überwachung nur an Werktagen oder auch an Sonntagen und an gesetzlichen Feiertagen erlaubt sein soll. Es darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Dauer der Überwachungsaktion eines der wichtigsten Kriterien darstellt für die Frage, wie intensiv mit der Überwachungsaktion in die Privatsphäre der betroffenen Person eingegriffen wird.⁴⁷⁸
- 299 Eine Begrenzung der Dauer pro Observationstag ist auch bei der Auftragsteilung durch den Versicherungsträger nicht vorgesehen. Die mit der Obser-

⁴⁷⁶ Vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 2006.

⁴⁷⁷ Vgl. Kieser, ATSG, Art. 43a N 60.

⁴⁷⁸ Bereits kritisch Ducrey, 10, 12.

vation betrauten Spezialisten haben lediglich unterschriftlich zu bestätigen, dass sie vom Versicherungsträger auf die gesetzlichen Bestimmungen, also auf Art. 43a Abs. 5 ATSG, aufmerksam gemacht wurden und sich verpflichten, diese einzuhalten. Solange die Spezialisten sich an die zulässige Höchstdauer (sechs bzw. bei Verlängerung zwölf Monate) und an das Kontingent von 30 Tagen halten, haben sie in Bezug auf die konkrete zeitliche Ausgestaltung der Überwachungstätigkeit freie Hand. Dieser Umstand ist insbesondere bei extern beauftragten Spezialisten problematisch, bei welchen ein gewisser Erfolgsdruck für die Ablieferung des Observationsmaterials anzunehmen ist. Diese dürften nämlich weitaus motivierter sein, eine Observation in zeitlicher Hinsicht bis ins Unverhältnismässige hinauszuziehen, um ihrem Auftraggeber bzw. dem Versicherungsträger brauchbare Ergebnisse zu liefern.

Kapitel 8: Beauftragung externer Spezialisten

I. Im Allgemeinen

Gemäss Art. 43a Abs. 6 Satz 1 ATSG kann der Versicherungsträger externe Spezialisten mit der Durchführung einer Observation beauftragen.⁴⁷⁹ Dieser explizite Verweis erlaubt es Sozialversicherern, für die Überwachungstätigkeit nicht nur auf interne fachkundige Mitarbeiter (z.B. BVM-Spezialisten) zurückzugreifen, sondern auch externe Spezialisten aus privaten Unternehmen, allen voran Privatdetektiven, mit einer Observation zu betrauen.⁴⁸⁰ Die Sozialversicherer haben damit freie Wahl bei der Beauftragung der Spezialisten.⁴⁸¹ Mit dieser Bestimmung wurde die bisherige Praxis in das Gesetz aufgenommen.⁴⁸²

300

II. Schweigepflicht und Datenschutz

Des Weiteren hält Art. 43a Abs. 6 Satz 2 ATSG fest, dass die externen Spezialisten der Schweigepflicht nach Art. 33 ATSG unterliegen. Damit unterstehen die externen Spezialisten derselben Sorgfalts- und Schweigepflicht wie die Sozialversicherer selbst.⁴⁸³ Zudem dürfen sie die gesammelten Informationen ausschliesslich im Rahmen ihres Auftrags verwenden. Damit wird einerseits gewährleistet, dass die Mitarbeiter privater Überwachungsfirmen bzw. die selbstständigen Privatdetektive zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, und andererseits, dass die durch die Überwachungstätigkeit gesammelten Daten nicht missbräuchlich verwendet werden.⁴⁸⁴

301

⁴⁷⁹ Obschon in Art. 43a Abs. 6 Satz 1 ATSG explizit von externen Spezialisten die Rede ist, zeigt die Auslegung von Art. 43a Abs. 9 lit. c ATSG, dass mit den Anforderungen an die Spezialisten sowohl interne wie auch externe Personen gemeint sind, vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 2009.

⁴⁸⁰ Vgl. BBI 2017 7411; 2017 7426.

⁴⁸¹ AB S 2017 1012 f. Werden jedoch externe Spezialisten mit einer Observation beauftragt, so ist ein schriftlicher Auftrag zu erteilen, vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 2011.

⁴⁸² Vgl. BBI 2017 7411.

⁴⁸³ Ibid.

⁴⁸⁴ So darf das Observationsmaterial nicht für didaktische Zwecke und dergleichen verwendet werden, vgl. KIESER ATSG, Art. 43a N 66.

- 302 Die Einhaltung der Schweigepflicht ist zwingend schriftlich im Observationsauftrag festzuhalten.⁴⁸⁵ Insbesondere ist darauf zu achten, dass Dritten gegenüber weder direkt noch indirekt Auskünfte erteilt werden.⁴⁸⁶
- 303 Beabsichtigt der Versicherungsträger, externe Spezialisten mit der Durchführung einer Observation zu mandatieren, so darf der Antrag nur diejenigen Daten und Angaben beinhalten, welche für die Überwachungstätigkeit zwingend notwendig sind. Den Spezialisten sind ferner nur die für den jeweiligen Zweck nötigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Dabei sind die externen Spezialisten vor der Akten- und Datenübergabe explizit über die gesetzlichen Bestimmungen betreffend Datenschutz und Datenverarbeitung zu orientieren. Dies müssen die externen Spezialisten ebenso wie die Verschwiegenheitserklärung im Observationsauftrag schriftlich bestätigen.
- 304 Nach Auftragserledigung müssen die Observationsergebnisse, d.h. der Observationsbericht mit den gesamten Bild-, Ton- und Standortaufzeichnungen, wie auch die zuvor bei der Auftragserteilung erhaltenen Papiere und Daten dem Versicherungsträger ausgehändigt werden. Zudem sind die externen Spezialisten dazu angehalten, sämtliche weiteren Daten unwiderruflich zu löschen, so etwa durch Verwendung eines Aktenvernichtungsgeräts (Papierschredder) oder durch Neuformatierung eines Datenspeichers.⁴⁸⁷ Im Anschluss an die Observationstätigkeit muss der Versicherungsträger den Inhalt des Observationsberichtes sowie das übrige Observationsmaterial auf deren rechtmässiges Zustandekommen prüfen.⁴⁸⁸ Dabei hat der Versicherungsträger darauf zu achten, dass die Observationsergebnisse nicht widerrechtlich beschafft wurden. Ein besonderes Augenmerk ist dabei auf die verwendeten Mittel (Art. 43a Abs. 1 ATSG), den Ort, wo die versicherte Person observiert wurde (Art. 43a Abs. 4 ATSG), sowie die Dauer der Überwachungstätigkeit (Art. 43a Abs. 5 ATSG) zu werfen. Beim letzten Punkt gilt es primär zu prüfen, ob der beauftragte Spezialist im Rahmen seines Ermessensspieldraums möglicherweise den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt haben könnte, indem er etwa – in

⁴⁸⁵ Vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 2012; AB S 2018 237.

⁴⁸⁶ Es sei denn, die Auskunftserteilung ist durch eine gesetzliche Bestimmung explizit erlaubt (z.B. Art. 6a IVG betreffend die Ermächtigung zur Erteilung von Auskünften) oder es liegt eine Einverständniserklärung der versicherten Person vor, vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 2015.

⁴⁸⁷ Vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 2013 f.

⁴⁸⁸ Ibid, Rz. 2018.

der Bestrebung, brauchbares Material für seinen Auftraggeber zu beschaffen – die tägliche Observationszeit masslos überschritten oder die betroffene Person bis in die Nacht hinein heimlich überwacht hat.⁴⁸⁹

Die detaillierten Bestimmungen betreffend die Anforderungen an die internen oder externen Spezialisten, die mit einer Observation beauftragt werden, sind auf Verordnungsebene geregelt. Hierzu hat der Bundesrat – gestützt auf die in Art. 43a Abs. 9 lit. c ATSG genannte Gesetzesdelegation – die Art. 7a bis 7i ATSV geschaffen.⁴⁹⁰

305

III. Zwischenfazit

Mit der Regelung in Art. 43a Abs. 6 Satz 1 ATSG ist der Gesetzgeber der Anforderung des EGMR, wonach die gesetzliche Grundlage die zur Durchführung der Observation berechtigte Behörde bzw. die dazu berechtigten Personen zu nennen habe, nur teilweise nachgekommen.⁴⁹¹ Der Versicherungsträger kann nämlich neben internen Mitarbeitern ebenso externe Spezialisten mit der Observation beauftragen, obschon im Gesetzestext lediglich die externen Spezialisten explizit genannt werden.

306

Gemäss der Rechtsprechung des EGMR hat eine genügend bestimmte Gesetzesgrundlage für die Überwachungstätigkeit ebenso die Handhabung des Observationsmaterials zu regeln. Demnach muss aus der Observationsnorm unmissverständlich hervorgehen, in welcher Form die Aufzeichnungen einer Überwachung aufbewahrt werden, wer Zugang zu den Aufzeichnungen hat, diese überprüfen und bearbeiten darf, unter welchen Umständen die Aufzeichnungen weitergegeben werden dürfen und wann und unter welchen Bedingungen die Aufzeichnungen zu löschen sind. Das Gesetz muss darüber hinaus klar regeln, wo und wie lange diese Aufzeichnungen gespeichert bleiben und welche Personen zu diesen Daten Zugang haben.⁴⁹² Mit Art. 43a Abs. 6 Satz 2 ATSG ist der Gesetzgeber gleich mehreren der soeben dargelegten Anforderungen des EGMR bezüglich der Handhabung des Observationsmaterials nachgekommen.⁴⁹³

307

⁴⁸⁹ Zur Problematik der geltenden Observationsdauer vgl. vorne [Rz. 297 ff.](#)

⁴⁹⁰ Siehe dazu hinten [Rz. 366 ff.](#)

⁴⁹¹ Siehe dazu vorne [Rz. 142 ff.](#)

⁴⁹² Vgl. dazu vorne [Rz. 147.](#)

⁴⁹³ Hinsichtlich des Zugangs durch Dritte und damit der Anforderung des EGMR, wonach die Observationsnorm zu bestimmen habe, unter welchen Umständen das Observationsmaterial weitergegeben werden darf, vgl. vorne [Rz. 176.](#)

- 308 Durch die gesetzlich verankerte Schweigepflicht, an welche sich die externen Spezialisten zu halten haben, und das Verbot, das Observationsmaterial für andere Zwecke zu verwenden, wird nämlich sichergestellt, dass nach Abschluss der Überwachungstätigkeit einzig der Versicherungsträger selbst Zugang zum gesammelten Observationsmaterial hat. Mit dem durch den Versicherungsträger gesicherten Zugang geht einher, dass die gesammelten Daten nur durch Mitarbeiter des Versicherungsträgers überprüft und bearbeitet werden, auch wenn sie durch einen externen Spezialisten zusammengetragen wurden.
- 309 Somit kann festgehalten werden, dass mit Art. 43a Abs. 6 ATSG in Bezug auf den Zugang zu den Aufzeichnungen und darauf, wer diese überprüfen und bearbeiten darf, eine hinreichend bestimmte Gesetzesgrundlage geschaffen worden ist.⁴⁹⁴

⁴⁹⁴ Zu den übrigen Anforderungen des EGMR in Bezug auf die Handhabung des Observationsmaterials, nämlich einer Regelung zur Speicherung (bzw. Aufbewahrung) und Löschung (bzw. Vernichtung) des Observationsmaterials, vgl. hinten [Rz. 350 ff.](#)

Kapitel 9: Verwendung von fremdem Observationsmaterial

I. Keine Mindestanforderung des EGMR

Mit Art. 43a Abs. 6 Satz 3 ATSG erlaubt die neue Observationsnorm sämtlichen dem ATSG unterstellten Sozialversicherern, das bereits vorhandene Observationsmaterial eines anderen Sozial- oder Privatversicherers zu verwenden, sofern bei der Observation die Voraussetzungen von Art. 43a Abs. 1 bis 5 ATSG erfüllt waren. Zu dieser Bestimmung lassen sich im Gesetzgebungsverfahren faktisch keine Angaben finden. Aus den Vernehmlassungsergebnissen geht jedoch der explizite Wunsch der Sozialversicherer bzw. der Durchführungsstellen hervor, dass die gesetzliche Grundlage ausdrücklich auch die Zulässigkeit der Verwendung von Observationsmaterial Dritter regeln müsse.⁴⁹⁵ Eine gesetzliche Bestimmung hinsichtlich der Verwendung fremder Observationsergebnisse stellt jedoch keine Mindestanforderung an eine genügend bestimmte Gesetzesgrundlage dar, wie sie gemäss der Rechtsprechung des EGMR gefordert wurde.

310

II. Observationsmaterial von Sozialversicherern

In der Praxis dürfte die Frage nach der Verwendung fremder Observationsergebnisse insbesondere dann auftreten, wenn ein Sozialversicherer gestützt auf ein Akteneinsichtsgesuch von einer erfolgten Observation Kenntnis erhält und sodann das vorhandene Observationsmaterial für das eigene Abklärungsverfahren nutzen möchte.⁴⁹⁶

311

Beabsichtigt ein Sozialversicherer, das Observationsmaterial eines anderen Sozialversicherers zu verwenden, so stellen die Voraussetzungen von Art. 43a Abs. 1 bis 5 ATSG nur dann ein Hindernis dar, wenn der Sozialversicherungsträger, der die Observation in Auftrag gegeben hat, eine Voraussetzung oder gesetzliche Schranke für die Überwachungstätigkeit missachtet hat. Der Ver-

312

⁴⁹⁵ Vgl. BBI 2017 7409.

⁴⁹⁶ Erfolgt das Akteneinsichtsgesuch bei einem Sozialversicherer, so ist hierfür Art. 47 ATSG massgebend. Für die Akteneinsicht bei einem Privatversicherer benötigt der Sozialversicherer eine zuvor von der versicherten Person unterzeichnete Ermächtigungserklärung.

sicherungsträger hat daher jede einzelne Voraussetzung der durchgeführten Observation auf ihre Gesetzeskonformität hin zu prüfen. Konkret ist demnach zu prüfen, ob

- die Zulässigkeit der Observation zum Zeitpunkt der Anordnung gegeben war (Art. 43a1 ATSG);
- die Anordnung korrekt erfolgt ist (Art. 43a2 ATSG);
- eine richterliche Genehmigung (rechtzeitig) eingeholt wurde, falls technische Instrumente zur Standortbestimmung eingesetzt wurden (Art. 43a3 ATSG);
- die versicherte Person nur an zulässigen Orten observiert wurde (Art. 43a4 ATSG); und
- die zulässige Höchstdauer bzw. das Tageskontingent von 30 Tagen eingehalten wurde und gegebenenfalls, ob eine Verlängerung der sechsmonatigen Rahmenfrist rechtzeitig (d.h. innerhalb von sechs Monaten ab dem ersten Observationstag) erfolgt ist (Art. 43a5 ATSG).

³¹³ Im Zuge des gesonderten Akteneinsichtsrechts nach Art. 43a Abs. 6 ATSG wird der Sozialversicherer nicht nur das Observationsmaterial zugestellt bekommen, sondern auch die übrigen Akten. Ist dabei ersichtlich, dass die versicherte Person im Rahmen des rechtlichen Gehörs aufgrund der erfolgten Observation Einwände vorgebracht⁴⁹⁷ oder gar ein Rechtsmittel gegen die Verfügung über die Leistung erhoben hat, so ist bei der Prüfung der Voraussetzungen von Art. 43a Abs. 1 bis 5 ATSG besondere Sorgfalt geboten. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Rechtmäßigkeit der erfolgten Observation von der versicherten Person oder ihrem Rechtsvertreter infrage gestellt wurde. Damit soll verhindert werden, dass die Observationsergebnisse einer möglicherweise zu Unrecht erfolgten Observation in mehreren, parallel laufenden Verfahren verwendet werden, gegen welche sich die versicherte Person einzeln wehren muss. Durch die Vornahme einer erneuten Prüfung der Voraussetzungen und Schranken der Observationstätigkeit soll somit sichergestellt werden, dass widerrechtlich beschafftes Observationsmaterial nicht in andere sozialversicherungsrechtliche Verfahren Eingang findet.

⁴⁹⁷ Etwa im Rahmen der nachgelagerten Informationspflicht des Versicherungsträgers bei bestätigtem Anfangsverdacht, vgl. Art. 43a Abs. 7 ATSG.

III. Observationsmaterial von Privatversicherern

Dem Sozialversicherer steht zudem die Möglichkeit offen, die Observationsergebnisse von Versicherern zu verwenden, welche dem VAG⁴⁹⁸ unterstehen. Darunter sind Anbieter von Privatversicherungen nach dem VVG⁴⁹⁹ zu verstehen, welche für die versicherten Risiken ähnliche Versicherungsleistungen wie Sozialversicherer erbringen (insbesondere Geld- und Pflegeleistungen), so etwa Haftpflicht- und Krankentaggeldversicherer.⁵⁰⁰

In diesem Zusammenhang weisen GÄCHTER/MEIER auf die Wichtigkeit der genauen Prüfung der Voraussetzungen von Art. 43a Abs. 1 bis 5 ATSG hin. Im Gegensatz zum übernehmenden Sozialversicherer untersteht der Privatversicherer nicht dem ATSG. Die Zulässigkeit einer durch einen Privatversicherer angeordneten Überwachung richtet sich einzig nach Art. 28 ZGB (zivilrechtliche Persönlichkeitsverletzung) und Art. 179^{quater} StGB (strafrechtlich geschützter Geheim- und Privatbereich).⁵⁰¹ Da dem Sozialversicherer mit der neuen Observationsnorm teilweise weitergehende Befugnisse als einem Privatversicherer zukommen, besteht die Gefahr, dass durch Art. 43a Abs. 6 Satz 3 ATSG Observationsmaterial verwendet wird, welches ursprünglich vom Privatversicherer widerrechtlich beschafft wurde. Bei Verwendung von fremdem Observationsmaterial eines Anbieters von Privatversicherungen fordern GÄCHTER/MEIER daher ein zweistufiges Prüfschema: In einem ersten Schritt muss geprüft werden, ob der Träger der Privatversicherung bei der Observation den Rahmen von Art. 28 ZGB und Art. 179^{quater} StGB eingehalten hat.⁵⁰² Erst in einem zweiten Schritt erfolgt sodann die Kontrolle, ob die Voraussetzungen gemäss Art. 43a Abs. 1 bis 5 ATSG eingehalten worden sind.⁵⁰³

M.E. ist die Ansicht von GÄCHTER/MEIER unumstösslich. Der Gesetzgeber wollte mit Art. 43a Abs. 6 Satz 3 ATSG nicht eine Regelung schaffen, welche den Sozialversicherern erlaubt, widerrechtlich erlangtes Observationsmaterial für das eigene Verfahren zu verwenden. Die Integrierung dieser Bestimmung

⁴⁹⁸ SR 961.01.

⁴⁹⁹ SR 221.229.1.

⁵⁰⁰ BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 72.

⁵⁰¹ AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Rz. 10 ff.; sowie WALDENMEYER, 284, 288 ff.

⁵⁰² Zentral ist dabei die Interessenabwägung im Rahmen der Rechtfertigung der Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB. In die Interessenabwägung miteinzubeziehen sind u.a. der Betrag der streitigen Versicherungsleistung, die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit sowie die Dauer und der Ort der Observation, vgl. AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Rz. 29 ff.; ebenso GÄCHTER/MEIER, *Observation*, Rz. 69 ff.

⁵⁰³ Vgl. zum Ganzen BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 73 ff.

in die neue gesetzliche Grundlage bezweckte lediglich, die Zulässigkeit der Verwendung von Observationsmaterial Dritter zu regeln, und zwar unabhängig davon, von wem das Material stammt. Die Absicht des Gesetzgebers, dass nur rechtmässig erhobenes Observationsmaterial verwendet werden darf, ist in Art. 43a Abs. 6 Satz 3 ATSG offensichtlich. Andernfalls wäre die Verwendung fremder Observationsergebnisse nicht an die Bedingung geknüpft worden, dass bei der ursprünglichen Observation die wesentlichen Voraussetzungen von Art. 43a Abs. 1 bis 5 ATSG erfüllt waren.

IV. Zwischenfazit

- ³¹⁷ Wie eingangs bereits erläutert, stellt eine Regelung in Bezug auf das Verwenden von fremdem Observationsmaterial keine vom EGMR genannte Mindestanforderung dar, welche laut diesem an eine genügend bestimmte Gesetzesgrundlage für die Überwachungstätigkeit zu stellen ist.

Kapitel 10: Informationspflicht des Versicherungsträgers

I. Im Allgemeinen

Aufgrund der Besonderheit der Observation als Abklärungsmassnahme stellen sich in verfahrensrechtlicher Hinsicht auch besondere Fragen. Da die Überwachung immer verdeckt und damit im Unwissen der betroffenen Person erfolgt, können Letzterer vor Durchführung der Abklärung keine Mitwirkungsrechte vom Versicherungsträger⁵⁰⁴ zugesprochen werden, wie dies etwa vor Durchführung einer Begutachtung nach Art. 44 ATSG im Hinblick auf die beabsichtigte medizinische Disziplin, die Fachpersonen und Gutachterfragen der Fall wäre.⁵⁰⁵ Zum Ausgleich dieses fehlenden Mitwirkungsrechts hat der Gesetzgeber in den Art. 43a Abs. 7 f. ATSG besondere verfahrensrechtliche Bestimmungen hinzugefügt, um der versicherten Person das rechtliche Gehör nachträglich zu gewähren.⁵⁰⁶

318

Welche Rechtsfolgen zur Anwendung gelangen, hängt davon ab, ob die konkreten Anhaltspunkte nach Art. 43a Abs.1 lit. a ATSG durch die erfolgte Observation bestätigt werden konnten oder nicht. Hat sich der Anfangsverdacht durch die Observation erhärtet, so richtet sich das Recht auf Anhörung nach Art. 43a Abs. 7 ATSG. Andernfalls kommt die Regelung von Art. 43a Abs. 8 ATSG zur Anwendung.

319

II. Bestätigter Anfangsverdacht

Art. 43a Abs. 7 ATSG regelt die verfahrensrechtlichen Schritte, die der Versicherungsträger einzuleiten hat, wenn der ursprüngliche Anfangsverdacht durch die Observation bestätigt werden konnte. Demnach hat der Versicherungsträger spätestens vor Erlass der Verfügung über die Leistung die betrof-

320

⁵⁰⁴ Wie etwa Ausstands- und Befangenheitsgründe, vgl. Art. 36 ATSG.

⁵⁰⁵ Vgl. zum rechtlichen Gehör bezogen auf Begutachtungen BGE 137 V 210 E. 3.1.3.3.

⁵⁰⁶ KIESER, ATSG, Art. 43a N 75.

fene Person über den Grund, die Art und die Dauer der erfolgten Observation zu informieren.⁵⁰⁷ Somit wird vorausgesetzt, dass die Observation zu einer Leistungsänderung geführt hat.⁵⁰⁸

- 321 Wie der Versicherungsträger die versicherte Person konkret zu informieren hat, lässt das Gesetz offen. Der Sozialversicherer kann die versicherte Person somit einerseits schriftlich von der durchgeführten Überwachung in Kenntnis setzen und ihr sodann die Möglichkeit geben, zu den Observationsergebnissen Stellung zu nehmen.⁵⁰⁹ Andererseits besteht auch die Möglichkeit einer vor-gängigen mündlichen Information, beispielsweise im Rahmen einer direkten Konfrontation der versicherten Person mit den Observationsergebnissen.⁵¹⁰ Die mündliche Information erfolgt über ein persönliches Gespräch, welches im Regelfall von den zuständigen BVM-Mitarbeitern und allenfalls vom fallfüh-renden Sachbearbeiter geführt wird. Erfolgt die Information in einem persön-lichen Gespräch, so ist darüber Protokoll zu führen und dieses sodann zu den Akten zu legen.⁵¹¹
- 322 Das Verfahren zur Einsichtnahme in das vollständige Observationsmaterial durch die versicherte Person ist in Art. 8c ATSV detailliert geregelt.⁵¹² In Fällen, in denen sich der Versicherungsträger dazu entscheidet, die versicherte Per-son mittels eines persönlichen Gesprächs über die erfolgte Observation zu in-formieren, kommt das Vorgehen gemäss Art. 8c Abs. 1 ATSV zur Anwendung. Art. 8c Abs. 2 ATSV regelt die Akteneinsicht für den Fall, in welchem der Versi-cherungsträger die versicherte Person auf schriftlichem Weg über die erfolgte Observation informiert.⁵¹³

⁵⁰⁷ Vgl. AB S 2017 1012. Dabei handelt es sich um dieselbe Regelung wie in Art. 283 Abs. 1 StPO sowie in Art. 44a Abs. 6 E-ATSG, welche 2006 im Rahmen der Revision des UVG beantragt wurde, vgl. BBI 2017 7411.

⁵⁰⁸ Vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 2020.

⁵⁰⁹ BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 10.

⁵¹⁰ Vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 2020. In der Praxis ist die mündliche Information über die erfolgte Observation der Regelfall, vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 10.

⁵¹¹ BBI 2017 7411.

⁵¹² Vgl. hierfür die in Art. 43a Abs. 9 ATSG vorgesehene Gesetzesdelegation an den Bundesrat zur detaillierten Regelung des Verfahrens zur Einsichtnahme in das vollständige Observa-tionsmaterial.

⁵¹³ Zum Einsichtsrecht in das Observationsmaterial vgl. hinten [Rz. 344 ff.](#)

1. Inhaltliche Vorgaben

Die Information durch den Versicherungsträger hat Angaben zum Grund, zur Art und zur Dauer der erfolgten Observation zu beinhalten. Nach dem Gesetzeswortlaut müssen der versicherten Person somit der zuvor vermutete und nunmehr erhärtete Anfangsverdacht, welcher Anlass zur Anordnung der Observation gegeben hat (Grund), die eingesetzten Observationsmittel und die Orte, an denen die versicherte Person heimlich überwacht wurde (Art), sowie die einzelnen Tage, an denen die Überwachungstätigkeit durchgeführt wurde (Dauer), mitgeteilt werden.³²³

2. Zeitliche Vorgabe

In zeitlicher Hinsicht verlangt das Gesetz, dass der Versicherungsträger die betroffene Person spätestens vor Erlass der Verfügung über die Leistung von der erfolgten Observation in Kenntnis setzt. Der Versicherungsträger ist daher nicht von Gesetzes wegen verpflichtet, die versicherte Person unmittelbar im Anschluss an die Überwachungstätigkeit zu informieren.⁵¹⁴ Von Relevanz ist einzig, dass ein zusätzlicher Verfahrensschritt erforderlich ist, um der Informationspflicht nach Art. 43a Abs. 7 ATSG zu entsprechen. Entscheidet sich der Versicherungsträger dafür, der betroffenen Person das (fakultative) rechtliche Gehör nach Art. 42 ATSG vor Erlass der Verfügung über die Leistungsänderung (Verweigerung, Aufhebung oder Kürzung der Leistungen) zu gewähren, so steht es ihm frei, diese mit der zwingenden Informationspflicht nach Art. 43a Abs. 7 ATSG zu kombinieren.⁵¹⁵ Der Versicherungsträger⁵¹⁶ hat jedoch auch die Möglichkeit, die ihm obliegende Informationspflicht auf die inhaltlichen Mindestanforderungen (Grund, Art, Dauer) zu beschränken und die Leistungsänderung im Anschluss direkt zu verfügen, sodass das rechtliche Gehör über das nachgelagerte Verfahren gewährleistet wird.⁵¹⁷

⁵¹⁴ Vgl. BBI 2017 7411.

⁵¹⁵ Der Invalidenversicherung steht es ebenso offen, die Informationspflicht bei bestätigtem Verdacht nach Art. 43a Abs. 7 ATSG mit dem Vorbescheid nach Art. 57a IVG zu kombinieren.

⁵¹⁶ In Betracht kommen dabei alle dem ATSG unterstehenden Sozialversicherer bis auf die Invalidenversicherung, da diese die vorgesehene Verfügung zunächst mittels Vorbescheids eröffnen muss.

⁵¹⁷ Vgl. BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 78.

3. Anfechtungsmöglichkeit

- 325 Nach dem Gesetz ist der Versicherungsträger hinsichtlich der Informationspflicht bei bestätigtem Verdacht nach Art. 43a Abs. 7 ATSG nicht dazu angehalten, die entsprechende Mitteilung in Verfügungsform zu erlassen. Somit kann die versicherte Person gegen eine (ihrer Meinung nach unzulässig erfolgte) Observation erst im Rahmen der materiellen Verfügung zum Leistungsanspruch nach Art. 49 ATSG bei der verfügenden Stelle Einsprache erheben. Der Sozialversicherer prüft die Sache nochmals und fällt sodann einen Einspracheentscheid.⁵¹⁸

III. Unbestätigter Anfangsverdacht

- 326 Führte hingegen die erfolgte Observation nicht zu einer Bestätigung der Anhaltspunkte für einen ungerechtfertigten Leistungsbezug, muss die versicherte Person nach Art. 43a Abs. 8 lit. a ATSG zwingend mittels einer Verfügung und damit schriftlich informiert werden.⁵¹⁹ Die genannte Bestimmung regelt somit das Verfahren für den Fall, in dem nach erfolgter Observation die Leistungen des Versicherungsträgers gegenüber der versicherten Person unverändert bleiben bzw. nicht herabgesetzt werden. Zu beachten ist, dass die schriftliche Information stets in Verfügungsform zu erfolgen hat. Dabei handelt es sich um eine Feststellungsverfügung.⁵²⁰ Diese Bestimmung bezweckt in erster Linie, der versicherten Person die Möglichkeit zu geben, eine unrechtmäßige Anordnung oder Ausführung der Observation anzufechten und damit gerichtlich überprüfen zu lassen.⁵²¹
- 327 Die Möglichkeit einer mündlichen Information durch ein persönliches Gespräch ist gesetzlich nicht vorgesehen und damit unzulässig. Bestätigt sich der (vermutete) ungerechtfertigte Leistungsbezug nicht, so hat der Versicherungsträger zudem das Observationsmaterial zu vernichten, sofern die versicherte Person nicht ausdrücklich das Gegenteil beantragt (Art. 43a Abs. 8 lit. b

⁵¹⁸ Mit Ausnahme von Streitigkeiten in der Invalidenversicherung. Eine Verfügung der kantonalen IV-Stelle muss von der versicherten Person direkt vor dem zuständigen Versicherungsgericht angefochten werden (Art. 69 Abs. 1 IVG), vgl. BBI 2017 7412.

⁵¹⁹ BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 10; AB N 2018 367.

⁵²⁰ BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 10; AB S 2017, 1012; AB N 2018, 365 f., 371.

⁵²¹ BBI 2017 7412.

ATSG). In solchen Fällen ist der Verfügungsempfänger darüber zu informieren, dass es ihm zusteht, das gesamte Observationsmaterial einzuverlangen, und wenn er darauf verzichtet, wann dieses Material vernichtet wird.⁵²²

Art. 43a Abs. 8 lit. a ATSG enthält – im Gegensatz zum Verfahren bei bestätigtem Anfangsverdacht nach Art. 43a Abs. 7 ATSG – keine zeitlichen Angaben, wann der Versicherungsträger die betroffene Person über die erfolgte Observation zu informieren hat. Der Entscheid hierüber obliegt somit dem Ermessen des Versicherungsträgers. Da eine Observation als Abklärungsmassnahme immer heimlich erfolgt, d.h. im Unwissen der Zielperson, sodass ihr das rechtliche Gehör vom Versicherungsträger im Voraus nicht gewährt werden kann, erscheint es angezeigt, dass die zu erfolgende Information durch den Versicherungsträger nicht unnötigerweise bzw. ohne einen triftigen Grund lange hinausgezögert wird.

Die gesetzlich vorgesehene inhaltliche Mindestanforderung bezüglich der Information des Versicherungsträgers bei nicht bestätigtem Anfangsverdacht umfasst – ebenso wie die Regelung in Art. 43a Abs. 7 ATSG – den Grund, die Art und die Dauer der erfolgten Observation. Dem Versicherungsträger steht es somit frei, ob er die versicherte Person im Rahmen der Feststellungsverfügung über weitergehende Einzelheiten zur durchgeföhrten Observation – wie etwa über die konkreten Durchführungsmodalitäten, die eingesetzten Spezialisten etc. – informieren möchte.

Konnten die Anhaltspunkte durch die Observation nicht bestätigt werden, so hat der Versicherungsträger nach Rechtskraft der Feststellungsverfügung das Observationsmaterial grundsätzlich zu vernichten (vgl. Art. 43a Abs. 8 lit. b ATSG). Bis zur Rechtskraft der Verfügung – d.h. innerhalb der Beschwerdefrist – kann die betroffene Person das Observationsmaterial einsehen.⁵²³ In diesem Verfahren hat der Gesetzgeber der observierten Person ein Wahlrecht eingeräumt.⁵²⁴ Ihr obliegt nämlich die Entscheidung darüber, ob das Observationsmaterial in den Akten verbleiben soll oder nicht, obwohl daraus kein offensichtlicher unrechtmässiger Leistungsbezug hervorgeht, welcher dem Versicherungsträger ursprünglich Anlass zur Observation gab.

Ein derartiges Wahlrecht der versicherten Person war in der frühen Gesetzgebungsphase noch nicht vorgesehen. Zunächst bestand noch Uneinigkeit dar-

⁵²² BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 10. Zur Vernichtung des Observationsmaterials vgl. hinten [Rz. 355 ff.](#)

⁵²³ BSV, Fakten, 7 f.

⁵²⁴ AB S 2017, 1012; BBI 2017 7427.

über, was mit dem Observationsmaterial geschehen solle.⁵²⁵ Aufgrund der Vernehmlassungsergebnisse erkannte der Bundesrat jedoch, dass es bestimmte Konstellationen gibt, in denen das Verbleiben der Observationsergebnisse in den Akten im Interesse der versicherten Person ist; insbesondere dann, wenn das Material ihre gesundheitliche Beeinträchtigung klar aufzeigt und damit einhergehend den Leistungsbezug bestätigt. Aus diesem Grund war der Bundesrat der Auffassung, dass der versicherten Person, welche einen staatlich erfolgten Grundrechtseingriff erdulden musste, sodann auch das Recht zustehen sollte, das Observationsmaterial in ihrem Dossier aufzubewahren.⁵²⁶

IV. Aktenführungspflicht und Akteneinsichtsrecht

- 332 Unabhängig davon, dass der Gesetzgeber der versicherten Person mit den genannten Bestimmungen ein nachträgliches Anhörungsrecht zugesprochen hat, müssen in diesem Zusammenhang auch die allgemeinen Verfahrensbestimmungen beachtet werden – allen voran die Aktenführungspflicht des Versicherungsträgers (Art. 46 ATSG) sowie das Akteneinsichtsrecht der versicherten Person als Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 47 ATSG).⁵²⁷
- 333 Die Sozialversicherer sind verpflichtet, alle massgeblichen Unterlagen systematisch im Dossier der versicherten Person zu erfassen. Das Observationsmaterial als Teil des Nachweises, dass die versicherte Person unrechtmässig Leistungen erhalten oder zu erhalten versucht hat, muss daher in ihrem Dossier abgelegt werden. Darunter fallen etwa das gesamte Bild- und Tonmaterial, die Aufzeichnungen von Standortbestimmungsgeräten sowie der Observationsbericht der beauftragten Spezialisten zuhanden des Versicherungsträgers.⁵²⁸ Das Akteneinsichtsrecht erlaubt der versicherten Person, jederzeit uneingeschränkt Einsicht in das vollständige Überwachungsmaterial zu nehmen, nachdem der Versicherungsträger sie über die durchgeführte Observation informiert hat.⁵²⁹
- 334 In der Praxis ist ferner darauf zu achten, dass die im Rahmen einer laufenden Überwachungsaktion erstellten Dokumente als interne Akten gekennzeichnet und entsprechend behandelt werden. Derartige Akten sind vom Akteneinsichtsrecht nach Art. 47 ATSG ausgenommen, da deren Herausgabe den Erfolg

⁵²⁵ BBI 2017 7409.

⁵²⁶ BBI 2017 7427.

⁵²⁷ Vgl. BBI 2017 7412; BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 10.

⁵²⁸ Vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 5001.

⁵²⁹ BSV, Fakten, 7, BBI 2017 7412; BSV, Erläuternder Bericht, 11.

der Observation als Abklärungsmassnahme gefährden kann. Dies gilt ebenso für Gesuche anderer Sozialversicherer nach Art. 43a Abs. 6 ATSG⁵³⁰, welche sich auf den Bezug von unrechtmässigen Leistungen berufen.⁵³¹

V. Zwischenfazit

Der EGMR hat in seinem Urteil gleich an mehreren Stellen betont, dass die nationale Observationsnorm zwingend Verfahrensrechte enthalten müsse, aus denen klar hervorzugehen habe, wie sich die betroffene Person gegen eine aus ihrer Sicht unrechtmässig erfolgte Überwachung zur Wehr setzen kann. Verlangt wurde damit, die Rechtsmittel im Gesetz explizit zu nennen.⁵³²

Mit dem in Art. 43a Abs. 7 f. ATSG verankerten Recht der Versicherten auf Information stellt der Gesetzgeber zunächst sicher, dass den betroffenen Personen nach Durchführung der verdeckten Überwachung ein nachgelagertes Recht auf Anhörung garantiert wird. Welche konkreten Verfahrensrechte dabei zur Anwendung gelangen, hängt jedoch davon ab, ob sich der Anfangsverdacht durch die erfolgte Observation erhärtet hat oder nicht. Diese Unterscheidung der konkret anwendbaren Verfahrensrechte ist, wie sogleich darzulegen sein wird, nicht unproblematisch.

Art. 43a Abs. 8 ATSG sieht klar vor, dass der Versicherungsträger bei nicht bestätigtem Verdacht auf unrechtmässigen Leistungsbezug eine Verfügung mit Mindestangaben zur durchgeführten Observation erlassen muss. Mit der in der Verfügung enthaltenen Rechtsmittelbelehrung ist dem Erfordernis des EGMR, wonach die Gesetzesgrundlage ein Rechtsmittel zu nennen habe, vollumfänglich Genüge getan. Mittels der Verfügung hat die versicherte Person nämlich die Möglichkeit, eine unrechtmässig erfolgte Anordnung oder Durchführung der Überwachung anzufechten und damit gerichtlich überprüfen zu lassen.

Problematisch ist die Rechtslage hingegen in Bezug auf Art. 43a Abs. 7 ATSG. Wenn der Verdacht auf unrechtmässigen Leistungsbezug anhand des Observationsmaterials bestätigt werden konnte, beschränken sich die vom EGMR geforderten Verfahrensrechte lediglich auf ein rechtlich belangloses Informationsrecht. Unabhängig davon, ob die Information mündlich (Konfrontationsgespräch) oder schriftlich (formloses Schreiben ohne Rechtsmittelbelehrung)

⁵³⁰ Vgl. dazu vorne [Rz. 311 ff.](#)

⁵³¹ BSV, Observationsweisung, Rz. 5005.

⁵³² Siehe dazu vorne [Rz. 148.](#)

übermittelt wird, spricht das Gesetz der betroffenen Person, zumindest unmittelbar, keine Möglichkeit zu, sich gegen die erfolgte Observation mit rechtlichen Mitteln zu wehren.

- 339 Nach Kenntnisnahme der durchgeführten Observation hat die versicherte Person nämlich darauf zu warten, dass der Versicherungsträger die Verfügung über die Leistung erlässt, bis sie sich dagegen zur Wehr setzen kann. In ungünstigen Konstellationen kann es Monate oder sogar Jahre dauern, bis die Verfügung über die Leistung erlassen wird, beispielsweise bei einem Rückfall im Unfallversicherungsrecht. In derartigen Fällen hat der Versicherungsträger die notwendigen Abklärungen wieder aufzunehmen, sodass sich der Erlass der Verfügung über die Leistungen verzögert.
- 340 Ein weiteres Problem der in Art. 43a Abs. 7 ATSG verankerten Informationspflicht liegt darin, dass die Beurteilung, ob sich der Anfangsverdacht durch die Observationsergebnisse erhärtet hat, im alleinigen Ermessen des Versicherungsträgers liegt. Von diesem Kriterium wird abhängig gemacht, welche Verfahrensrechte der betroffenen Person von Gesetzes wegen zugesprochen werden. Eine Bestätigung dieser Beurteilung durch eine medizinische Fachperson ist – zumindest nach dem Gesetzeswortlaut – nicht erforderlich. Somit reicht es, wenn der Verdacht auf unrechtmässigen Leistungsbezug durch einen versicherungsinternen Mitarbeiter wie etwa den Fallführer bzw. den zuständigen BVM-Spezialisten festgestellt wird. Dies birgt zweifellos die Gefahr, dass bei der Auswertung der Observationsresultate eine gewisse Motivation vorhanden sein dürfte, das vorhandene Material verdachtserhäftend auszulegen, um damit dem Erlass einer Verfügung nach Art. 43a Abs. 8 ATSG zu entgehen. Diese Regelung entspricht folglich nicht dem zentralen Erfordernis des EGMR an eine hinreichend bestimmte Gesetzesgrundlage für die Observationsfähigkeit. Die Gefahr eines Machtmisbrauchs kann dadurch nicht gänzlich ausgeschlossen werden.⁵³³

⁵³³ Vgl. dazu vorne [Rz. 137](#).

Kapitel 11: Vollzugsregelungen

I. Allgemeines

Art. 43a Abs. 9 ATSG enthält mehrere Gesetzesdelegationen an den Bundesrat.³⁴¹ Es handelt sich dabei um drei Vollzugsbestimmungen, welche den möglichen Konkretisierungsgrad auf Gesetzesstufe übersteigen, weswegen der Gesetzgeber sich dazu entschloss, diese auf Verordnungsstufe zu regeln.⁵³⁴ Dazu gehören das Verfahren zur Einsichtnahme in das vollständige Observationsmaterial durch die versicherte Person (sog. Akteneinsichtsrecht, Art. 43a Abs. 9 lit. a ATSG), die Aufbewahrung und Vernichtung des Observationsmaterials (Art. 43a Abs. 9 lit. b ATSG) sowie die Anforderungen an die Spezialisten, die mit der Observation beauftragt werden (Art. 43a Abs. 9 lit. c ATSG). Dieser Auflage ist der Bundesrat mit der am 1. Oktober 2019 in Kraft getretenen Ergänzung der ATSV nachgekommen.⁵³⁵ Der Entwurf dieser Verordnung wurde bereits am 21. September 2018 in die Vernehmlassung geschickt, damit die Stimmbürger vor der Abstimmung vom 25. November 2018 beurteilen konnten, welche Regelungen in der ATSV vorgesehen sind.⁵³⁶ Konkret wurden die Art. 7a bis 7i, Art. 8a bis 8c sowie Art. 9a in die ATSV aufgenommen.

Neben den in Art. 43a Abs. 9 ATSG geforderten Vollzugsbestimmungen fügte der Bundesrat mit Art. 8 ATSV eine zusätzliche allgemeine Vollzugsregelung betreffend die Aktenführung ein. Demnach müssen die Akten systematisch und chronologisch geordnet geführt werden (Abs. 1). Zudem hat der Sozialversicherer ein vollständiges Aktenverzeichnis zu führen, das klare und eindeutige Hinweise auf den Inhalt der einzelnen Unterlagen liefert (Abs. 2). Eine klare Regelung bezüglich der Aktenführung dient in erster Linie dazu, jederzeit das Akteneinsichtsrecht als Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu ermöglichen. Nur wenn die Akten systematisch (d.h. vollständig) und chronologisch (d.h. erkenn- und auffindbar) sind, kann dem Akteneinsichtsrecht vollumfänglich entsprochen werden.⁵³⁷

⁵³⁴ BBI 2017 7412 f.

⁵³⁵ Siehe vorne [Rz. 158](#). Als Vollzugsregelungen in der ATSV waren zuvor lediglich die Form (Art. 8b ATSV), die Kosten (Art. 9 ATSV) der Akteneinsicht und die Zustellung der Urteile (Art. 9b ATSV) normiert, zur Neunummerierung des 3. Abschnitts der ATSV vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 8 f.

⁵³⁶ BSV, Fakten, 7.

⁵³⁷ Vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 9 f.

- 343 Die klare und systematische Aktenführung ist aber nicht nur bezogen auf das Akteneinsichtsrecht von zentraler Bedeutung, sondern dient auch der korrekten Entscheidfindung des Versicherungsträgers⁵³⁸, indem dieser gestützt auf die Akten den rechtserheblichen Sachverhalt festzustellen und sodann zu würdigen hat.⁵³⁹

II. Akteneinsichtsrecht

- 344 Wie bereits erläutert, wird im Sozialversicherungsrecht die Akteneinsicht als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör in Art. 47 ATSG und Art. 8 ATSV geregelt. Neben diesen Bestimmungen ist das Akteneinsichtsrecht in das Observationsmaterial⁵⁴⁰ durch die versicherte Person (Art. 43a Abs. 9 lit. a ATSG) vom Bundesrat in Art. 8c ATSV umgesetzt worden.

1. Mündliche oder schriftliche Information

- 345 In Bezug auf die Modalitäten der Akteneinsicht in das Observationsmaterial sind verschiedene Konstellationen möglich. Wie bereits im vorangehenden Kapitel erläutert, kann die versicherte Person vom Versicherungsträger mündlich, d.h. durch ein persönliches Konfrontationsgespräch direkt vor Ort, oder schriftlich über die erfolgte Observation informiert werden.⁵⁴¹
- 346 Nach Art. 8c Abs. 1 ATSV hat der Versicherungsträger, welcher die versicherte Person in seinen Räumlichkeiten mündlich über die Observation informiert,

⁵³⁸ Mit der neuen Ausführungsbestimmung bezüglich der Aktenführung wurde die bisher geltende Rechtsprechung kodifiziert. Diesbezüglich verlangt das Bundesgericht nämlich eine durchgehende Paginierung und grundsätzlich auch ein Aktenverzeichnis, «welches eine chronologische Auflistung sämtlicher in einem Verfahren gemachten Eingaben zu enthalten hat», vgl. das Urteil 8C_319/2010 vom 15. Dezember 2010 E. 2.2.2.

⁵³⁹ Vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 9.

⁵⁴⁰ Dieses umfasst das Bild- und Tonmaterial, die Standortaufzeichnungen sowie den Observationsbericht, vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 5001.

⁵⁴¹ Diese Option einer mündlichen Information steht dem Versicherungsträger jedoch nur dann zur Verfügung, wenn der Anfangsverdacht durch die Observation bestätigt werden konnte (Art. 43a Abs. 7 ATSG), vgl. dazu vorne [Rz. 320 ff.](#)

ihr Einsicht in das vollständige Observationsmaterial zu gewähren.⁵⁴² Gleichzeitig muss der Versicherungsträger den Versicherten darauf hinweisen, dass er Kopien des vollständigen Observationsmaterials verlangen kann. Damit wird sichergestellt, dass die versicherte Person auch im Rahmen einer mündlichen Information Einsicht in die vorhandenen Überwachungsakten nehmen kann.⁵⁴³

Art. 8c Abs. 2 ATSV bestimmt das Verfahren zur Akteneinsicht für den Fall, in dem der Versicherungsträger die versicherte Person schriftlich über die erfolgte Observation informiert.⁵⁴⁴ In diesem Fall muss der Versicherungsträger der versicherten Person die Möglichkeit anbieten, das vollständige Observationsmaterial an seinem Sitz (d.h. vor Ort beim Versicherungsträger) einzusehen. Dies ist etwa dann erforderlich, wenn die betroffene Person nicht über die notwendige technische Ausrüstung (z.B. einen Rechner und/oder ein CD/DVD-Laufwerk zur Ansicht der aufgenommenen Bild- und Tonaufzeichnungen) verfügt.⁵⁴⁵ Um dem Akteneinsichtsrecht vollends zu entsprechen, hat der Versicherungsträger die betroffene Person auch im Rahmen der schriftlichen Information darauf hinzuweisen, dass sie jederzeit Kopien des vollständigen Observationsmaterials, allenfalls zusammen mit dem kompletten Versichertendossier, verlangen kann.⁵⁴⁶

347

Der Gesetzgeber hat in Art. 8c Abs. 2 ATSV bewusst auf eine unaufgeforderte Zustellung des Observationsmaterials an die versicherte Person verzichtet. Es ist nämlich nicht auszuschliessen, dass die betroffene Person mit dem Inhalt derartiger Akten überfordert ist oder aber wenig bis kein Interesse an deren Zustellung hat.⁵⁴⁷

348

⁵⁴² Dem Wortlaut des Gesetzes textes nach kann das Akteneinsichtsrecht lediglich vom Sozialversicherten selbst bzw. von seinem Rechtsvertreter beansprucht werden. Beabsichtigt ein anderer Sozialversicherer Einsicht in das vorhandene Observationsmaterial zu erhalten, so hat dieser das Vorgehen gemäss Art. 43a Abs. 6 ATSG einzuhalten, vgl. KIESER, ATSG, Art. 43a N 77.

⁵⁴³ Vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 5008.

⁵⁴⁴ Was in den Fällen von Art. 43a Abs. 8 ATSG – wie zuvor dargelegt – zwingend ist und in Verfügungsform zu ergehen hat, vgl. dazu vorne [Rz. 326 ff.](#)

⁵⁴⁵ Vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen, 10.

⁵⁴⁶ Siehe BSV, Observationsweisung, Rz. 5009.

⁵⁴⁷ BSV, Ausführungsbestimmungen, 10.

2. Zwischenfazit

- 349 Das nunmehr in Art. 43a Abs. 9 lit. a ATSG i.V.m. Art. 8c ATSV enthaltene Einsichtsrecht der versicherten Person in das Observationsmaterial ist eindeutig zu begrüssen. Zusätzlich zu den konkreten Modalitäten der Akteneinsicht, welche aus der mündlichen oder schriftlichen Information des Versicherungsträgers resultiert, regelt die genannte Bestimmung auch klar, dass nur die versicherte Person Zugang zum Observationsmaterial hat. Dies stellt in Bezug auf die Handhabung des Observationsmaterials ein essenzielles Kriterium des EGMR⁵⁴⁸ dar, welches vom Gesetzgeber mit Art. 8c ATSV vollumfänglich erfüllt wurde.

III. Aufbewahrung und Vernichtung des Observationsmaterials

- 350 Die vom Gesetzgeber vorgesehene Gesetzesdelegation betreffend die Aufbewahrung und Vernichtung des Observationsmaterials (Art. 43a Abs. 9 lit. b ATSG) ist vom Bundesrat in Art. 8a ATSV (Aufbewahrung) und Art. 9a ATSV (Aktenvernichtung) umgesetzt worden.

1. Aufbewahrung

- 351 In Art. 8a Abs. 1 ATSV werden die Grundsätze aufgeführt, nach denen Akten aufbewahrt werden müssen. Demnach haben die Akten sicher, sachgemäß und vor schädlichen Einwirkungen geschützt aufbewahrt zu werden. Im Vordergrund steht somit die Gewährleistung der physischen Sicherheit bzw. Unversehrtheit des Observationsmaterials. Aus diesem Grund sieht die Bestimmung des Weiteren vor, dass das Observationsmaterial durch angemessene bauliche, technische und organisatorische Massnahmen vor unberechtigten Zugriffen, vor unprotokollierten Veränderungen sowie vor Verlust geschützt werden muss (Art. 8a Abs. 2 ATSV).⁵⁴⁹

- 352 Dabei beziehen sich die baulichen und technischen Massnahmen primär auf den Schutz des Observationsmaterials vor schädlichen Einwirkungen wie Feuer und Wasser. Bei den organisatorischen Massnahmen stehen in erster Linie datenschutzrechtliche Aspekte im Vordergrund, indem der Zugriff auf das Observationsmaterial innerhalb des Versicherungsträgers klar geregelt wer-

⁵⁴⁸ Vgl. dazu vorne [Rz. 147](#).

⁵⁴⁹ Vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 9.

den soll. Damit wird sichergestellt, dass nur diejenigen Personen Zugriff auf das Observationsmaterial haben, die innerhalb des Versicherungsträgers dazu auch berechtigt sind. Neben dem unberechtigten Aktenzugriff hat der Versicherungsträger aber auch Massnahmen zu ergreifen, um mögliche nachträgliche Änderungen an den Akten zu verhindern.⁵⁵⁰

Doch nicht nur der Versicherungsträger, sondern auch die mit einer Observation betrauten Spezialisten haben sich an der in Art. 8a ATSV verankerten Regelung zur Aufbewahrung des Observationsmaterials zu halten. Der Versicherungsträger hat nämlich dafür Sorge zu tragen, dass er die beauftragten Spezialisten vertraglich dazu verpflichtet, das Observationsmaterial i.S.v. Art. 8a ATSV zu sichern. Nach Durchführung der Observation hat der Spezialist dem Versicherungsträger sodann das gesamte Observationsmaterial auszuhändigen.⁵⁵¹

353

Um sicherzustellen, dass das Observationsmaterial nicht an mehreren Orten aufbewahrt wird, haben die beauftragten Spezialisten spätestens nach Beendigung des Auftrags das gesamte Material und sämtliche elektronischen Daten unwiderruflich zu löschen. Die Vernichtung des Observationsmaterials muss dem Versicherungsträger kommuniziert werden.⁵⁵²

354

2. Aktenvernichtung

Die Vorgehensweise bei der Aktenvernichtung gilt nicht nur in Bezug auf das durch die Observation gesammelte Material, sondern auch ganz generell. In diesem Zusammenhang ist insbesondere das Bundesgesetz über die Archivierung (BGA)⁵⁵³ zu beachten, nach welchem nicht archivwürdige Akten nach Ablauf der vorgesehenen und notwendigen Aufbewahrungsdauer zu vernichten sind.⁵⁵⁴ Daran haben sich nicht nur die Bundesbehörden, sondern sämtliche Versicherungsträger zu halten, soweit sie ihnen vom Bund übertragene Vollzugsaufgaben erfüllen.⁵⁵⁵

355

⁵⁵⁰ Ibid., 9 f.

⁵⁵¹ Vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 5002 f., 5013.

⁵⁵² Ibid., Rz. 5004.

⁵⁵³ SR 152.1.

⁵⁵⁴ Vgl. den in Art. 2 Abs. 1 BGA statuierten Grundsatz, wonach (lediglich) rechtlich, politisch, wirtschaftlich, historisch, sozial oder kulturell wertvolle Unterlagen des Bundes archiviert werden müssen.

⁵⁵⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. h BGA; BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 10 f.

- 356 Art. 9a Abs. 1 ATSV sieht in genereller Weise vor, dass sämtliche Akten, die nicht archivwürdig sind, nach Ablauf der Aufbewahrungs dauer vernichtet werden, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Diese Regelung gilt nicht nur für das Observationsmaterial, sondern für sämtliche Versichertenakten, wie etwa nicht versandte Verfügungsentwürfe oder allgemeine, nicht sachverhaltsrelevante Notizen.
- 357 Vorbehalten sind jedoch anderslautende gesetzliche Regelungen. Dabei geht es insbesondere um den in Art. 43a Abs. 8 lit. b ATSG genannten Spezialfall, wonach der Versicherungsträger das Observationsmaterial nach Rechtskraft der Verfügung zu vernichten hat, sofern die versicherte Person nicht das Gegen teil beantragt hat. In derartigen Fällen richtet sich das Vorgehen für die Aktenvernichtung nach Art. 9a Abs. 4 ATSV.⁵⁵⁶
- 358 Das im Rahmen einer Observationstätigkeit gesammelte Material ist nach Art. 9a Abs. 1 ATSG ebenfalls zu vernichten, sofern es sich dabei um nicht archivwürdige Akten handelt. Dabei geht es insbesondere um diejenigen Aufzeichnungen, welche für die Sachverhaltsermittlung nicht brauchbar und damit unbedeutend sind. Darunter fallen etwa unscharfe und verschwommene Bildaufzeichnungen aufgrund falscher Aufnahmeeinstellungen, irrelevante Tonaufzeichnungen (z.B. belanglose Umgebungsgeräusche oder unbeabsichtigte Tonaufnahmen von Dritten) oder nutzlose Aufzeichnungen technischer Instrumente zur Standortbestimmung, anhand welcher die Lokalisierung der Zielperson nicht erfolgreich war.
- 359 Ferner sieht Art. 9a Abs. 2 ATSV vor, dass die Vernichtung der Akten kontrolliert sowie unter Wahrung der Vertraulichkeit aller in den Akten enthaltenen Informationen erfolgen muss. Dabei spielt es keine Rolle, in welcher Form die Akten vorliegen. Der Versicherungsträger muss daher sowohl für physische Akten (z.B. Observationsberichte, Korrespondenz mit Spezialisten, Aktennotizen) wie auch für jegliche andere Art von Datenträgern (z.B. USB-Sticks oder SD-Karten zur Speicherung der Bild- und Tonaufzeichnungen) ein Entsorgungskonzept haben. Im Zuge der Aktenentsorgung muss der Versicherungsträger stets bemüht sein, die Vertraulichkeit der Informationen in den zu vernichtenden Akten zu wahren. So hat er sicherzustellen, dass die Akten auch beim Transport zur Vernichtung sowie bei allfälliger Zwischenlagerung vor der Vernichtung jederzeit vor unberechtigtem Zugriff geschützt sind.⁵⁵⁷

⁵⁵⁶ BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 10 f.

⁵⁵⁷ Ibid., 11.

Ferner wird in Art. 9a Abs. 3 ATSV festgelegt, dass der Vernichtungsvorgang 360 protokolliert werden muss. Mit der Protokollierung des Vernichtungsvorgangs soll eine nachvollziehbare Dokumentation sichergestellt werden, um nachträglich feststellen zu können, wann, wie und durch wen die Vernichtung veranlasst wurde.⁵⁵⁸

Schliesslich wird in Art. 9a Abs. 4 ATSV die Vernichtung des Observationsmaterials 361 gesondert geregelt für die Fälle, in denen der Verdacht auf unrechtmässigen Leistungsbezug durch die erfolgte Observation nicht bestätigt werden konnte (Art. 43a Abs. 8 ATSG). Demnach muss das gesamte Observationsmaterial, welches unmittelbar nach Durchführung der Überwachungsaktion nicht als Beweismittel für eine Leistungsänderung gebraucht werden kann, innerhalb von drei Monaten nach Rechtskraft der Feststellungsverfügung vernichtet werden.⁵⁵⁹ Des Weiteren sieht Art. 9a Abs. 4 Satz 2 ATSV vor, dass die Aktenvernichtung der observierten Person schriftlich zu bestätigen ist.

Der Nachweis hingegen, dass eine Überwachung durchgeführt wurde, muss weiterhin im Versichertendossier verbleiben. Wichtig dabei ist, dass aus den im Dossier belassenen Akten klar hervorgeht, aufgrund welcher konkreten Anhaltspunkte die Observation angeordnet wurde, wer die Observation angeordnet hat und zu welchem Zeitpunkt die Massnahme durchgeführt wurde. Ebenso hat eine Kopie der Feststellungsverfügung nach Art. 43a Abs. 8 ATSG sowie die Auftragserteilung an die mit der Observation betrauten internen Spezialisten im Dossier zu verbleiben. Wurden externe Spezialisten mit der Überwachungstätigkeit beauftragt, so haben auch der entsprechende schriftliche Vertrag sowie der Schriftenwechsel zwischen dem Versicherungsträger und dem Spezialisten in den Akten zu verbleiben.⁵⁶⁰

3. Zwischenfazit

Auch mit der in Art. 43a Abs. 9 lit. b ATSG vorgesehenen Gesetzesdelegation an den Bundesrat, wonach die Aufbewahrung und die Vernichtung des Observationsmaterials auf Verordnungsebene geregelt werden müssen, ist einer Mindestanforderung des EGMR an eine hinreichend bestimmte Gesetzesgrundlage entsprochen worden. In Bezug auf die Handhabung des Observationsmaterials forderte der EGMR nämlich, dass die nationale Überwachungs-

⁵⁵⁸ Ibid.

⁵⁵⁹ Siehe Art. 43a Abs. 8 ATSG.

⁵⁶⁰ BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 11; BSV, Observationsweisung, Rz. 5011 ff.

norm zu regeln habe, in welcher Form das Observationsmaterial zu speichern sei und wann und unter welchen Umständen die Observationsakten zu löschen seien.⁵⁶¹

- 364 Mit Art. 8a ATSV ist eine Regelung geschaffen worden, welche unmissverständlich die Grundsätze der Aktenaufbewahrung wiedergibt. Dabei muss primär sichergestellt werden, dass die Unversehrtheit des physischen und elektronischen Observationsmaterials jederzeit gewährleistet ist.
- 365 Auch Art. 9a ATSV betreffend die Aktenvernichtung ist nichts entgegenzusetzen. Mit dieser Bestimmung wird nicht nur allgemein festgehalten, dass archivunwürdige (Observations-)Akten zu löschen sind, sondern auch detailliert dargelegt, wie die Aktenvernichtung zu erfolgen hat. Im Zusammenhang mit der Überwachungstätigkeit ist insbesondere die Regelung zur Aktenvernichtung in Art. 9a Abs. 4 ATSV zu begrüßen, obschon der ergänzende Inhalt dieser Bestimmung (Vernichtung innerhalb von drei Monaten ab Rechtskraft der Verfügung und deren schriftlichen Bestätigung an die versicherte Person) ohne Weiteres direkt auf Gesetzesstufe in Art. 43a Abs. 8 ATSG hätte integriert werden können.

IV. Anforderungen an die Spezialisten

- 366 Die dritte in Art. 43a Abs. 9 ATSG genannte Gesetzesdelegation betrifft die Anforderungen an die Spezialisten, die mit der Observation beauftragt werden. Hierzu hat der Bundesrat in der ATSV sieben neue Bestimmungen geschaffen.
- 367 Neu geregelt sind die generelle Bewilligungspflicht für die Observationstätigkeit (Art. 7a ATSV), die Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung (Art. 7b ATSV), welche Beilagen dem Gesuch um Bewilligungserteilung beizulegen sind (Art. 7c ATSV), die Gültigkeitsdauer und die Wirkung der Bewilligung (Art. 7d ATSV), die Meldung wesentlicher Änderungen und der Bewilligungsentzug (Art. 7e ATSV), die Gebühren für die Prüfung des Bewilligungsgesuchs (Art. 7f ATSV) sowie das Verzeichnis der Bewilligungsinhaber (Art. 7g ATSV).

⁵⁶¹ Vgl. dazu vorne [Rz. 147](#).

1. Bewilligungspflicht

Zunächst hält Art. 7a ATSV fest, dass Spezialisten, welche eine Observation für einen Versicherungsträger durchführen wollen, eine Bewilligung des BSV⁵⁶² benötigen. Die entsprechende gebührenpflichtige Bewilligung wird der gesuchstellenden Person⁵⁶³ vom BSV in Verfügbungsform erteilt, sofern die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind.⁵⁶⁴

Für die Erteilung der Bewilligung ist immer das BSV zuständig, und zwar auch dann, wenn es Sozialversicherungsträger betrifft, welche die Grundversicherung anbieten und deren Aufsicht demnach dem BAG obliegt, wie etwa die Unfall- oder Krankenversicherung.⁵⁶⁵

2. Bewilligungsvoraussetzungen

Die Voraussetzungen für den Erhalt der Bewilligung sind in Art. 7b Abs. 1 ATSV geregelt. Die gesuchstellende Person muss sowohl persönliche (lit. a, b und c) als auch fachliche Voraussetzungen (lit. d, e und f) erfüllen. Die Bewilligung wird nur erteilt, wenn alle in Art. 7b ATSV genannten Voraussetzungen gege-

368

369

370

⁵⁶² Bei der Ausarbeitung der Ausführungsbestimmungen in der ATSV musste sich der Bundesrat zunächst mit den Fragen auseinandersetzen, durch wen die Bewilligungsvoraussetzungen zu überprüfen seien und in welchem Verfahren dies stattzufinden habe. Aus Gründen einer guten Corporate Governance und der hieraus erforderlichen Kontrollmechanismen entschied sich der Bundesrat schliesslich gegen eine Prüfungskompetenz durch die Sozialversicherer, vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 4 f.

⁵⁶³ Nach Art. 7b Abs. 2 ATSV wird die Bewilligung nur natürlichen Personen erteilt.

⁵⁶⁴ Bis zum 31. März 2020 galt für Spezialisten, die vor Inkrafttreten der neuen Observationsbestimmungen am 1. Oktober 2019 bereits eine jahrelange Berufserfahrung in der Observationsaktivität für Sozialversicherungsträger vorweisen konnten, eine Übergangsbestimmung (vgl. Art. 18a ATSV). Wenn der Gesuchsteller am 1. Oktober 2019 noch nicht über eine Observationsausbildung verfügte (Art. 7b Abs. 1 lit. e ATSV) oder wenn diese mehr als zehn Jahre zurücklag, konnte das BSV bis zum 31. März 2020 eine auf zwei Jahre befristete Übergangsbewilligung erteilen, sofern der Gesuchsteller innerhalb der letzten sieben Jahre mindestens zwanzig Observationen durchgeführt hatte und alle übrigen in der ATSV genannten Voraussetzungen erfüllt waren, vgl. hierzu BSV, Leitfaden zum Bewilligungsverfahren, 8.

⁵⁶⁵ So wird denn auch eine einheitliche Bewilligungspraxis für sämtliche dem ATSG unterstehenden Sozialversicherungen etabliert, vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 5.

ben sind. Mit der Prüfung der persönlichen und fachlichen Voraussetzungen soll eruiert werden, ob die gesuchstellende Person zur Durchführung von Observationen fähig und dafür geeignet ist.⁵⁶⁶

- 371 Die in der ATSV statuierten Anforderungen an die Spezialisten gelten für sämtliche Personenüberwachungen im Sozialversicherungsrecht, unabhängig davon, ob der Versicherungsträger interne oder externe Spezialisten mit der Durchführung der Observation betraut. Sowohl Mitarbeitende des Versicherungsträgers, d.h. Personen, die in einem Arbeitsverhältnis zum Versicherungsträger stehen (z.B. BVM-Spezialisten), als auch externe Personen, die vom Versicherungsträger vertraglich mit einer Observation beauftragt werden, benötigen somit eine Bewilligung.⁵⁶⁷
- 372 Der Versicherungsträger muss bei jeder Anordnung einer Überwachung überprüfen, ob die infrage kommenden Spezialisten über eine entsprechende Bewilligung des BSV verfügen. Die Überprüfung der Bewilligung der Spezialisten muss dokumentiert und sodann im Versichertendossier abgelegt werden.⁵⁶⁸ Die versicherte Person bzw. deren Rechtsvertreter soll nämlich im Rahmen des Akteneinsichtsrechts nach Art. 43a Abs. 7 f. ATSG i.V.m. Art. 8c ATSV ebenso darüber informiert werden, dass der mit der Observation beauftragte Spezialist über die notwendige Bewilligung verfügt.⁵⁶⁹
- 373 Eine Bewilligung berechtigt zwar die Inhaber dazu, für Sozialversicherungen des Bundes Personenüberwachungen durchzuführen, sie ersetzt aber nicht allenfalls erforderliche kantonale Bewilligungen.⁵⁷⁰ Es sind daher immer auch die kantonalen Regelungen zu berücksichtigen.⁵⁷¹ Der Versicherungsträger hat da-

⁵⁶⁶ BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 4 f.; BSV, Leitfaden zum Bewilligungsverfahren, 3.

⁵⁶⁷ Schon zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens vertrat die SGK-SR den Standpunkt, dass die internen und externen Spezialisten derselben Sorgfalts- und Schweigepflicht unterstehen würden, vgl. BBI 2017 7411; BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 4 f.; BSV, Observationsweisung, Rz. 2009.

⁵⁶⁸ Vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 2010.

⁵⁶⁹ Im Hinblick darauf, dass das vom BSV geführte Verzeichnis der Bewilligungsinhaber (Art. 7g ATSV) zurzeit noch nicht öffentlich zugänglich ist, erscheint ein entsprechender Vermerk im Versichertendossier unumgänglich; zum Verzeichnis der Bewilligungsinhaber vgl. hinten [Rz. 392](#).

⁵⁷⁰ In diesem Zusammenhang muss auch beachtet werden, dass die neuen Observationsnormen im ATSG nicht für die Sozialhilfe gelten. Die Durchführung von Observationen in der Sozialhilfe liegt in der Kompetenz und Verantwortung der Kantone und Gemeinden, vgl. dazu BSV, Fakten, 3.

⁵⁷¹ BSV, Leitfaden zum Bewilligungsverfahren, 3.

her bei einer Auftragserteilung stets darauf zu achten, dass nur Personen mit der Durchführung von Observationen betraut werden, welche neben der notwendigen Bewilligung des BSV auch über die für die Überwachungstätigkeit erforderlichen kantonalen Bewilligungen verfügen. Dies gilt im Besonderen dann, wenn der Versicherungsträger den Auftrag zur Observation an ein externes Unternehmen vergibt, wie etwa eine Privatdetektei.⁵⁷²

Ferner hat der Versicherungsträger immer auf einen klar definierten Auftrag mit einer entsprechenden rechtlichen Abmahnung zu achten. Nach Auftragserteilung empfiehlt sich denn auch eine möglichst enge Begleitung durch den Versicherungsträger im Rahmen des Observationsmanagements, ohne jedoch in die konkrete Observationsplanung und -umsetzung des Spezialisten einzugreifen.⁵⁷³ Diese Begleitung kann etwa in Form einer regelmässigen Berichterstattung der Spezialisten an den Versicherungsträger erfolgen. Damit wird sichergestellt, dass der Versicherungsträger laufend über das aktuelle Geschehen informiert wird und damit einhergehend auch das weitere Prozedere – dies stets unter Achtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit – bestimmen kann.⁵⁷⁴

374

2.1. Persönliche Voraussetzungen

Mit der Prüfung der persönlichen Voraussetzungen soll die Vertrauenswürdigkeit der gesuchstellenden Person durchleuchtet werden.⁵⁷⁵ So muss diese etwa nachweisen, dass sie aufgrund ihres Vorlebens für die gewissenhafte Ausübung der Personenüberwachung geeignet ist. Anhand dieses Vorlebens soll von ihr zumindest erwartet werden können, dass sie in ihrem künftigen Verhalten, insbesondere bei der Ausübung der Überwachungstätigkeit, die (zwingend einzuhaltenden) rechtlichen Vorschriften beachtet.⁵⁷⁶

375

Als erste persönliche Voraussetzung sieht Art. 7b Abs. 1 lit. a ATSV vor, dass die gesuchstellende Person einen Strafregisterauszug gemäss Art. 371 StGB einreichen muss. In diesem Auszug darf kein Delikt aufgeführt sein, das einen Bezug

376

⁵⁷² Vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 5; zum Inhalt des Observationsauftrags siehe BSV, Observationsweisung, Rz. 2011 ff., insb. Rz. 2016.

⁵⁷³ BSV, Ausführungsbestimmungen 2018, 5.

⁵⁷⁴ Zum Observationsmanagement vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 2017 ff.

⁵⁷⁵ Vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 5.

⁵⁷⁶ Ibid.; BSV, Leitfaden zum Bewilligungsverfahren, 4.

zur bewilligungspflichtigen Tätigkeit erkennen lässt.⁵⁷⁷ Die gesuchstellende Person muss zudem eine Erklärung über sämtliche hängigen Strafverfahren und über alle Zivilverfahren wegen Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 28 ff. ZGB beilegen (Art. 7b Abs. 1 lit. b ATSV), in welche sie innert der letzten zehn Jahre verwickelt war oder aktuell verwickelt ist. Schliesslich muss die gesuchstellende Person einen Betreibungsregisterauszug einreichen, in welchem bestätigt wird, dass gegen sie keine Verlustscheine bestehen (Art. 7b Abs. 1 lit. c ATSV).

2.2. Fachliche Voraussetzungen

³⁷⁷ In fachlicher Hinsicht verlangt Art. 7b Abs. 1 lit. d ATSV, dass die gesuchstellende Person über die für die rechtskonforme Durchführung der Observation erforderlichen Rechtskenntnisse verfügt. Diese umfassen ein weit gefasstes Spektrum von Rechtsgebieten und sind im Anhang I des Leitfadens zum Bewilligungsverfahren aufgeführt.⁵⁷⁸

³⁷⁸ Des Weiteren muss die gesuchstellende Person eine Observationsausbildung oder -weiterbildung absolviert haben, die nicht mehr als zehn Jahre zurückliegt. Wurde die Observationsausbildung vor mehr als zehn Jahren absolviert, muss sie zudem belegen, dass sie sich auf diesem Gebiet weitergebildet hat (Art. 7b Abs. 1 lit. e ATSV). Die Aus- oder Weiterbildung kann entweder im Rahmen einer spezifischen polizeilichen Observationsausbildung bzw. -weiterbildung oder durch den Besuch einer gleichwertigen Observationsausbildung bzw. -weiterbildung in einer privaten Ausbildungsstätte (Detektivschule) erfolgen.⁵⁷⁹ Die dabei erlangten Kompetenzen müssen mindestens dem Umfang des in Anhang II des Leitfadens zum Bewilligungsverfahren beschriebenen Inhalts entsprechen. Dazu gehören die Anwendung von fachlichen und rechtlichen Kompetenzen, die Planung (methodisches Vorgehen, Vorabklärungen

⁵⁷⁷ Einen Bezug zur Tätigkeit haben beispielsweise Verletzungen der Verkehrsregeln i.S.v. Art. 90 Abs. 2 bis 4 SVG (SR 741.01) sowie Urkundenfälschungen nach Art. 251 StGB, vgl. hierzu Leitfaden zum Bewilligungsverfahren, 4, mit weiteren Beispielen.

⁵⁷⁸ Dazu zählen Verfassungsrecht und Staatsrecht, BV und Grundrechte, verfassungs- und zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz, Datenschutzrecht, Grundlagen Sozialversicherungsrecht, Observationsbestimmungen ATSG und ATSV, Strafgesetzbuch, Strafprozessordnung, Auftragsrecht, vgl. BSV, Leitfaden zum Bewilligungsverfahren, 14 f.

⁵⁷⁹ Vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 5.

etc.), die Umsetzung (konkrete Vorgehensweise) und die Dokumentation (Verwaltung und Aufbewahrung des Observationsmaterials, Rapportierung der erfolgten Überwachung) einer Observation.⁵⁸⁰

Schliesslich muss die gesuchstellende Person innerhalb der letzten fünf Jahre genügend Berufserfahrung als Detektiv im Bereich der Personenüberwachung erworben haben (vgl. Art. 7c ATSV). Hierfür muss sie dem BSV einen Lebenslauf mit Angaben über die bisherige berufliche Tätigkeit sowie die entsprechenden Arbeitszeugnisse oder Auftragsnachweise einreichen.⁵⁸¹

379

3. Gültigkeitsdauer und Wirkung der Bewilligung

Gemäss Art. 7d Abs. 1 ATSV wird die Bewilligung vom BSV für fünf Jahre erteilt.⁵⁸² Die Befristung der Bewilligung ist damit zu begründen, dass sich die persönlichen Umstände der gesuchstellenden Personen jederzeit ändern können. Aber auch die massgebenden rechtlichen Grundlagen, allen voran die Rechtsprechung, sowie die Observationstechnik unterliegen einer ständigen Weiterentwicklung. Eine befristete Bewilligung stellt daher sicher, dass die fachlichen Bewilligungsvoraussetzungen, insbesondere die Aus- und Weiterbildungen des Gesuchstellers, in regelmässigen Abständen vom BSV überprüft werden. Zudem kann das BSV seinerseits durch die Befristung der Bewilligung die erforderlichen inhaltlichen Anforderungen der Aus- und Weiterbildung kontinuierlich anpassen. Damit soll eine mindestens gleichbleibende Qualität der Anforderungen an die zugelassenen Spezialisten gewährleistet werden.⁵⁸³

380

Bei erteilter Bewilligung sieht Art. 7d Abs. 2 ATSV verschiedene Wirkungen der Bewilligung vor, die vom Gesuchsteller nach deren Erhalt zu beachten sind. Sie

381

⁵⁸⁰ Vgl. BSV, Leitfaden zum Bewilligungsverfahren, 16 ff. (Anhang II).

⁵⁸¹ Vgl. Art. 7c lit. a ATSV, wobei die Berufserfahrung nicht nur in der Tätigkeit für Sozialversicherungen, sondern auch für Privatversicherungen, Sozialämter, die Polizei, private Auftraggeber sowie durch Praktika erworben worden sein kann, vgl. BSV, Leitfaden zum Bewilligungsverfahren, 7 f.; BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 5 f.

⁵⁸² Ein Gesuch um Erneuerung der Bewilligung kann frühestens sechs Monate vor Ablauf der fünfjährigen Gültigkeitsdauer der Bewilligung beim BSV eingereicht werden, was auch zu empfehlen ist, damit die Bewilligung ohne Unterbruch erneuert werden kann, vgl. BSV, Leitfaden zum Bewilligungsverfahren, 10.

⁵⁸³ Vgl. BSV, Leitfaden zum Bewilligungsverfahren, 9; BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 7.

darf nicht in der Berufsbezeichnung genannt werden und verleiht keinen geschützten Berufstitel. Ebenso wenig darf sie zu Werbezwecken verwendet werden.⁵⁸⁴

4. Meldung wesentlicher Änderungen

- 382 Art. 7e Abs. 1 ATSV sieht zwei Meldepflichten vor, an die sich die Inhaber einer Bewilligung zwingend zu halten haben. Einerseits sind sie verpflichtet, dem BSV unverzüglich jede wesentliche Änderung in den für die Bewilligungserteilung massgebenden Verhältnissen zu melden (lit. a). So hat der Bewilligungsinhaber dem BSV etwa unverzüglich mitzuteilen, wenn gegen ihn ein Betreibungsverfahren eingeleitet wurde, welches möglicherweise einen Eintrag im Betreibungsregister zur Folge haben könnte.⁵⁸⁵
- 383 Andererseits muss dem BSV insbesondere auch gemeldet werden, wenn gegen den Bewilligungsinhaber ein Straf- oder Zivilverfahren wegen einer Persönlichkeitsverletzung nach den Art. 28 ff. ZGB eingeleitet wird, das einen Bezug zur bewilligungspflichtigen Tätigkeit erkennen lässt und die Gewähr für eine einwandfreie Ausübung dieser Tätigkeit und den guten Ruf beeinträchtigen kann (Art. 7e Abs. 1 lit. b ATSV).
- 384 Diese Bestimmung hat einen direkten Bezug zu der in Art. 7b Abs. 1 lit. b ATSV (Erklärung betreffend hängige und abgeschlossene Straf- oder Zivilverfahren) genannten Voraussetzung zur Erteilung einer Bewilligung. Für den Gesetzgeber handelt es sich dabei nämlich um eine gewichtige Bewilligungsvoraussetzung.⁵⁸⁶ Damit wird sichergestellt, dass für die Durchführung von Observatio-nen keine Spezialisten eingesetzt werden, welche sich in einem Straf- oder Zivilverfahren etwas haben zuschulden kommen lassen.

⁵⁸⁴ Dabei handelt es sich jedoch nicht um ein generelles Werbeverbot. Diese Regelung verbietet dem Bewilligungsinhaber lediglich, bei der Werbung für die von ihm angebotenen bewilligungspflichtigen Tätigkeiten auf die Bewilligung hinzuweisen, vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 7; BSV, Leitfaden zum Bewilligungsverfahren, 9, m.w.H. zu den Werbeverböten.

⁵⁸⁵ Bei Missachtung der Meldepflicht riskiert der Inhaber einen Bewilligungsentzug, vgl. Art. 7e Abs. 2 lit. b ATSV.

⁵⁸⁶ Auf Art. 7e Abs. 1 lit. b ATSV hätte auch gänzlich verzichtet werden können. In Fällen, in denen gegen die Bewilligungsinhaber ein Straf- bzw. Zivilverfahren wegen Persönlichkeitsverletzung hängig ist, hätte dem BSV lediglich eine wesentliche Änderung gemäss Art. 7e Abs. 1 lit. a ATSV gemeldet werden können.

Erfolgt die Änderung in den massgebenden Verhältnissen i.S.v. Art. 7e ATSV im Rahmen einer laufenden Personenüberwachung, so hat der zuständige Spezialist nicht nur das BSV, sondern auch den Versicherungsträger hierüber zu informieren.⁵⁸⁷ Dadurch kann der Sozialversicherer sofort reagieren, wenn dem mit der Überwachung betrauten Spezialisten die Bewilligung entzogen wird. Im Idealfall kann der Sozialversicherer einen anderen Bewilligungsinhaber beauftragen und so die Observation, trotz Wechsels des sich im Einsatz befindenden Spezialisten, ohne Unterbruch weiterführen lassen.

385

5. Entzug der Bewilligung

Gestützt auf Art. 7e Abs. 2 lit. a ATSV wird die Bewilligung entzogen, wenn eine der (Bewilligungs-)Voraussetzungen nach Art. 7b Abs. 1 ATSV nicht mehr erfüllt ist. Während die persönlichen Voraussetzungen jederzeit erfüllt sein müssen, ist bezüglich der fachlichen Voraussetzungen der Zeitpunkt, in welchem das Gesuch eingereicht wurde, entscheidend für die Beurteilung, ob die Voraussetzungen erfüllt sind oder nicht.⁵⁸⁸

386

Zudem wird die Bewilligung entzogen, wenn die Meldepflicht nach Art. 7e Abs. 1 ATSV verletzt wird (Art. 7e Abs. 2 lit. b ATSV). Denkbar sind in diesem Zusammenhang etwa Fälle, in denen der Bewilligungsinhaber in der Befürchtung darum, dass ihm die Bewilligung vom BSV entzogen würde, Tatsachen verschweigt, welche im Nachhinein dennoch zum Vorschein kommen, wie etwa neu hinzutretende Verlustscheine nach Bewilligungserteilung. Obschon das BSV – unter Beachtung der Verhältnismässigkeit – die Bewilligung bei entsprechender Mitteilung des Inhabers möglicherweise nicht entzogen hätte, liegt bei einer Missachtung der Meldepflicht ein klarer Entzugsgrund vor.

387

Des Weiteren entzieht das BSV die Bewilligung auch dann, wenn nachträglich Tatsachen festgestellt werden, aufgrund derer die Erteilung der Bewilligung hätte verweigert werden müssen, insbesondere weil die Erklärung der gesuchstellenden Person über hängige und abgeschlossene Straf- und Zivilverfahren wahrheitswidrig war (Art. 7e Abs. 2 lit. c ATSV). Vorstellbar sind aber auch Fälle, in denen die gesuchstellende Person dem BSV einen Lebenslauf mit falschen Angaben über die bisherige berufliche Tätigkeit bzw. über die bisher gesammelte Berufserfahrung einreicht.⁵⁸⁹

388

⁵⁸⁷ Vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 7; BSV, Leitfaden zum Bewilligungsverfahren, 9.

⁵⁸⁸ Ibid.

⁵⁸⁹ Vgl. Art. 7c lit. a ATSV.

- 389 In Art. 7e Abs. 3 ATSV werden zwei weitere Gründe für den Entzug der Bewilligung genannt. Im Gegensatz zu Art. 7e Abs. 2 ATSV kommt dem BSV insofern ein grösserer Ermessensspielraum zu, als bei der Beurteilung eines möglichen Bewilligungsentzugs auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten ist.⁵⁹⁰ So sieht Art. 7e Abs. 3 ATSV vor, dass das BSV die Bewilligung entziehen kann, wenn gegen das Werbeverbot nach Art. 7d Abs. 2 ATSV verstossen wurde (lit. a) oder wenn der Bewilligungsinhaber eine Observation nicht rechtmässig durchgeführt hat (lit. b). Letzteres ist etwa dann anzunehmen, wenn sich bei der Auswertung der Observationsergebnisse herausstellt, dass der beauftragte Spezialist die Observation unter Missachtung der zulässigen Mittel (Art. 43a Abs. 1 ATSG) oder an einem nicht zulässigen Ort (Art. 43a Abs. 4 ATSG) durchgeführt hat. Eine nicht rechtmässig durchgeführte Observation liegt m.E. ebenso vor, wenn der mit der Überwachungstätigkeit betraute Spezialist die effektive Observationsdauer leichtfertig überstrapazierte, indem er z.B. die versicherte Person bis spät in die Nacht hinein observiert.⁵⁹¹
- 390 Bei Vorliegen eines Verdachts, der einen möglichen Entzug der Bewilligung zur Folge hätte, kann das BSV jederzeit aktuelle Nachweise oder Belege vom Bewilligungsinhaber verlangen. Ferner steht es dem BSV frei, Auskünfte beim auftraggebenden Versicherungsträger einzuholen.⁵⁹²

6. Kosten des Bewilligungsverfahrens

- 391 Gemäss Art. 7f Abs. 1 ATSV erhebt das BSV für das Bewilligungsverfahren, welches mit dem Erlass der Verfügung abgeschlossen wird, eine Gebühr von 700 Franken pro Gesuch.⁵⁹³ Dabei handelt es sich um einen Pauschalbetrag, welcher den durch das Bewilligungsverfahren entstehenden finanziellen Mehraufwand des BSV decken soll. Mit der kostendeckenden Gebührenerhebung soll daher eine verursachergerechte Finanzierung sichergestellt werden.⁵⁹⁴

⁵⁹⁰ BSV, Leitfaden zum Bewilligungsverfahren, 9; BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 7.

⁵⁹¹ In diesem Fall wären die Observationsergebnisse denn auch unverwertbar, vgl. dazu hinsichtlich [Rz. 417 ff.](#)

⁵⁹² Vgl. BSV, Leitfaden zum Bewilligungsverfahren, 9; BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 7.

⁵⁹³ Die Kosten werden auch bei einer Erneuerung der Bewilligung, d.h. nach Ablauf der fünfjährigen Gültigkeitsdauer, vom BSV zu erheben sein, da hierfür ebenfalls eine Verfügung erlassen wird.

⁵⁹⁴ BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 4, 7; vgl. BSV, Leitfaden zum Bewilligungsverfahren, 10.

7. Verzeichnis der Bewilligungsinhaber

Schliesslich hält Art. 7g ATSV fest, dass das BSV ein Verzeichnis der Bewilligungsinhaber zu führen hat. Dieses Verzeichnis ist derzeit nicht öffentlich zugänglich, obschon noch zu Beginn des Vernehmlassungsverfahrens ein öffentlich einsehbares Verzeichnis vorgesehen war.⁵⁹⁵ Die Herausgabe des Verzeichnisses erfolgt im Rahmen von Amtshilfeanfragen⁵⁹⁶ von Sozialversicherern, damit diese unabhängig überprüfen können, wer über eine Bewilligung verfügt und wem sie demnach einen Observationsauftrag erteilen können.⁵⁹⁷

392

8. Fehlende staatliche Reglementierung

In der Lehre richtet sich die Kritik bezüglich der Anforderungen an die Spezialisten, die mit einer Observation beauftragt werden, in erster Linie darauf, dass es keine staatlich reglementierte Ausbildung für Privatdetektive gibt.⁵⁹⁸ Die Bezeichnung Privatdetektiv ist in der Schweiz weder eine geschützte Berufsbezeichnung, noch existieren einheitliche theoretische oder praktische Ausbildungsvorschriften,⁵⁹⁹ welche zur Ausübung dieser Tätigkeit befähigen.⁶⁰⁰

393

Dies hat zur Folge, dass sämtliche Absolventen einer privaten Detektivschule die Berufsbezeichnung Privatdetektiv verwenden dürfen. Dasselbe gilt für Absolventen einer im Ausland besuchten Ausbildung zum Privatdetektiv, welche sich in der Schweiz mangels eines reglementierten Anerkennungsverfahrens im Bereich der Privatdetektei selbst zu Detektiven ernennen können.

394

M.E. scheinen die in Art. 7b Abs. 1 ATSV verankerten Bewilligungsvoraussetzungen zur Prüfung der Geeignetheit und Fähigkeit der gesuchstellenden Person ausreichend detailliert zu sein. Betrachtet man die einzelnen Voraussetzungen, so ergibt sich eine umfangreiche Regelung, insbesondere in Bezug auf die erforderlichen fachlichen Kompetenzen. Wie die konkrete Umsetzung in

395

⁵⁹⁵ BSV, Ausführungsbestimmungen 2018, 5.

⁵⁹⁶ Vgl. Art. 32 Abs. 1 ATSG.

⁵⁹⁷ BSV, Leitfaden zum Bewilligungsverfahren, 10.

⁵⁹⁸ So etwa DUPONT, 6; KIESER, ATSG, Art. 43a N 68; sowie BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 92.

⁵⁹⁹ Mit Ausnahme des eidgenössisch anerkannten Polizeidiploms, vgl. hierzu BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 5.

⁶⁰⁰ Vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen 2018, 4.

der Praxis sein wird, hängt letztlich auch davon ab, welche inhaltlichen Anforderungen an die Kurse gestellt werden und wie konsequent das BSV die einzelnen Voraussetzungen überprüft.

396 Nichtsdestotrotz wäre – zumindest für die Erteilung der ersten Observationsbewilligung – eine staatliche Prüfung wünschenswert gewesen, dies insbesondere, um feststellen zu können, ob die gesuchstellende Person die für die rechtskonforme Durchführung der Observation erforderlichen Rechtskenntnisse in einer geeigneten Aus- oder Weiterbildung erworben hat (vgl. Art. 7b Abs. 1 lit. d ATSV). Letztlich hängt es nämlich von den Rechtskenntnissen des mit der Observation beauftragten Spezialisten ab, ob jemand eine unprofessionelle, schlimmstenfalls sogar grundrechtsverletzende, Observation über sich ergehen lassen muss.

397 Immerhin hat das BSV mit dem Leitfaden zum Bewilligungsverfahren bezüglich der Anforderungen an die Observationsspezialisten und der Anleitung zur Einreichung von Bewilligungsgesuchen⁶⁰¹ ein detailliertes Regelwerk veröffentlicht, welches in der Praxis für mehr Klarheit sorgen wird.

398 In diesem Kontext ist ebenso das vom BSV veröffentlichte Merkblatt für Anbieter von Kursen zu nennen. Darin sind einerseits die konkreten Anforderungen der erforderlichen Rechtskenntnisse geregelt, welche die gesuchstellende Person nachzuweisen hat⁶⁰² (Art. 7b Abs. 1 lit. d ATSV), sowie andererseits der notwendige Kursinhalt der polizeilichen oder gleichwertigen Aus- oder Weiterbildung, welche sie in den letzten zehn Jahren erfolgreich absolviert haben soll⁶⁰³ (Art. 7b Abs. 1 lit. e ATSV). Im genannten Merkblatt ist auch das Verfahren für die Kursanerkennung durch das BSV geregelt.⁶⁰⁴

9. Zwischenfazit

399 Gemäss der Rechtsprechung des EGMR hat die nationale Observationsnorm nicht nur die Behörden zu nennen, welche berechtigt sind, Observationen anzutreten und durchzuführen, sondern auch diejenigen, welche die anordnende und durchführende Behörde beaufsichtigen.⁶⁰⁵

⁶⁰¹ BSV, Leitfaden zum Bewilligungsverfahren, 3 ff.

⁶⁰² BSV, Merkblatt, 3 f.

⁶⁰³ Ibid., 4 f.

⁶⁰⁴ Ibid., 5 f.

⁶⁰⁵ Vgl. dazu vorne [Rz. 142 ff.](#)

Die Anordnung einer einfachen Observation mittels Bild- und Tonaufzeichnungen obliegt dem Versicherungsträger selbst (bzw. einer beim Versicherungsträger angestellten Person mit Direktionsfunktion, vgl. Art. 43a Abs. 2 ATSG). Die Observation mittels technischer Instrumente zur Standortbestimmung untersteht dem Richtervorbehalt (Art. 43a Abs. 3 ATSG) und benötigt damit eine richterliche Genehmigung (Art. 43b ATSG). Damit sind – wie zuvor bereits festgestellt – die Behörden bzw. die Personen, welche zur Anordnung einer Observation legitimiert sind, hinreichend bestimmt worden.⁶⁰⁶

400

Mit Art. 43a Abs. 6 Satz 1 ATSG nennt das Gesetz ebenso die zur Durchführung der Observation berechtigten Personen, nämlich die externen Spezialisten. Zur Observation zugelassen werden können auch interne Spezialisten, die in der Bestimmung allerdings nicht explizit erwähnt werden.⁶⁰⁷

401

Mit der Regelung in Art. 43a Abs. 9 lit. c ATSG i.V.m. Art. 7a bis 7g ATSV wird die zuständige Behörde bestimmt, welche die Eignung der mit der Durchführung von Observationen zu betrauenden Personen überprüft, nämlich das BSV. Damit wird sichergestellt, dass eine externe Stelle die Aufsicht über die mit der Observation betrauten Spezialisten innehat. Dem BSV kommt in dieser Hinsicht eine Kontrollfunktion zu, denn es entscheidet letztlich darüber, welche Personen über die notwendigen Kenntnisse verfügen für die sachgerechte und rechtskonforme Durchführung von Observationen.

402

Jedoch hat es der Gesetzgeber versäumt, eine weitere Behörde zu bestimmen bzw. dem BSV weiterreichende Befugnisse zuzusprechen, damit diese bzw. dieses den Versicherungsträger als anordnende Behörde nach Art. 43a Abs. 2 ATSG beaufsichtigen kann. Denkbar wäre in diesem Kontext etwa eine nachträgliche Offenlegungspflicht gegenüber der beaufsichtigenden Behörde (bzw. dem BSV) oder ein genereller Richtervorbehalt für sämtliche Observationen. Dadurch wäre die erforderliche Beaufsichtigung vorab durch eine richterliche Prüfung gewährleistet. Die Beaufsichtigung des Versicherungsträgers durch die zuständige Behörde liesse sich aber auch mittels Stichprobenkontrollen umsetzen.

403

⁶⁰⁶ Siehe dazu vorne [Rz. 222 ff.](#) und [Rz. 238 ff.](#)

⁶⁰⁷ Vgl. dazu vorne [Rz. 300](#).

Kapitel 12: Observationen im Ausland

Die Anforderungen, welche der EGMR an eine genügend bestimmte Gesetzesgrundlage für die Überwachungstätigkeit stellte, bezogen sich auf eine nationale Observationsnorm.⁶⁰⁸ Im Fall *Vukota-Bojić* hatten die Strassburger Richter denn auch über eine Observation zu urteilen, welche auf Schweizer Territorium durchgeführt worden war. 404

Grundsätzlich dürfen in der Schweiz ansässige Sozialversicherungsträger nur Observationen auf schweizerischem Staatsgebiet anordnen. Eine allfällige kantonale Bewilligung für die Überwachungstätigkeit wie auch die vom BSV erteilte Bewilligung gelten nur für Observationen im Inland.⁶⁰⁹ 405

Im Ausland kann prinzipiell nur dann auf das Mittel der Observation zur Bekämpfung von Versicherungsmissbrauch zurückgegriffen werden, wenn dies im entsprechenden Sozialversicherungsabkommen zwischen der Schweiz und dem Vertragsstaat explizit vorgesehen ist. Das Vorgehen richtet sich in derartigen Fällen nach dem Staatsabkommen.⁶¹⁰ 406

Im FZA⁶¹¹ und im EFTA-Übereinkommen⁶¹² ist die Observationstätigkeit nicht geregelt, weswegen auf dem Territorium von EU- und EFTA-Staaten keine verdeckten Überwachungen stattfinden dürfen. Bis zum heutigen Zeitpunkt existiert in insgesamt fünf Sozialversicherungsabkommen zwischen der Schweiz und einem Vertragsstaat eine Regelung zur Verhinderung von unrechtmässigen Leistungsbezug, d.h. zur Bekämpfung von Versicherungsmissbrauch.⁶¹³ 407

In diesen BVM-Klauseln ist geregelt, unter welchen Voraussetzungen die Überwachungstätigkeit im jeweiligen Vertragsstaat zugelassen ist. Dabei hat der Versicherungsträger insbesondere darauf zu achten, welche Rechtsvor- 408

⁶⁰⁸ Urteil des EGMR *Vukota-Bojić gegen Schweiz* vom 18. Oktober 2016 (Nr. 61838/10); vgl. dazu vorne [Rz. 122 ff.](#)

⁶⁰⁹ BSV, Ausführungsbestimmungen 2019, 5.

⁶¹⁰ Ibid.

⁶¹¹ SR 0.142.112.681.

⁶¹² SR 0.632.31.

⁶¹³ BSV, Observationsweisung, Rz. 2022.

schriften für die Überwachungstätigkeit anwendbar sind. Das Observationsbegehr hat dabei über die zuständige Behörde oder die zuständige Verbindungsstelle⁶¹⁴ zu erfolgen.⁶¹⁵

- 409 Auf dem Territorium der Vertragsstaaten Brasilien⁶¹⁶, Serbien⁶¹⁷, Montenegro⁶¹⁸ und Uruguay⁶¹⁹ sind Observationen in den Bereichen AHV, IV und UV zulässig. Die BVM-Klausel im Sozialversicherungsabkommen mit den Vertragsstaaten Kosovo⁶²⁰ und Bosnien und Herzegowina⁶²¹ beschränkt sich hingegen auf den Bereich der AHV und der IV.⁶²²

⁶¹⁴ Die zuständige Verbindungsstelle in der Schweiz für den Bereich der AHV und der IV ist die Schweizerische Ausgleichskasse (SAK) in Genf. Teilweise wird auch an die zuständige schweizerische Behörde – und damit an das BSV – angeknüpft.

⁶¹⁵ Vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 2022.

⁶¹⁶ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Föderativen Republik Brasilien über soziale Sicherheit vom 3. April 2014 sowie dessen BVM-Klausel in Art. 24.

⁶¹⁷ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Serbien über soziale Sicherheit vom 11. Oktober 2010 sowie dessen BVM-Klausel in Art. 27.

⁶¹⁸ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Montenegro über soziale Sicherheit vom 7. Oktober 2010 sowie dessen BVM-Klausel in Art. 28.

⁶¹⁹ Siehe Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Östlich des Uruguay über soziale Sicherheit vom 11. April 2013 sowie dessen BVM-Klausel in Art. 25.

⁶²⁰ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Kosovo über soziale Sicherheit vom 8. Juni 2018 sowie dessen BVM-Klausel in Art. 23.

⁶²¹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Bosnien und Herzegowina über soziale Sicherheit vom 1. Oktober 2018 sowie dessen BVM-Klausel in Art. 31.

⁶²² Vgl. zum Ganzen ebenso BSV, Observationsweisung, Rz. 2022, sowie deren Anhang 2 (Sozialversicherungsabkommen mit Bestimmungen zur Missbrauchsbekämpfung).

Kapitel 13: Verwertbarkeit von Observationsergebnissen

I. Rechtmässig erlangte Observationsergebnisse

Rechtmässig erlangte Observationsergebnisse gelten grundsätzlich als Belege, die im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren zuzulassen und entsprechend auch verwertbar sind.⁶²³ Jegliches Observationsmaterial, welches nicht nach den gesetzlichen Vorgaben von Art. 43a und Art. 43b ATSG erhoben wurde, darf hingegen nicht verwertet werden.⁶²⁴

Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts darf der Versicherungsträger die Anspruchsprüfung der Versicherungsleistungen nicht nur basierend auf dem durch die Überwachungstätigkeit zusammengetragenen Material beurteilen. Das Observationsmaterial bildet nämlich keine genügende Basis zur Beurteilung des Gesundheitszustands und der Arbeitsfähigkeit der versicherten Person. Aus den erhobenen Aufzeichnungen und dem Observationsbericht können sich höchstens Anhaltspunkte ergeben, woraus Schlüsse auf den konkreten Gesundheitszustand oder die Arbeitsfähigkeit gezogen werden können. Erst die Beurteilung des Observationsmaterials durch eine medizinische Fachperson vermag den Sachverhalt abschliessend zu beurteilen.⁶²⁵ Rechtmässig erhobenes Observationsmaterial erlangt demnach erst nach einer ärztlichen Einschätzung die volle Verwertbarkeit für das weitere sozialversicherungsrechtliche Verfahren.⁶²⁶

410

411

⁶²³ MEIER/STAEGER, Rz. 36, 38, m.w.H.; AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Rz. 77. Zur Verwertbarkeit von Observationsergebnissen im Zivilprozess vgl. SCHMID, 223 ff.

⁶²⁴ Vgl. BSV, Observationsweisung, Rz. 3001.

⁶²⁵ Beispielsweise die Urteile 9C_343/2012 vom 11. Oktober 2012 E. 4.1.1; 8C_272/2011 vom 11. November 2011 E. 7.1 mit Hinweisen.

⁶²⁶ Vgl. BGE 137 I 327 E. 7.1; vgl. auch BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 94.

II. Rechtswidrig erlangte Observationsergebnisse

- 412 Das öffentliche Prozessrecht enthält keine Regelung zur Verwertbarkeit von rechtswidrig erhobenen Beweismitteln, weswegen diese Thematik in Lehre und Rechtsprechung schon seit geraumer Zeit kontrovers diskutiert wird.⁶²⁷
- 413 Auf ein klares Verwertungsverbot in der neuen gesetzlichen Grundlage hat der Gesetzgeber verzichtet, obschon ein entsprechender Minderheitsantrag in der Nationalratsdebatte der Frühjahrssession 2018 ein solches Beweismittelverbot explizit vorsah.⁶²⁸ In den Ratsdebatten wurde allerdings nicht näher darauf eingegangen. In der darauffolgenden Abstimmung ist das vorgeschlagene Beweismittelverbot von den Ratsmitgliedern schliesslich deutlich abgelehnt worden.⁶²⁹ Der Gesetzgeber hielt es nicht für nötig, dem Minderheitsantrag zu folgen. Dies ist wohl dem Umstand geschuldet, dass ein klares Verwertungsverbot im Urteil des EGMR nicht thematisiert wurde und somit keine Mindestanforderung an eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage bildete.⁶³⁰
- 414 Mit der Problematik der widerrechtlich erlangten Observationsergebnisse hat sich das Bundesgericht eingehend im Leitentscheid BGE 143 I 377 auseinandergesetzt. Obwohl das öffentliche Prozessrecht keine explizite Norm zur Verwertung rechtswidrig erhobener Beweismittel enthält, erklärte das Bundesgericht das Beweismaterial für zulässig, welches im Rahmen einer unrechtmässig angeordneten Observation erhoben worden war. Dabei bediente sich das Bundesgericht einer Interessenabwägung: Wenn das öffentliche Interesse an der Verhinderung eines unrechtmässigen Leistungsbezugs das private Interesse des Grundrechtsschutzes überwiege, könne das rechtswidrig erlangte Observationsmaterial im weiteren Verfahren verwendet werden.⁶³¹

⁶²⁷ Statt vieler: TEICHMANN/WEISS, *Verwertbarkeit*, 137, 151, m.w.H. zu Lehre und Rechtsprechung; vgl. zur Verwertbarkeit (rechtswidrig erlangter) Observationsergebnisse in den unterschiedlichen Rechtsgebieten (Zivil-, Straf- und Verwaltungsverfahren) HIRSCH, Rz. 7 ff.; sowie GÄCHTER/MEIER, *Observation*, Rz. 80 ff.

⁶²⁸ Vgl. AB N 2018 362 f.

⁶²⁹ Siehe AB N 2018 371.

⁶³⁰ Kern des EGMR-Urteils bildete die fehlende gesetzliche Grundlage für die Anordnung einer Observation und nicht die Verwendung widerrechtlich erlangter Observationsergebnisse trotz fehlender gesetzlicher Grundlage, vgl. dazu vorne [Rz. 137 ff.](#)

⁶³¹ Vgl. BGE 143 I 377 E. 5.1.1; vgl. zum Ganzen auch TEICHMANN/WEISS, *Verwertbarkeit*, 137, 151; HIRSCH, Rz. 11 ff.; DUPONT, 2 f.

Dabei erachtet das Bundesgericht Observationen dann als zulässig, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:⁶³²

- Die Observation wurde nicht durch äussere Faktoren beeinflusst und fand im öffentlichen Raum statt;
- die Überwachung wurde aufgrund ausgewiesener Zweifel über den geltend gemachten Gesundheitszustand der Zielperson eingeleitet;
- die Zielperson war zu keiner Zeit einer systematischen oder ständigen Überwachung (im Sinne einer rechtswidrigen Dauerkontrolle) ausgesetzt.

Bei Vorliegen der obgenannten Voraussetzungen stuft das Bundesgericht den Eingriff in die grundrechtliche Position der versicherten Person als gering ein. Letztlich überwiegt das erhebliche und gewichtige öffentliche Interesse an der Verhinderung des Versicherungsmissbrauchs die (durch den Grundrechtsein-griff) verletzten privaten Interessen der versicherten Person. Infolgedessen könne das rechtswidrig erhobene Beweismaterial in die Beweiswürdigung mit-einbezogen werden.⁶³³

Aufgrund der nunmehr vorhandenen Vorgaben in den Art. 43a und 43b ATSG liegt die Vermutung nahe, dass die obgenannte Rechtsprechung künftig keine Anwendung mehr finden wird. Die neue Observationsnorm enthält nämlich eine (wenn auch vage formulierte) Eingrenzung der zulässigen Orte, an denen die versicherte Person observiert werden darf. Observationsmaterial zu verwerten, welches zwar nach BGE 143 I 377 auf öffentlichem Raum erhoben, jedoch unter Missachtung der gesetzlich normierten Schranken in Art. 43a Abs. 4 ATSG i.V.m. Art. 7h ATSV zusammengetragen wurde, ist nunmehr zweifellos als gesetzeswidrig einzustufen.

Ebenso wenig dürften Observationsresultate, welche unter Missachtung der Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Art. 43a Abs. 1 ATSG erhoben wurden, eine gerichtliche Verwertbarkeit zugesprochen bekommen. Dass die Überwachung aufgrund ausgewiesener Zweifel über den geltend gemachten Gesundheitszu-stand der Zielperson (im Sinne konkreter Anhaltspunkte nach Art. 43a Abs. 1 lit. a ATSG) eingeleitet wurde, reicht für die Anordnung einer Observation nämlich nicht (mehr) aus. Denn damit würde die zweite, kumulativ geltende

415

416

417

418

⁶³² Vgl. BGE 143 I 377 E. 5.1.1 f.; vgl. dazu auch GÄCHTER/MEIER, *Verwertbarkeit*, Rz. 21 ff.

⁶³³ Wobei bei der Interessenabwägung das Bundesgericht ergänzend festhält, dass ein Über-wiegen öffentlicher Interessen bei der Verhinderung von Sozialversicherungsmissbrauch grundsätzlich anzunehmen sei, vgl. BGE 143 I 377 E. 5.1.2.

Voraussetzung für die Anordnung einer Überwachung, nämlich die geforderte Subsidiarität (vgl. Art. 43a Abs. 1 lit. b ATSG), um den Grundsatz der Ultima Ratio zu gewährleisten, komplett ausgeöhlt.

- 419 In der Lehre wird ebenfalls die Meinung vertreten, dass widerrechtlich beschafftes Observationsmaterial nicht in die Beweiswürdigung miteinbezogen werden dürfe. Die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Observationsfähigkeit ergibt nämlich nur dann Sinn, wenn auch geregelt ist, dass bei Missachtung des Gesetzes ein absolutes Verwertungsverbot der erlangten Beweismittel gilt.⁶³⁴

III. Zwischenfazit

- 420 Wie eingangs dargelegt, hat sich der EGMR zur Frage der Verwertbarkeit von rechtswidrig erhobenen Observationsergebnissen nicht geäussert, weswegen der Gesetzgeber wohl auf eine entsprechende Regelung in Art. 43a und Art. 43b ATSG verzichtet hat. Nichtsdestotrotz wäre es wünschenswert gewesen, ein absolutes Verwertungsverbot in die Gesetzesgrundlage zu integrieren, insbesondere wenn man bedenkt, dass ein entsprechender Minderheitsantrag bereits vorgelegen hatte und ein Lösungsvorschlag daher bereits unterbreitet war.
- 421 Mit dem Verzicht, ein Verwertungsverbot von widerrechtlich erlangten Beweismitteln in die Gesetzesgrundlage aufzunehmen, geht die Gefahr einher, dass eine neue Rechtspraxis geschaffen wird, um dem unantastbaren öffentlichen Interesse an der Verhinderung des Versicherungsmisbrauchs gerecht zu werden.

⁶³⁴ BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 101; sowie Art. 43b N 26.

Teil 3: Gesetzesvorschlag de lege ferenda

Kapitel 1: Gedanken zum geltenden Recht

I. Notwendigkeit eines formellen Gesetzes

Jede durch einen Versicherungsträger veranlasste Observation führt zwangsläufig zu einem Eingriff in die grundrechtlich geschützte Privatsphäre der betroffenen Person. Je nachdem, welche Observationsmodalitäten (wie etwa eingesetzte Mittel, Anzahl Spezialisten im Einsatz, Ort und Dauer der Überwachung) konkret vorgesehen sind, kann das Ausmass des Grundrechtseingriffs unterschiedlich gross sein. Aus diesem Grund ist es unerlässlich, dass sich die Überwachungstätigkeit als staatliche Handlung auf eine hinreichend bestimmte Gesetzesgrundlage abstützt – mithin ein formelles Gesetz. In dieser Hinsicht sind die neuen Vorgaben zur Observation im ATSG und in der ATSV zweifelsfrei zu begrüßen.

422

II. Unattraktive Abklärungsmassnahme

Wie aus der vorliegenden Untersuchung hervorgeht, weisen die geltenden Bestimmungen zur Observationstätigkeit nichtsdestotrotz einige Defizite auf, welche primär auf die in Art. 43a ATSG enthaltenen vagen Gesetzesformulierungen zurückzuführen sind.

423

Die vielen unbestimmten Rechtsbegriffe – allen voran diejenigen in Art. 43a Abs. 1 ATSG – haben denn auch zu einem unerwarteten Rückgang der Observationstätigkeit geführt, wie die Fallzahlen seit Inkrafttreten der neuen Bestimmungen am 1. Oktober 2019 zeigen. Wie eingangs dargelegt, dürften auch die politische Debatte anlässlich des Abstimmungskampfes im Jahr 2018 sowie die damit einhergehende mediale Berichterstattung dazu geführt haben, dass die verantwortlichen Personen innerhalb der Versicherungen Observationen nur noch zurückhaltend anordnen. In diesem Zusammenhang sei auch die Angst vor einem möglichen Reputationsschaden zu nennen, insbesondere bei den Unfallversicherern, welche sich in der rückläufigen Tendenz bei den Observationsanordnungen sicherlich auch manifestiert.⁶³⁵

424

Zudem dürfte die Regelung in Art. 7e Abs. 3 lit b ATSV (Bewilligungsentzug bei nicht gesetzeskonformer Durchführung der Observation) ein weiterer Indika-

425

⁶³⁵ Zu den Fallzahlen nach Inkrafttreten der neuen Observationsbestimmungen und den damit zusammenhängenden Gründen vgl. vorne [Rz. 165 ff.](#)

tor dafür sein, weswegen Observationen in der Praxis an Attraktivität verloren haben.⁶³⁶ Die Bestimmungen zu den zulässigen Orten und zur Dauer der Observation sind kaum geeignet, einem Spezialisten im Hinblick auf die Durchführung der Observation einen klaren gesetzlichen Rahmen vorzugeben.

- 426 Der Entscheid darüber, ob sich die Zielperson an einem zulässigen Ort aufhält, liegt letztlich in der Verantwortung des Spezialisten. Dieser ist nach Beginn der Überwachungsaktion ferner in die Pflicht genommen, fortwährend die Verhältnismässigkeit dieser Massnahme zu prüfen, da die Observationsnorm keine detaillierten zeitlichen Angaben enthält. Solange der Spezialist die zulässige Höchstdauer und die maximal zur Verfügung stehenden Observations-tage einhält, setzt ihm das Gesetz in zeitlicher Hinsicht keine weiteren Schranken. Dieser Umstand bedeutet jedoch nicht, dass der Observant die Verfassungsgrundsätze des Verwaltungsrechts, allen voran die Verhältnismässigkeit, ausser Acht lassen kann. An diese Grundsätze ist der mit der Observation betraute Spezialist genauso gebunden wie der Versicherungsträger selbst.⁶³⁷
- 427 Dass der Spezialist bei der Durchführung der Überwachungstätigkeit grundsätzlich auf sich allein gestellt ist, verdeutlicht auch die Observationsweisung. Der Überwachungsauftrag an die Spezialisten muss nämlich weder örtliche noch zeitliche Vorgaben enthalten.⁶³⁸ Auch wenn der Spezialist im Rahmen des Observationsmanagements verpflichtet ist, den Versicherungsträger laufend über das aktuelle Geschehen zu informieren,⁶³⁹ liegt die Verantwortung darüber, ob die Überwachungstätigkeit im Hinblick auf Art. 7e Abs. 3 lit. b ATSV rechtmässig durchgeführt wird, allein beim Spezialisten. Einen Bewilligungs-entzug hat letztlich nur der Spezialist als der Inhaber der Bewilligung zu befürchten, während der Versicherungsträger mit keinen verwaltungsrechtlichen Konsequenzen seitens des BSV rechnen muss.
- 428 Insgesamt betrachtet handelt es sich bei der Observation gemäss Art. 43a und 43b ATSG daher um eine – im Vergleich zu den übrigen im Sozialversiche-rungsrecht zugelassenen Beweismitteln – unattraktive Abklärungsmass-nahme. Dieser Umstand röhrt nicht daher, dass die Observationstätigkeit als Abklärungsmassnahme von den Sozialversicherungsträgern (oder den Spezia-

⁶³⁶ Dazu eingehend vorne [Rz. 389](#).

⁶³⁷ Vgl. dazu vorne [Rz. 113 ff.](#)

⁶³⁸ BSV, Observationsweisung, Rz. 2011 ff.

⁶³⁹ Ibid., Rz. 2017.

listen) als ungeeignet angesehen wird, sondern liegt primär am teilweise sehr vage gehaltenen Gesetzeswortlaut in Bezug auf die Anordnung und Durchführung der Observation.

Ein vermehrtes Zurückgreifen auf diese Abklärungsmassnahme durch die Versicherungsträger wird wohl erst dann zu erwarten sein, wenn sich eine bundesgerichtliche Kasuistik zur geltenden Rechtslage etabliert hat.⁴²⁹

Die Überwachungstätigkeit zur Sachverhaltsermittlung weist überdies einige Besonderheiten auf, welche dazu führen können, dass diese Abklärungsmassnahme als unattraktiv wahrgenommen wird. Dies sind der zufällige Zeitpunkt und Inhalt der Observation, die fehlende Objektivität, die nachgelagerten Mitwirkungsrechte sowie die fehlende Verifizierungsmöglichkeit dieses Beweismittels. Zudem ist das Observationsmaterial im Hinblick auf die Eigenanstrengung der versicherten Person immer kritisch zu hinterfragen.⁶⁴⁰

III. Geforderte Aufgabenteilung

Wie in den vorangehenden Kapiteln aufgezeigt, wurde in den letzten Jahren viel über die neuen Observationsbestimmungen im ATSG und in der ATSV diskutiert.⁶⁴¹ Im überwiegenden Teil der Literatur sind die neuen Observationsbestimmungen auf viel Kritik gestossen, dies insbesondere aufgrund der vielen unbestimmten Rechtsbegriffe in Art. 43a ATSG.⁶⁴² Ein kleiner Teil der Autoren scheint die neue gesetzliche Grundlage jedoch auch expkizit zu begrüssen, allerding ohne dabei einen vertieften Einblick in den Regelungsinhalt der neuen Observationsnorm zu nehmen.⁶⁴³

Nebst der Kritik zu den vielen unbestimmten Rechtsbegriffen in Art. 43a ATSG äussern sich einige Autoren auch kritisch bezüglich der generellen Notwendigkeit der Observation als Abklärungsmassnahme im Sozialversicherungsrecht. Zur Begründung bringen sie vor, dass die Observation in erster Linie ein Abklärungsinstrument der Strafverfolgungsbehörde sei. Die Observationstätigkeit diene der Ermittlung möglicher Straftaten. Im Sozialversicherungs-

⁶⁴⁰ Vgl. dazu vorne Rz. 60 ff.

⁶⁴¹ So etwa CHAPPUIS, 203 f.

⁶⁴² Z.B. DUPOND, 5 ff.; GÄCHTER, Schnell, 216, 218 ff.

⁶⁴³ So etwa WALDENMEYER/KÜHNE/BÄR, 212, 216; BOLT/BRYNER, 209, 211; TEICHMANN/WEISS, Observationen, Rz. 59.

recht seien derartige strafprozessualen Mittel zur Sachverhaltsermittlung hingegen nicht angemessen. Mithin wird insbesondere die Verhältnismässigkeit dieser Abklärungsmassnahme infrage gestellt.

- 433 Die Autoren sprechen sich daher für eine strikte Aufgabentrennung aus: Die Sozialversicherungsträger sind für die Anspruchsprüfung von Versicherungsleistungen zuständig und die Strafuntersuchungsbehörden beschäftigen sich mit der Strafverfolgung, worunter auch die Observationstätigkeit fällt. Würde im Sozialversicherungsrecht trotz der umfangreichen Abklärungen ein Missbrauchsverdacht bestehen, so könnte auf dem Wege einer Strafanzeige die Justiz eingeschaltet werden. Im Gegensatz zu den Sozialversicherern würden die Strafverfolgungsbehörden über die entsprechenden Kompetenzen zur Aufdeckung betrügerischen Verhaltens verfügen und seien auch in einen klaren rechtsstaatlichen Rahmen eingebunden.⁶⁴⁴
- 434 Mit dem am 1. Oktober 2016 in Kraft getretenen Art. 148a StGB (unrechtmässiger Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe) kann nunmehr strafrechtlich belangt werden, wer in betrügerischer Weise Versicherungsleistungen bezieht. Im Gegensatz zum Straftatbestand des Betrugs nach Art. 146 StGB setzt der neue Tatbestand des Sozialversicherungsmisbrauchs keine Arglist voraus. Es genügt, wenn die versicherte Person leistungsrelevante Informationen verschweigt. Zudem handelt es sich bei Art. 148a StGB um ein Offizialdelikt, sodass der Versicherungsträger nach Feststellung des unrechtmässigen Leistungsbezugs zwingend Strafanzeige zu erstatten hat.⁶⁴⁵
- 435 Gegen eine klare Aufgabenteilung bzw. für die Observationstätigkeit im Sozialversicherungsrecht sprechen wohl einzig finanzielle Gründe. Kann der mögliche unrechtmässige Leistungsbezug weder vom Fallführer noch vom BVM-Spezialisten⁶⁴⁶ mittels vertiefter Abklärungen abschliessend beurteilt werden, so ist der Versicherungsträger (vorerst) dazu angehalten, die gesetzlichen Versicherungsleistungen, allen voran Geldleistungen wie Taggelder und Renten, weiterhin zu erbringen. Nach Erstattung der Strafanzeige an die zuständige Strafbehörde müsste der Versicherungsträger die gesetzlich geschuldeten Leistungen so lange erbringen, bis das strafrechtliche Verfahren gegen die versicherte Person rechtsgültig abgeschlossen ist. Liegt die Anordnungskom-

⁶⁴⁴ Vgl. PÄRLI, 120 ff.; ebenso HEUSSER, *Sozialdetektive*, 206 ff.; GÄCHTER, Schnell, 216, 219 f.; STOLKIN, Rz. 18 ff.

⁶⁴⁵ HEUSSER, *Sozialdetektive*, 206, 209; GÄCHTER, Schnell, 216, 219 f.; STOLKIN, Rz. 22 ff.

⁶⁴⁶ In Betracht kommen auch weitere involvierte Hilfspersonen, wie z.B. Case Manager.

petenz sowie die Durchführungsverantwortung der Observationstätigkeit hin-gegen direkt beim Sozialversicherer, so hat dieser jederzeit die Möglichkeit, das belastende Beweismaterial selbst zu beschaffen. In Fällen, in denen die konkreten Anhaltspunkte durch die erfolgte Überwachung bestätigt werden konnten, kann der Versicherungsträger die Versicherungsleistungen ohne lan-ges Zuwartern mittels Verfügung verweigern, aufheben oder kürzen – sofern die Sachlage dies zulässt.⁶⁴⁷

⁶⁴⁷ Nebst einer Verifizierung des Observationsmaterials durch eine medizinische Fachperson (vgl. BGE 137 I 327 E. 7.1) setzt der Erlass einer Verfügung auch voraus, dass der Sachverhalt vollumfänglich abgeklärt wurde. Macht die versicherte Person weitere oder neu auftretende Gesundheitsbeschwerden geltend, so müssen diese zwingend vor Erlass der Endverfügung i.S.v. Art. 43a Abs. 7 ATSG abgeklärt werden. Andernfalls kann sich der Versicherungsträger im nachgelagerten Einspruchsverfahren eine Verletzung der Unter-suchungsmaxime zuschulden kommen lassen.

Kapitel 2: Revisionsbedarf

Art. 43a ATSG zeigt klar auf, dass der Gesetzgeber im Bestreben darum, so rasch wie möglich eine Gesetzesgrundlage für die Überwachungstätigkeit auszuarbeiten, sein eigentliches Ziel aus den Augen verlor, nämlich die Schaffung einer genügend bestimmten Gesetzesgrundlage. Einzig in Bezug auf den Einsatz technischer Instrumente zur Standortbestimmung⁶⁴⁸ (Art. 43a Abs. 3 i.V.m. Art. 43b ATSG) sowie in Bezug auf die Vollzugsregelungen⁶⁴⁹ (Art. 43a Abs. 9 ATSG) scheint der Gesetzgeber präzise Regelungen geschaffen zu haben, welche die Anforderungen des EGMR an eine hinreichende gesetzliche Grundlage vollumfänglich erfüllen.

Alle übrigen Regelungsbereiche in Art. 43a ATSG bedürfen m.E. jedoch einer Revision, da deren Umsetzung im Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR unzureichend erfolgt ist.

Zunächst sind die in Art. 43a Abs. 1 ATSG festgelegten Zulässigkeitsvoraussetzungen ungenügend. Die geforderten konkreten Anhaltspunkte sind nicht weiter definiert und müssen anhand der vorhandenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung eruiert werden (lit. a). Problematisch ist auch die Formulierung in Bezug auf die gesetzlich geforderte Subsidiarität (lit. b). Aufgrund des vagen Wortlauts der unverhältnismässigen Erschwernis werden die Versicherungsträger regelrecht dazu eingeladen, Observationen anzurufen, selbst wenn der massgebende Sachverhalt mit anderen Mitteln festgestellt werden könnte. Im Hinblick auf die vom EGMR geforderte Voraussehbarkeit reicht es nicht aus, dass die Gründe für die Anordnung einer Observation vage formuliert sind. Aus der gesetzlichen Grundlage muss klar und unmissverständlich hervorgehen, unter welchen Voraussetzungen der Versicherungsträger auf ein derart invasives Abklärungsmittel zur Sachverhaltsermittlung zurückgreifen kann.⁶⁵⁰

Ebenfalls ungenügend ist die in Art. 43a Abs. 2 ATSG verankerte Anordnungs-kompetenz. Ob der Versicherungsträger selbst (bzw. eine von ihm bestimmte Person) oder eine externe unabhängige Instanz (z.B. ein Gericht oder ein Bundesamt) über die Anordnung einer Observation zu befinden hat, ist m.E. zweit-rangig. Wichtig ist einzig, dass eine fachlich kompetente Person bestimmt

⁶⁴⁸ Dazu eingehend vorne [Rz. 238 ff.](#)

⁶⁴⁹ Vgl. dazu vorne [Rz. 341 ff.](#)

⁶⁵⁰ Zur Zulässigkeit der Observation vgl. vorne [Rz. 177 ff.](#)

wird, welche die geforderten Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäss Art. 43a Abs. 1 ATSG eigenständig prüfen kann. Die gewählte Formulierung des Gesetzgebers, nämlich eine Person mit Direktionsfunktion, erscheint geradezu fahrlässig, wenn man bedenkt, dass für die korrekte Auslegung der vielen unbestimmten Rechtsbegriffe in Art. 43a Abs. 1 ATSG juristische Kenntnisse unerlässlich sind.⁶⁵¹

440 Problematisch erscheint auch die Regelung in Art. 43a Abs. 4 lit. b ATSG. Es ist nämlich unklar, wann von einem Ort auszugehen ist, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist, auch wenn die nunmehr vorhandene Präzisierung in Art. 7h ATSV eine Auslegungshilfe bietet. Diesbezüglich wäre eine (wenn auch nicht abschliessende) Aufzählung der konkreten Orte hilfreich. Die Bestimmung der Örtlichkeiten, an welchen die versicherte Person observiert werden darf, muss aus der Überwachungsnorm zwingend ersichtlich sein. Nur so kann dem Erfordernis der Voraussehbarkeit entsprochen werden. Je präziser die Orte für die Durchführung von Observationen festgelegt werden, umso weniger Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich.⁶⁵²

441 Mit Art. 43a Abs. 5 ATSG hat der Gesetzgeber lediglich einer Minimalanforderung an einen hinreichend geregelten zeitlichen Rahmen entsprochen. Eine genügende Voraussehbarkeit ist erst dann gegeben, wenn den mit der Observation betrauten Spezialisten zeitliche Eingrenzungen auferlegt werden. Das Gesetz muss nennen, wie lange eine verdeckte Überwachung pro Tag dauern darf, bis wann in die Nacht hinein observiert werden darf und auch an welchen Tagen eine Observation zulässig ist. Nebst der Voraussehbarkeit gebietet es auch die Verhältnismässigkeit, dass die Gesetzesgrundlage in zeitlicher Hinsicht möglichst eng ausgestaltet ist.⁶⁵³

442 Schliesslich wurden auch die Verfahrensrechte der versicherten Person, wenn sich der Anfangsverdacht auf unrechtmässigen Leistungsbezug erhärtet hat, unzureichend umgesetzt (Art. 43a Abs. 7 ATSG). Das letztlich umgesetzte Verfahrensrecht beschränkt sich auf eine rechtlich bedeutungslose Informationspflicht des Versicherungsträgers. Der versicherten Person stehen unmittelbar keine juristischen Mittel zur Verfügung, um sich gegen eine aus ihrer Sicht rechtswidrig angeordnete oder durchgeführte Observation zur Wehr zu set-

⁶⁵¹ Zur Anordnungskompetenz siehe vorne [Rz. 222 ff.](#)

⁶⁵² Vgl. dazu vorne [Rz. 286 ff.](#) Für einen groben Überblick über die Abgrenzungsschwierigkeiten, welche sich aufgrund der Formulierung von Art. 43a Abs. 4 lit. b ATSG ergeben, vgl. WEIBEL, Rz. 52.

⁶⁵³ Der magere Regelungsinhalt von Art. 43a Abs. 5 ATSG wirft viele offene Fragen auf, vgl. dazu vorne [Rz. 297 ff.](#)

zen. Damit ist die versicherte Person nach erfolgter Observation sogar schlechter gestellt als vor Schaffung der neuen Gesetzesgrundlage. Mit Art. 43a Abs. 7 ATSG steht der betroffenen Person nämlich nicht mehr das Recht zu, nach erfolgter Observation eine Feststellungsverfügung nach Art. 49 Abs. 2 ATSG zu verlangen, wenn sie ein schützenswertes Interesse glaubhaft macht. Stattdessen hat sie die Endverfügung abzuwarten.⁶⁵⁴

Gesamthaft lässt sich festhalten, dass die neue Gesetzesgrundlage für die Überwachungstätigkeit im Sozialversicherungsrecht in vielerlei Hinsicht unpräzise und lückenhaft umgesetzt wurde. Sie entspricht in überwiegenden Teilen weder dem Erfordernis der Voraussehbarkeit noch den übrigen Anforderungen des EGMR an eine hinreichend bestimmte Gesetzesgrundlage.⁶⁵⁵ Die Verletzung des Rechts auf Privatsphäre nach Art. 13 BV und Art. 8 EMRK basierend auf einer unrechtmässig angeordneten oder durchgeführten Observation bleibt damit zwangsläufig bestehen.

443

M.E. muss damit gerechnet werden, dass der EGMR erneut über die Rechtmässigkeit von Observationen im Sozialversicherungsrecht zu befinden hat.⁶⁵⁶ Dabei ist nicht unwahrscheinlich, dass die Richter zum gleichen Ergebnis gelangen wie im Urteil zum Fall *Vukota-Bojić gegen die Schweiz*, nämlich dazu, dass die nationale Gesetzesgrundlage, diesmal bezogen auf Art. 43a ATSG, nicht genügend bestimmt sei, um einen Eingriff in die Grundrechtsposition der versicherten Person zu rechtfertigen.

444

⁶⁵⁴ Zu den Problemen, welche sich durch die verfahrensrechtliche Regelung nach Art. 43a Abs. 7 ATSG ergeben, siehe dazu vorne [Rz. 320 ff.](#)

⁶⁵⁵ HEUSSER äusserte schon zu Beginn des Gesetzgebungsprozesses, dass vielen Parlamentariern wohl nicht bewusst sei, wie detailliert die neue gesetzliche Grundlage ausgestaltet werden müsse, vgl. HEUSSER, *Privatdetektive*, Rz. 54.

⁶⁵⁶ So bereits DUCREY, 10, 12.

Kapitel 3: Lösungsvorschlag de lege ferenda

Auf Basis der vorangehend erörterten Anforderungen an eine hinreichend präzise gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten soll nun der nachfolgende Gesetzesänderungsvorschlag für Art. 43a und 43b ATSG unterbreitet werden:

445

Art. 43a Observation

¹ Der Versicherungsträger kann eine versicherte Person verdeckt observieren und dabei Bild- und Tonaufzeichnungen machen und technische Instrumente zur Standortbestimmung einsetzen, wenn:

- a. aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass die versicherte Person unrechtmässig Leistungen bezieht oder zu erhalten versucht; und
- b. die abschliessende Feststellung des massgebenden Sachverhalts ohne Observation aussichtslos wäre.

² Konkrete Anhaltspunkte liegen insbesondere dann vor, wenn Zweifel:

- a. an der Redlichkeit der versicherten Person oder aufgrund eines widersprüchlichen Verhaltens derselben bestehen; oder
- b. an den geltend gemachten Gesundheitsbeschwerden oder der Arbeitsunfähigkeit bestehen.

³ Die Anordnung der Observation ist genehmigungspflichtig.

⁴ Die versicherte Person darf nur observiert werden, wenn sie sich:

- a. an einem allgemein zugänglichen Ort befindet; oder
- b. an einem Ort befindet, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist, namentlich im Garten und auf dem Balkon. Vorhandener Sichtschutz, welcher offensichtlich dazu dient, die Privatheit der betroffenen Person zu schützen, darf nicht umgangen werden.

⁵ Eine Observation darf an höchstens 30 Tagen innerhalb von sechs Monaten ab dem ersten Observationstag stattfinden. Dieser Zeitraum kann um höchstens weitere sechs Monate verlängert werden, wenn hinreichende Gründe dafür bestehen. Die Verlängerung des ersten Zeitraums um weitere sechs Monate ist genehmigungspflichtig. Die tägliche Observationsdauer darf mit Ausnahme der

Standortbestimmung anhand technischer Instrumente zwei Stunden nicht überschreiten. Die Überwachung darf längstens bis 20 Uhr erfolgen. An Sonn- und Feiertagen sind Observationen nicht gestattet.

⁶ Der Versicherungsträger kann für die Observationstätigkeit interne Spezialistinnen und Spezialisten einsetzen oder externe Spezialistinnen und Spezialisten mit der Observation beauftragen. Externe Spezialistinnen und Spezialisten unterliegen der Schweigepflicht nach Artikel 33 und dürfen die gesammelten Informationen ausschliesslich im Rahmen ihres Auftrags verwenden.

⁷ Der Versicherungsträger kann das Material einer Observation, die von einem anderen Versicherungsträger oder einem Versicherer nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz vom 17. Dezember 2004 selbst oder in deren Auftrag durchgeführt wurde, verwenden, wenn:

- a. die Observation vom ursprünglich durchführenden oder auftraggebenden Versicherer rechtmässig angeordnet und durchgeführt wurde; und
- b. bei der Observation die Voraussetzungen nach den Absätzen 1–5 erfüllt waren.

⁸ Nach ärztlicher Würdigung des Observationsmaterials informiert der Versicherungsträger die betroffene Person über den Grund, die Art und die Dauer der erfolgten Observation. Beanstandet die betroffene Person die durchgeführte Überwachung, so erlässt der Versicherungsträger eine Verfügung nach Absatz 9.

⁹ Konnten die Anhaltspunkte nach Absatz 1 Buchstabe a durch die Observation nicht bestätigt werden, so:

- a. erlässt der Versicherungsträger eine Verfügung über den Grund, die Art und die Dauer der erfolgten Observation;
- b. vernichtet der Versicherungsträger nach Rechtskraft der Verfügung das Observationsmaterial, sofern die versicherte Person nicht ausdrücklich beantragt hat, dass das Observationsmaterial in den Akten verbleibt.

¹⁰ Beweise, die in Verletzung dieses Artikels erhoben werden, sind in keinem Falle verwertbar. Die entsprechenden Beweismittel sind zu vernichten.

¹¹ Der Bundesrat regelt:

- a. das Verfahren zur Einsichtnahme des vollständigen Observationsmaterials durch die versicherte Person;

- b. die Aufbewahrung und Vernichtung des Observationsmaterials;
- c. die Anforderungen an die Spezialistinnen und Spezialisten, die mit der Observation beauftragt werden.

Art. 43b Observation: Genehmigungsverfahren

¹ Beabsichtigt der Versicherungsträger, eine Observation mittels Bild- und Tonaufzeichnungen anzurufen, so unterbreitet er dem zuständigen Gericht einen Antrag mit:

- a. der Angabe des spezifischen Ziels der Observation;
- b. den Angaben zu den von der Observation betroffenen Personen;
- c. den vorgesehenen Observationsmodalitäten;
- d. der Angabe von Beginn und Ende der Observation sowie der Frist, innerhalb deren sie durchzuführen ist;
- e. den für die Genehmigung wesentlichen Akten.

² Beabsichtigt der Versicherungsträger, zusätzlich zur bereits genehmigten Observation, auch technische Instrumente zur Standortbestimmung einzusetzen, so unterbreitet er dem zuständigen Gericht einen Antrag, der nebst den in Absatz 1 genannten Angaben eine Begründung der Notwendigkeit dieses Einsatzes sowie eine Erläuterung, warum bisherige Abklärungen ohne diese Instrumente erfolglos waren, aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden, enthalten muss.

³ Beabsichtigt der Versicherungsträger, den sechsmonatigen Zeitraum zu verlängern, so hat er im Antrag an das zuständige Gericht zusätzlich zu den Angaben in Absatz 1 die hinreichenden Gründe zu benennen.

⁴ Die Präsidentin oder der Präsident der zuständigen Abteilung des zuständigen Gerichts entscheidet als Einzelrichterin beziehungsweise als Einzelrichter innerhalb von fünf Arbeitstagen nach Erhalt mit kurzer Begründung über den Antrag des Versicherungsträgers; sie oder er kann die Aufgabe an eine andere Richterin oder einen anderen Richter übertragen.

⁵ Sie oder er kann die Genehmigung befristet oder mit Auflagen erteilen oder eine Ergänzung der Akten oder weitere Informationen verlangen.

⁶ Zuständiges Gericht ist:

- a. das kantonale Versicherungsgericht des Wohnkantons der versicherten Person;
- b. das Bundesverwaltungsgericht, falls die versicherte Person ihren Wohnsitz im Ausland hat.

Kapitel 4: Erläuterungen zum Gesetzesvorschlag

I. Änderungen des Regelungsinhalts in Kürze

1. Zulässigkeit der Observation

Obschon die erforderlichen Voraussetzungen zur Anordnung der Observation, welche mit dem bestehenden Anfangsverdacht und der Subsidiarität gegeben sein müssen, durchaus zu begründen sind, vermag die konkrete Umschreibung in Art. 43a Abs. 1 ATSG nicht der vom EGMR geforderten Voraussehbarkeit zu genügen. Diesem Kriterium kann in Bezug auf die Zulässigkeit der Observation nur entsprochen werden, wenn das Gesetz die Gründe für die Anordnung der Observation nennt.⁶⁵⁷

446

Hinsichtlich der Annahme konkreter Anhaltspunkte für einen unrechtmässigen Leistungsbezug muss aus dem Gesetz daher klar hervorgehen, dass diese auf ein Verhalten der versicherten Person zurückzuführen sind. Dabei ist nicht erforderlich, dass die Norm eine Aufzählung der infrage kommenden konkreten Anhaltspunkte enthält. Dem Erfordernis der Voraussehbarkeit wäre bereits Genüge getan, wenn die Observationsnorm jene konkreten Anhaltspunkte erfasst, welche in der bisherigen Gerichtspraxis regelmässig Anwendung gefunden haben. Damit würde sichergestellt, dass nur in begründeten Fällen mit einem hinreichenden Verdacht auf Versicherungsmisbrauch auf das Mittel der Observation zurückgegriffen wird. Dies schafft letztlich Rechtssicherheit, und zwar sowohl für den anordnenden Versicherungsträger wie auch für die betroffene Person.

447

Art. 43a Abs. 2 ATSG *de lege ferenda* richtet sich folglich nach der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts. Demnach sind konkrete Anhaltspunkte insbesondere dann anzunehmen, wenn Zweifel an der Redlichkeit der versicherten Person oder aufgrund eines widersprüchlichen Verhaltens derselben bestehen (lit. a) oder wenn Zweifel an den geltend gemachten Gesundheitsbeschwerden oder der Arbeitsunfähigkeit der versicherten Person bestehen (lit. b).⁶⁵⁸

448

⁶⁵⁷ Zur geforderten Voraussehbarkeit vgl. vorne [Rz. 133 ff.](#); siehe auch vorne [Rz. 141](#) bezüglich der Erfordernis, dass die gesetzliche Grundlage die Gründe für eine Observation zu bestimmen habe.

⁶⁵⁸ Vgl. BGE 137 I 327 E. 5.4.2.1; 136 III 410 E. 4.2.1.; siehe dazu auch vorne [Rz. 179 ff.](#)

- 449 Wie zuvor dargelegt, ergeben sich auch Unklarheiten in Bezug auf die geforderte Subsidiarität.⁶⁵⁹ Mit Art. 43a Abs. 1 lit. b ATSG wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass nur dann eine Observation angeordnet werden darf, wenn kein mildereres Mittel zur Verfügung steht, um den massgebenden Sachverhalt festzustellen.
- 450 Dies trifft zweifellos zu, wenn die Abklärungen ohne die Observation aussichtslos sind. Die nach geltendem Recht alternative Begründung zur Zulässigkeit der Observation, nämlich dass die Abklärungen sonst unverhältnismässig erschwert würden, bereitet hingegen mehr Schwierigkeiten. Diese Formulierung erlaubt viel Interpretationsspielraum und birgt damit die Gefahr, dass der Grundsatz der Ultima Ratio für die Überwachungstätigkeit ausgehöhlt wird. Aus diesem Grund beschränkt sich Art. 43a Abs. 1 lit. b ATSG *de lege ferenda* darauf, dass die abschliessende Feststellung des massgebenden Sachverhalts ohne eine Observation aussichtslos wäre.

2. Zulässige Mittel der Observation

- 451 Was die erlaubten Observationsmittel anbelangt, scheinen die nach geltendem Recht zulässigen Mittel (Bild- und Tonaufzeichnungen, technische Instrumente zur Standortbestimmung) sowohl für die Durchführung der Überwachung wie auch für die Beweissicherung geeignet und bedürfen daher keiner Änderung *de lege ferenda*.⁶⁶⁰
- 452 Weitere Observationsmittel, die von den Strafverfolgungsbehörden und vom Nachrichtendienst eingesetzt werden dürfen, wie etwa die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs oder das Eindringen in Computersysteme, greifen viel stärker in die geschützte Privatsphäre der betroffenen Personen ein. Angesichts der Tatsache, dass im Sozialversicherungsrecht nicht die Verfolgung von schweren Straftaten (Polizei und Staatsanwaltschaft) oder die Bekämpfung von Terrorismus und gewalttätigem Extremismus (Nachrichtendienst) im Vordergrund steht, sondern (nur) die Anspruchsprüfung von Versicherungsleistungen und damit verbunden die Missbrauchsbekämpfung, wäre die Aufnahme zusätzlicher Observationsmittel im Gesetz nicht vereinbar mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. In diesem Kontext darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Observation im Sozialversicherungsrecht bereits die schärfste Form der Sachverhaltsermittlung darstellt, gerade

⁶⁵⁹ Zur gesetzlich geforderten Subsidiarität für die Anordnung einer Observation vgl. vorne [Rz. 191 ff.](#)

⁶⁶⁰ Dazu eingehend vorne [Rz. 203 ff.](#)

weil sie im Gegensatz zu den übrigen Beweismitteln (wie Gutachten, ärztliche Auskunft usw.) heimlich und damit ohne das Wissen der versicherten Person erfolgt. Aus diesem Grund sind im Sozialversicherungsrecht lediglich milde Observationsmittel in das Gesetz aufzunehmen, welche somit einen möglichst geringen Eingriff in die geschützte Privatsphäre der Zielperson bewirken.

In Bezug auf die technische Ausrüstung zwecks Bild- und Videoaufzeichnungen ergeben sich aufgrund der fehlenden gesetzlichen Regelung weitere Schwierigkeiten. In diesem Zusammenhang sieht das Gesetz lediglich vor, dass keine Instrumente eingesetzt werden dürfen, die das natürliche Wahrnehmungsvermögen wesentlich erweitern, wie etwa Nachtsichtgeräte (Art. 7i Abs. 1 ATSV). Dabei hat der Gesetzgeber aber nicht bedacht, dass heutzutage viele Kameras (auch im Niedrigpreissegment) standardmäßig über Eigenschaften verfügen, welche das natürliche Wahrnehmungsvermögen wesentlich erweitern können.

453

Aufgrund der unterschiedlichen technischen Eigenschaften von verschiedenen Kameratypen (Kompakt-, System-, Spiegelreflexkamera etc.), welche sich wiederum je nach Hersteller (Canon, Nikon, Leica etc.) weiter unterscheiden können, und der damit verbundenen raschen technischen Entwicklungen ist selbst eine Regelung auf Verordnungsstufe als ungeeignet zu betrachten. Am zielführendsten wäre es, wenn sich das BSV dieser Problematik annähme und ein Merkblatt veröffentlichte, woraus klar hervorgeht, welche technische Ausrüstung für die Observationstätigkeit eingesetzt werden darf (Kameratypen, Objektive, Sensorgröße, ISO-Empfindlichkeit, Fokus- und Aufnahmegeschwindigkeit etc.).

454

Hinsichtlich der zulässigen Observationsmittel drängt sich ebenfalls die Frage auf, ob der Überwachungsbericht der observierenden Person als zusätzliches Mittel in die gesetzliche Grundlage aufzunehmen ist. Dies ist m.E. nicht zwingend notwendig. Das schriftliche Rapportieren der Observationsergebnisse ist fester Bestandteil der Praxis und wird von Lehre und Rechtsprechung als (nicht verschriftlichtes) Mittel der Observation bereits anerkannt.

455

3. Anordnungskompetenz

Mit Art. 43a Abs. 3 ATSG *de lege ferenda* enthält die Observationsnorm für sämtliche Observationen im Sozialversicherungsrecht einen generellen Richtvorbehalt. Damit wird sichergestellt, dass eine externe und unabhängige Instanz das Vorliegen der Voraussetzungen für die Durchführung einer Observation prüft. In Bezug auf die Anordnungskompetenz verlangt der EGMR, dass

456

der gesetzlichen Anordnungsregelung eine Kontrollfunktion zukommt. Diesem Erfordernis wird mit einer bei einer externen Stelle einzuholenden Genehmigung, ganz im Gegensatz zu einer internen Anordnungskompetenz, vollumfänglich entsprochen. Zudem garantiert der Richtervorbehalt, dass die Voraussetzungen zur Anordnung der Observation durch eine Person mit juristischen Kenntnissen geprüft werden.⁶⁶¹

- 457 Da in Art. 43a Abs. 3 ATSG *de lege ferenda* eine generelle richterliche Überprüfung für sämtliche Observationen vorgeschlagen wird, d.h. für einfache Observationen mittels Bild- und Tonaufzeichnungen ebenso wie für Observationen, in denen technische Ortungsgeräte eingesetzt werden, erübriggt sich ein separater Richtervorbehalt in einer zusätzlichen Bestimmung wie Art. 43a Abs. 3 ATSG *de lege lata*. Mit dem Gesetzesvorschlag richtet sich das richterliche Genehmigungsverfahren für sämtliche Observationen nach Art. 43b ATSG.
- 458 Der Systematik wegen wurde die in Art. 43b Abs. 1 lit. d ATSG erforderliche Angabe, welche der Antrag an das zuständige Gericht enthalten muss, in Art. 43b Abs. 2 ATSG *de lege ferenda* verschoben. Demnach hat der Versicherungsträger nur dann die Notwendigkeit des Einsatzes technischer Instrumente zur Standortbestimmung zu begründen bzw. die geforderte Subsidiarität zu erläutern, wenn er beabsichtigt, dieses Mittel einzusetzen. Die übrigen Angaben, welche der Antrag an das Gericht gemäss Art. 43b Abs. 1 ATSG *de lege ferenda* enthalten muss, nämlich das spezifische Ziel (lit. a), die betroffenen Personen (lit. b), die vorgesehenen Observationsmodalitäten (lit. c), Beginn und Ende der Observation (lit. d) sowie die wesentlichen Akten (lit. e) gelten für alle Observationsarten. Dasselbe gilt für die übrigen Bestimmungen von Art. 43b ATSG *de lege ferenda*, nämlich den Entscheid des Einzelrichters innerhalb von fünf Arbeitstagen (Abs. 4), die Befristung, Auflagen und Aktenergänzung (Abs. 5) sowie die örtliche und sachliche Zuständigkeit (Abs. 6).

4. Ort der Observation

- 459 Art. 43a Abs. 4 lit. a ATSG, wonach die versicherte Person an einem allgemein zugänglichen Ort observiert werden kann, bedarf keiner Änderung. In Kombination mit der Präzisierung in Art. 7h Abs. 1 ATSV, wonach als allgemein zugänglicher Ort der öffentliche oder private Grund und Boden gilt, bei dem in der Regel geduldet wird, dass die Allgemeinheit ihn betritt, liegt eine hinreichend bestimmte Regelung vor.

⁶⁶¹ Zur Problematik der internen Anordnungskompetenz vgl. vorne Rz. 235 ff.

Präzisierungsbedarf hingegen hat die Regelung in Bezug auf den Ort, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist.⁶⁶² Aus diesem Grund wurde Art. 43a Abs. 4 lit. b ATSG *de lege ferenda* insoweit ergänzt, als der Garten und der Balkon beispielhaft genannt werden. Zudem darf ein etwaiger Sichtschutz, welcher offensichtlich dazu dient, die Privatheit der betroffenen Person zu schützen, nicht umgangen werden. In Kombination mit Art. 7h Abs. 2 ATSV ist somit genügend präzisiert, dass eine Observation an einem (vermeintlich) privaten Ort, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist, stattfinden kann, sofern vorab keine erkennbaren Vorkehrungen getroffen wurden, um die Privatheit gegen Einblicke von Aussenstehenden zu schützen.

460

5. Dauer der Observation

Die gesetzliche Bestimmung betreffend die Dauer der Observation wurde insoweit erweitert, als nebst der zulässigen Höchstdauer und dem Kontingent an Observationstagen auch die konkreten Tagesmodalitäten geregelt sind. Art. 43a Abs. 5 ATSG *de lege ferenda* sieht nämlich zusätzlich vor, dass die tägliche Observationsdauer mit Ausnahme der Standortbestimmung mittels technischer Instrumente zwei Stunden nicht überschreiten darf. Zudem darf die Observationstätigkeit längstens bis 20 Uhr andauern und ist ferner an Sonn- und gesetzlichen Feiertagen verboten.⁶⁶³

461

M.E. reicht eine tägliche Observationszeit von zwei Stunden aus, um das notwendige Observationsmaterial zu beschaffen. Mit einer Begrenzung der erlaubten täglichen Observationsdauer wird gewährleistet, dass die betroffene Person vom Observanten nicht in willkürlicher Art und Weise den ganzen Tag über observiert werden kann. Lässt sich innerhalb einer zweistündigen Überwachung kein belastendes Observationsmaterial zusammentragen, so ist die Observation an einem anderen Tag fortzuführen. Die Dauer der Standortbestimmung anhand technischer Instrumente einzugrenzen, ergibt hingegen wenig Sinn, da GPS-Peilsender in der Regel über einen längeren Zeitraum benutzt werden müssen, um die Zielperson zu lokalisieren. Aus diesem Grund ist deren Einsatz zeitlich nicht limitiert.

462

Ausserdem soll die Verlängerung des Observationszeitraums der richterlichen Genehmigungspflicht nach Art. 43b ATSG unterstehen. Damit wird sichergestellt, dass die hinreichenden Gründe, welche eine Verlängerung des Zeit-

463

⁶⁶² Vgl. dazu vorne [Rz. 286 ff.](#)

⁶⁶³ Zum ungenügenden Regelungsinhalt von Art. 43a Abs. 5 ATSG vgl. vorne [Rz. 297 ff.](#)

raums um weitere sechs Monate erfordern, von einer unabhängigen richterlichen Instanz beurteilt werden. Nach Art. 43b Abs. 3 ATSG *de lege ferenda* hat der Versicherungsträger im Antrag an das Gericht die hinreichenden Gründe explizit zu benennen.

- 464 Dadurch, dass sich der Versicherungsträger in seinem Antrag wiederum an die Vorgaben von Art. 43b Abs. 1 ATSG zu halten hat, werden die Anforderungen für die Verlängerung der Observation gleich hoch angesetzt, wie wenn die Observation erstmals genehmigt würde. Aufgrund des Richtervorbehalts dürfte der Versicherungsträger somit bestrebt sein, die Observationstätigkeit nicht unnötig in die Länge zu ziehen, da er ansonsten riskiert, dass eine allfällige notwendige Verlängerung des Zeitraums vor Beschaffung des belastenden Observationsmaterials abgelehnt werden könnte. Die richterliche Genehmigungspflicht dient damit der Wahrung der Verhältnismässigkeit, indem die Ermöglichung des Grundrechtseingriffs nicht uneingeschränkt bestehen bleibt.

6. Einsatz interner und Beauftragung externer Spezialisten

- 465 Die Regelung betreffend die Beauftragung externer Spezialisten in Art. 43a Abs. 6 Satz 1 ATSG wurde nur insoweit ergänzt, als der Versicherungsträger für die Durchführung der Observation auch auf interne Spezialisten zurückgreifen kann. Damit wird dem Erfordernis des EGMR entsprochen, wonach die Überwachungsnorm die zur Durchführung der Observation berechtigten Personen zu nennen habe.⁶⁶⁴
- 466 Die in Art. 43a Abs. 6 Satz 2 ATSG statuierte Schweigepflicht nach Art. 33 ATSG sowie die datenschutzrechtliche Regelung (ausschliessliche Verwendung des Observationsmaterials im Rahmen des Auftrags) bedürfen keiner Anpassung. Durch diese Bestimmung wird bereits sichergestellt, dass lediglich der Versicherungsträger bzw. dessen Mitarbeiter nach erfolgter Observation Zugang zu den Aufzeichnungen haben, und zwar unabhängig davon, ob interne oder externe Spezialisten mit der Überwachung betraut wurden.⁶⁶⁵

⁶⁶⁴ Vgl. dazu vorne [Rz. 142 ff.](#)

⁶⁶⁵ Damit einhergehend wird auch geregelt, dass lediglich versicherungsinterne Mitarbeiter berechtigt sind, das Observationsmaterial zu überprüfen und zu bearbeiten.

7. Verwendung des Observationsmaterials von Dritten

Dem unterbreiteten Gesetzesvorschlag nach soll die Regelung betreffend die Verwendung fremder Observationsergebnisse – der strukturellen Logik wegen – in einem eigenständigen Absatz, nämlich Art. 43a Abs. 7 ATSG *de lege feienda*, verankert werden. Um sicherzustellen, dass kein widerrechtlich erhobenes Observationsmaterial eines anderen Versicherers verwendet wird, ist das in der Lehre statuierte zweistufige Prüfschema in die Regelung miteingebunden worden.⁶⁶⁶ Demnach hat der Sozialversicherungsträger als Erstes zu prüfen, ob die Observation vom ursprünglich durchführenden oder auftraggebenden Versicherer rechtmässig angeordnet und durchgeführt wurde. In einem zweiten Schritt erfolgt sodann die Überprüfung der Voraussetzungen von Art. 43a Abs. 1 bis 5 ATSG.

467

8. Verfahrensrechtliche Regelungen

Bezüglich der Verfahrensregelung in den Fällen, in denen die Anhaltspunkte durch die Observation nicht bestätigt werden konnten, besteht keine Notwendigkeit, das Gesetz anzupassen (Art. 43a Abs. 8 ATSG *de lege lata*). Aufgrund der Verfügungspflicht des Versicherungsträgers erhält die betroffene Person nämlich umgehend die Möglichkeit, sich gegen eine aus ihrer Sicht widerrechtlich erfolgte Observation zur Wehr zu setzen.

468

Wie in den vorangehenden Ausführungen bereits dargelegt, ist hingegen die Regelung in Art. 43a Abs. 7 ATSG *de lege lata* problematisch. Nach geltendem Recht beschränkt sich das rechtliche Gehör in den Fällen, in denen der Anfangsverdacht durch die Observation erhärtet werden konnte, auf eine rechtlich belanglose mündliche oder schriftliche Informationspflicht seitens des Versicherungsträgers.⁶⁶⁷

469

Damit der betroffenen Person nach erfolgter Observation in jedem Fall ein Rechtsmittel zur Verfügung steht, bevor die Endverfügung erlassen wird, ist eine Gesetzesänderung daher unumgänglich. Es darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Mehrheit der Leistungsbezüger durch die Kürzung, Verweigerung oder Änderung der Versicherungsleistungen in ihrer Existenz bedroht sein dürfte. Den betroffenen Personen in derartigen Fällen lediglich ein

470

⁶⁶⁶ Vgl. dazu vorne [Rz. 314 f.](#)

⁶⁶⁷ Siehe vorne [Rz. 320 ff.](#)

belangloses Informationsrecht zuzusprechen, dies unter dem Hinweis, dass sie sich dagegen erst nach der terminlich nicht fixierten Endverfügung wehren können, erscheint bereits aus rechtsstaatlichen Gründen äussert fragwürdig.

- 471 Mit der in Art. 43a Abs. 8 ATSG *de lege ferenda* statuierten Bestimmung ist der Versicherungsträger dazu angehalten, das Observationsmaterial vor Mitteilung an die versicherte Person durch eine medizinische Fachperson überprüfen zu lassen. Damit soll verhindert werden, dass die in den Fall involvierten Versicherungsmitarbeiter das Observationsmaterial selbstständig (zu ihren Gunsten) interpretieren, um so der Verfügungspflicht nach Absatz 9 zu entgehen. Der Versicherungsträger ist nämlich nicht verpflichtet, in der Endverfügung auf das Observationsmaterial abzustellen, selbst wenn das Observationsmaterial (seiner Meinung nach) den unrechtmässigen Leistungsbezug aufzeigt.
- 472 Ferner steht der betroffenen Person im Rahmen der Informationspflicht bei bestätigtem Verdacht auf unrechtmässigen Leistungsbezug das Recht zu, eine Feststellungsverfügung zu verlangen, wenn die Observationstätigkeit ihrer Meinung nach widerrechtlich erfolgt ist. In diesem Fall richtet sich das Verfahren nach dem Verfügungsverfahren von Absatz 9. Damit steht der versicherten Person in jedem Fall ein Rechtsmittel vor Verwertung des Observationsmaterials zur Verfügung, unabhängig davon, ob sich der Anfangsverdacht durch die erfolgte Observation erhärtet hat oder nicht. Nur so kann die Anforderung des EGMR, wonach die Observationsnorm in jedem Fall das Rechtsmittel zu bezeichnen hat, welches die betroffene Person gegen eine aus ihrer Sicht unrechtmässige Observation ergreifen kann, hinlänglich erfüllt werden.

9. Beweisverwertungsverbot

- 473 Das vorgeschlagene Beweismittelverwertungsverbot in Art. 43a Abs. 10 ATSG *de lege ferenda* ist vom Wortlaut her identisch mit demjenigen, welches im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens von einer Minderheit beantragt wurde.⁶⁶⁸ Diese Regelung garantiert, dass kein Observationsmaterial im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren Verwendung findet, welches unter Missachtung der Voraussetzungen und Schranken von Art. 43a ATSG zusammengetragen wurde.
- 474 Da sich diese Regelung auf den gesamten Art. 43a ATSG bezieht, wird gleichzeitig gewährleistet, dass kein Observationsmaterial eines Privatversicherers verwendet werden darf, welches von diesem widerrechtlich beschafft wurde.

⁶⁶⁸ AB N 2018 362 f.; vgl. dazu vorne [Rz. 413](#).

Art. 43a Abs. 7 ATSG *de lege ferenda* sieht nämlich explizit vor, dass der Versicherungsträger nur dann fremdes Observationsmaterial verwenden darf, wenn die Observation vom ursprünglich durchführenden oder auftraggebenden Versicherer rechtmässig angeordnet und durchgeführt wurde.

10. Vollzugsregelung

An der bestehenden Vollzugsregelung in Art. 43a Abs. 9 ATSG, mit welcher die Kompetenz zum Erlass des erforderlichen Verordnungsrechts an den Bundesrat delegiert wird, muss m.E. nichts geändert werden. Alle in diesem Artikel genannten Gesetzesdelegationen an den Bundesrat, nämlich das Akteneinsichtsrecht (lit. a), die Aktenaufbewahrung und -vernichtung (lit. b) sowie die Anforderungen an die Spezialisten (lit. c), wurden auf Verordnungsstufe klar und detailliert geregelt.⁶⁶⁹ Zudem handelt es sich dabei um Bereiche, welche sich aufgrund ihres komplexen und umfangreichen Regelungsinhalts besser auf Verordnungsstufe als auf Gesetzesstufe bestimmen lassen. Der Wortlaut von Art. 43a Abs. 11 ATSG *de lege ferenda* bleibt daher unverändert.

475

II. Würdigung

Mit diesem Gesetzesvorschlag liegt eine präzise gesetzliche Grundlage für die Überwachungstätigkeit vor, welche eine klare und unmissverständliche Rechtsanwendung ermöglicht. Sie genügt sämtlichen Anforderungen des EGMR an eine hinreichend bestimmte Gesetzesgrundlage für die Anordnung und Durchführung von Observationen im Sozialversicherungsrecht.

476

Sie schafft Rechtssicherheit sowohl für den Rechtsanwender (Versicherungsträger) wie auch für die betroffenen Personen und setzt gleichzeitig der Rechtsprechung enge Grenzen. Auch die geforderte Vorhersehbarkeit, welche mit einer genügend bestimmten Gesetzesgrundlage gegeben sein sollte, wäre in jeglicher Hinsicht (Anordnungsbedingungen, zulässige Orte, Mittel, Dauer der Observation) erfüllt.

477

⁶⁶⁹ Vgl. dazu vorne [Rz. 341 ff.](#)

Abschliessende Betrachtung

Versicherungsmissbrauch ist ein reales Phänomen und wird so lange existieren, wie es Menschen gibt. Um die Versicherungsgemeinschaft zu schützen, müssen den Behörden für die effiziente und zielgerichtete Bekämpfung von Versicherungsmissbrauch geeignete Instrumente zur Verfügung gestellt werden. Dies gilt unabhängig davon, ob die Bekämpfung (bzw. Verfolgung) von Missbrauchsfällen von den Strafuntersuchungsbehörden oder den gesetzlich zur Leistung verpflichteten Sozialversicherungsträgern vollbracht wird.

478

Nehmen sich die Sozialversicherungsträger dieser Aufgabe an, haben sie sich zwingend an die nunmehr gesetzlich festgelegten Voraussetzungen und Schranken von Art. 43a und 43b ATSG zu halten. Trotz der neuen Gesetzesbestimmungen haben sich die Versicherungsträger – insbesondere die Unfallversicherer – bisher schwer damit getan, auf das Mittel der Observation zurückzugreifen. Dies belegen die vom BSV veröffentlichten Fallzahlen zu den seither veranlassten Observationen.

479

Der Hauptgrund für diesen doch unerwarteten Ausgang scheint offensichtlich zu sein: Die vielen unbestimmten Rechtsbegriffe in der neuen Observationsnorm führen bei den anordnenden und durchführenden Sozialversicherungsträgern zu einer gewichtigen Rechtsunsicherheit und haben daher eine abschreckende Wirkung. Ohne Gerichtspraxis wird die aktuelle Situation unverändert bleiben, obschon die Vermutung nahe liegt, dass es nur eine Frage der Zeit ist, bis sich das Bundesgericht mit dem ersten Observationsfall im Sozialversicherungsrecht auseinandersetzen wird.

480

Ob mit den neuen Gesetzesbestimmungen die Rechtmäßigkeit der Observationsaktivität im ATSG geschaffen wurde, bleibt fraglich. Wie die vorangehende Untersuchung klar aufzeigt, wurde mehr als die Hälfte der erforderlichen Kriterien des EGMR an eine hinreichend bestimmte Gesetzesgrundlage mangelhaft in das nationale Recht umgesetzt.

481

In rechtlicher Hinsicht lässt die abschliessende Betrachtung daher nur ein Ergebnis zu: Die Verletzung des Rechts auf Privatsphäre nach Art. 13 BV und Art. 8 EMRK wurde durch die neuen Gesetzesbestimmungen nicht aufgehoben. Es liegt nun in der Verantwortung der Versicherungsträger, ihre nunmehr gesetzlich vorgesehenen Observationsbefugnisse nicht in unzulässiger Weise zu überschreiten.

482

Curriculum Vitae

Lucien Mouttet, geboren 1988 in Genf. Besuch der Schule in Wallisellen und Zürich, anschliessend der Kantonsschule Oerlikon (heute: Kantonsschule Zürich Nord). Bachelor- und Masterstudium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich, Abschluss im Jahre 2015. Volontariat am Bezirksgericht Zürich. Als Werkstudent Arbeitstätigkeit in einer kantonalen Ausgleichskasse, in einer wissenschaftlichen Bibliothek und in einer Anwaltskanzlei. Ausbildung zum Zivilschutzsoldaten, anschliessend Beförderung zum Korporal und Wachtmeister.

Nach Abschluss des Studiums mehrjährige Arbeitstätigkeit als Jurist im Rechtsdienst einer eidgenössischen Aufsichtsbehörde, anschliessend Auditerrat am Bezirksgericht Pfäffikon ZH. Seit 2019 Jurist/Fachspezialist in einer führenden nationalen Versicherungsgesellschaft. Während dieser Zeit Ausarbeitung der vorliegenden Dissertation unter der Betreuung von Prof. Dr. Thomas Gächter.

Gegenstand der Dissertation ist die neue gesetzliche Grundlage zu Observationsen in der Sozialversicherung. Nach einer Übersicht über die Grundlagen und die Entwicklung der Überwachungstätigkeit in der Schweiz folgt eine systematische Analyse der Observationsbestimmungen im ATSG und in der ATSV. Da es sich bei den Observationsregelungen um gänzlich neue Gesetzesbestimmungen handelt, wird im Rahmen der Inhaltsermittlung vorwiegend auf die Materialien zum Gesetzgebungsverfahren zurückgegriffen. Parallel dazu wird auch auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts eingegangen. Dabei werden insbesondere die Schwierigkeiten, welche mit der neuen Gesetzesgrundlage einhergehen, aufgezeigt. Gestützt auf die gewonnenen Erkenntnisse erarbeitet der Autor sodann einen Gesetzesvorschlag de lege ferenda, welcher allen Anforderungen des EGMR an eine Observationsnorm für die Überwachungstätigkeit im Sozialversicherungsrecht genügt.