



Universität
Zürich^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Wer, Wie, Wo, Warum? – Wer nicht observiert, bleibt dumm.

Guidelines für Observationen im Versicherungsrecht

Forum 2

MLaw Michael E. Meier, Universität Zürich

17. Schweizerischer Case Management-Kongress, Bern, 18. September 2019



Universität
Zürich^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Übersicht

- I. Wofür Observationen? Weshalb gibt es eine neue Bestimmung?
- II. Art. 43a ATSG: *Wer* darf observieren?
- III. Anfangsverdacht: *Warum* darf observiert werden?
- IV. Zulässiger Ort: *Wo* darf observiert werden?
- V. Zulässige Mittel: *Wie* darf observiert werden?
- VI. Weitergabe/Einsicht: *Was* passiert mit dem Material?
- VII. Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Observationsergebnisse
- VIII. Insbesondere: Rolle der medizinischen Begutachtung bei Observationen
- IX. Fragen



Universität
Zürich^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

- I. Wofür Observationen?
Weshalb gibt es eine neue Bestimmung?




Universität
Zürich^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

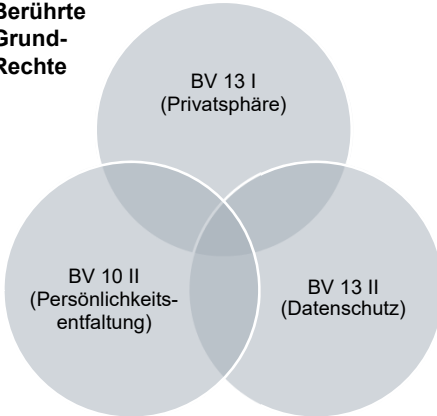
Begriff der Observation

- Systematische, verdeckte Beobachtung einer Person während einer gewissen Dauer.
 - Ausnützung der Unwissenheit der Zielperson über ihre Beobachtung.
- ➔ Systematische Wissensgewinnung über bislang nicht belegte Tatsachen.


Universität Zürich^{UZH}
 Rechtswissenschaftliches Institut

Observation und Grundrechte

Berührte Grundrechte



BV 13 I
(Privatsphäre)

BV 10 II
(Persönlichkeits-
entfaltung)

BV 13 II
(Datenschutz)

Ziel

- Ziel der Observation:
Systematische Wissensgewinnung über bislang nicht belegte Tatsachen bei Missbrauchsverdacht

Faktoren zur Beurteilung (Beispiele)

- Intensität (Dichte) der Beobachtung
- Eingesetzte Mittel (Kameras, Aufnahmegeräte etc.)
- Umgang mit den Erkenntnissen

Seite 5


Universität Zürich^{UZH}
 Rechtswissenschaftliches Institut

EGMR-Entscheidung und neuer Art. 43a/43b ATSG

- EGMR VUKOTA-BOJIĆ v. CH , No. 61838/10, 18.10.2016
- Observationen bedeuten einen Eingriff in Art. 8 EMRK
- Die gesetzlichen Grundlagen für eine Observation im Rahmen der UV **genügen nicht**
- Die gesetzliche Grundlage muss klar und verständlich sein und die Voraussehbarkeit einer möglichen Observation sicherstellen
- Neuer **Art. 43a/43b ATSG** + Art. 7a–7i, 8a–8c, 9a ATSV
- Abstimmung 25.11.2018: 64.7% Ja Stimmen.
- Inkrafttreten: 43a/43b + ATSV am **1. Oktober 2019**.

Seite 6



Universität
Zürich^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

II. Art. 43a ATSG: Wer darf observieren?



Universität
Zürich^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Sachlicher und örtlicher Geltungsbereich

- ✓ Alle Sozialversicherungsträger, die dem ATSG unterstehen (z.B. IV, UV, EL, ALV, KK);
- ⊘ **Pensionskassen** unterstehen nicht dem ATSG (SVR-Träger!);
- ⊘ **Haftpflicht-** und **Krankentaggeldversicherungen** nach VVG unterstehen nicht dem ATSG (Art. 28 Abs. 2 ZGB);
- ⊘ **Sozialhilfebehörden** unterstehen nicht dem ATSG, sondern sind kantonal- (oder sogar kommunal-)rechtlich geregelt;
- ⊘ **Arbeitgeber** unterstehen nicht dem ATSG, aber grs. Verbot gemäss Art. 26 ArGV3 sowie VSS nach Art. 13 DSG;
- ⊘ Territorialitätsprinzip: Ausübung der Staatsgewalt ist auf das **Staatsgebiet der CH beschränkt** = Observationen durch Sozialversicherungsträger im Ausland sind illegal.

Seite 8



Universität
Zürich^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

III. Anfangsverdacht: Warum darf observiert werden?



Universität
Zürich^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Observationsgrund - Anfangsverdacht

Art. 43a

- 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 Abklärungen sonst **aussichtslos** wären oder **unverhältnismässig erschwert** würden.



Universität
Zürich^{uzh}

Rechtswissenschaftliches Institut

- Hinreichender Observationsgrund als Ausdruck von **Erforderlichkeit und Subsidiarität** (d.h. der Verhältnismässigkeit)
- Anfangsverdacht = Erforderlichkeit. Kritik:
 - Bisherige Praxis war bereits extrem grosszügig!
 - Alles kann als Anfangsverdacht dienen (z.B. Social Media, anonyme Meldungen, Gutachten, Abklärungsberichte)
 - Aushöhlung des Anfangsverdachts!
- Grundsätzlich: Observation als «**ultima ratio**» = Subsidiarität
- Zuerst Einkünfte (Mitwirkungspflicht) und med. Abklärungen
- Seitenblick: In der StPO ist Observation NICHT «ultima ratio», darum keine direkte Übernahme der dortigen (lockeren) Praxis

Seite 11



Universität
Zürich^{uzh}

Rechtswissenschaftliches Institut

IV. Zulässiger Ort: Wo darf observiert werden?



Observationsgrund - Anfangsverdacht

Art. 43a

- 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.



Allgemein zugänglicher Ort

Art. 7h ATSV (per 1. Oktober 2019)

- 1 Als allgemein zugänglicher Ort gilt öffentlicher oder privater Grund und Boden, bei dem in der Regel geduldet wird, dass die Allgemeinheit ihn betritt.
- Öffentlicher Raum = Strassen, Plätze, Parks, Schulhöfe, öff. Schwimmbäder, Bahnhöfe/ÖV etc.
 - Orte und Einrichtung im Privatbesitz, die der Öffentlichkeit bewusst zugänglich gemacht wurden = Einkaufshäuser, Kinos, Restaurants, Parkhäuser, Tagungen
 - Umstritten: z.B. bei Privatstrassen und Hoteleinrichtungen



Universität
Zürich^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar

Art. 7h ATSV (per 1. Oktober 2019)

- 2 Ein Ort gilt als nicht von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar, wenn er zur geschützten Privatsphäre der zu observierenden Person gehört, insbesondere:
- a. das **Innere eines Wohnhauses**, einschliesslich die von aussen durch ein Fenster einsehbaren Räume;
 - b. unmittelbar zu einem Haus gehörende umfriedete Plätze, Höfe und Gärten, die **üblicherweise Blicken von aussen entzogen** sind.

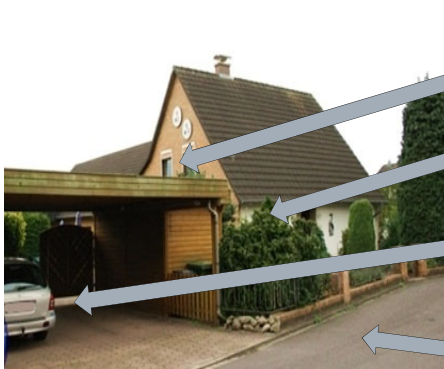
Seite 15





Universität
Zürich^{UZH}


Rechtswissenschaftliches Institut


Von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar



Observation in Privaträumen 

Observation auf nicht offen einsehbarem Privatgrund 

Observation auf offen einsehbarem Privatgrund 

Intensive Observation oder wenn (im öffentlichen Bereich) mit Vertraulichkeit zu rechnen ist. 

Gemäss Vernehmlassungsbericht: «Massgebend ist die Erkennbarkeit der Abschirmung, **nicht** deren **Lückenlosigkeit**.»



Universität
Zürich^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

V. Zulässige Mittel: Wie darf observiert werden?



Universität
Zürich^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Zulässige Mittel für eine Observation

Art. 43a

- 1 Der Versicherungsträger kann eine versicherte Person verdeckt observieren und dabei **Bild- und Tonaufzeichnungen** machen und technische **Instrumente zur Standortbestimmung** einsetzen,

Art. 7i ATSV

- 1 Für Bildaufzeichnungen dürfen **keine Instrumente** eingesetzt werden, die das natürliche **menschliche Wahrnehmungsvermögen wesentlich erweitern**, namentlich keine Nachtsichtgeräte.
- 2 Für Tonaufzeichnungen dürfen **keine Instrumente** eingesetzt werden, die das natürliche **menschliche Hörvermögen erweitern**, namentlich keine Wanzen, Richtmikrofone und Tonverstärkungsgeräte.
- 3 Zur Standortbestimmung sind nur Instrumente zulässig, die nach ihrem bestimmungsgemässen Gebrauch der Standortbestimmung dienen, namentlich satellitenbasierte Ortungsgeräte. Es dürfen keine Fluggeräte eingesetzt werden.



Universität
Zürich^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

VI. Weitergabe/Einsicht: Was passiert mit dem Material?



Universität
Zürich^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Informationspflicht und Einsichtsrecht

- Information an die versicherte Person, spätestens wenn Leistung angepasst werden soll (Art. 43a Abs. 7 ATSG)
- Informationspflicht aber auch dann, wenn der Verdacht nicht bestätigt werden konnte (Art. 43a Abs. 8 ATSG)
- Information ist mündlich am Sitz des Versicherungsträgers möglich (Art. 8c Abs. 1 ATSV)
- Information ist schriftlich möglich (Art. 8c Abs. 2 ATSV)
- Immer volles Akteneinsichtsrecht der versicherte Person
- Anspruch auf Kopien (grs. kostenlos gemäss Art. 9 ATSV)



Universität
Zürich^{uzh}

Rechtswissenschaftliches Institut

Verwendung fremder Observation und Weitergabe

43a

6 [...] 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 bei der Observation die Voraussetzungen nach den Absätzen 1–5 erfüllt waren.

Art. 50a AHVG

- d. den Strafuntersuchungsbehörden, wenn die Anzeige oder die Abwendung eines **Verbrechens** die Datenbekanntgabe erfordert;
- e. im Einzelfall und auf schriftlich begründetes Gesuch hin (vgl. abschliessender Katalog Ziff. 1–8)

Seite 21



Universität
Zürich^{uzh}

Rechtswissenschaftliches Institut

VII. Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Observationsergebnisse



Äusserst kulante Verwertungspraxis des BGer!

- **BGE 143 I 377:**
 - Keine gesetzliche Grundlage für Observationen in der IV
 - Aber: Verwertbarkeit der widerrechtlich gewonnenen Ergebnisse
- **BGE 143 IV 387:**
 - Widerrechtliche Beweiserhebung durch Privatversicherer
 - Gleichwohl: Verwertbarkeit der widerrechtlich gewonnenen Ergebnisse



Fazit zur Verwertbarkeit

- BGer setzt keine griffigen Schranken.
- Güterabwägung fällt schematisch zugunsten der Missbrauchsbekämpfung aus.
- «Einladung» zur widerrechtlichen Observation!
- Mittelfristig: Allfällige weitere Verurteilung durch den EGMR



Universität
Zürich^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

VIII. Insbesondere: Rolle der medizinischen Begutachtung bei Observationen



Universität
Zürich^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Beweiswert von Observationsergebnissen im Allgemeinen

- Observationsergebnisse sind – sofern eine entsprechende gesetzliche Grundlage besteht! – ein zulässiges Beweismittel im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren.
- Sie ersetzen jedoch nicht eine umfassende (v.a. auch medizinische) Sachverhaltsabklärung.
- Separierter Beweiswert ist zu relativieren, da
 - Observationsergebnisse häufig nur einseitig belastende Umstände darlegen,
 - nur einen Ausschnitt des zu beurteilenden Verhaltens darstellen und
 - gegebenenfalls zu falschen Rückschlüssen verleiten können.

Seite 26



Universität
Zürich^{uzh}

Rechtswissenschaftliches Institut

Bundesgerichtliche Grundsätze

BGE 137 I 327

E. 7.1

*Die Ergebnisse einer **zulässigen** Überwachung können zusammen mit einer ärztlichen Aktenbeurteilung **grundsätzlich geeignet sein**, eine genügende Basis für Sachverhaltsfeststellungen betreffend den Gesundheitszustand und die Arbeitsfähigkeit zu bilden.*

E. 7.2

... gestützt hierauf [auf das Observationsmaterial] [ist] noch nicht auf das Fehlen einer rentenrelevanten, gesundheitlichen Beeinträchtigung zu schliessen.

.... Bestehen erhebliche Diskrepanzen zwischen den Ergebnissen einer Observation und der fachärztlichen Einschätzung der Arbeitsfähigkeit, sind grundsätzlich weitere medizinische Abklärungen erforderlich.

(vgl. auch 9C_254/2016 E. 3.2.1)

Seite 27



Universität
Zürich^{uzh}

Rechtswissenschaftliches Institut

BGer, Urteil 9C_254/2016 vom 7. Juli 2016, E. 3.2.1

- *Bestehen erhebliche Diskrepanzen zwischen den Ergebnissen einer Observation und der fachärztlichen Einschätzung der Arbeitsfähigkeit, sind grundsätzlich weitere medizinische Abklärungen erforderlich ... **Dazu genügt die Einholung einer Aktenbeurteilung durch den RAD nur bei klaren Verhältnissen ...***
- *... Dabei ist zu berücksichtigen, dass es nicht einfach darum geht, das Observationsergebnis zu würdigen, wie die Vorinstanz annimmt, sondern wie dieses im psychiatrischen Kontext zu verstehen ist. Dies setzt **entsprechende Fachkenntnisse** voraus. Der RAD-Arzt, auf dessen Beurteilung die Vorinstanz wesentlich abgestellt hat, ist Allgemeinmediziner.*
- *... Es stellt sich namentlich die Frage, inwieweit bloss von einer mit Art und Ausmass des Gesundheitsschadens erklärbaren **Verdeutlichungstendenz auszugehen ist oder eine nicht versicherte Aggravation oder sogar Simulation vorliegt ...***

Seite 28



BGer, Urteil 9C_254/2016 vom 7. Juli 2016, E. 3.3

- *Nach dem Gesagten beruht der angefochtene Entscheid insofern auf einem ungenügend abgeklärten Sachverhalt bzw. auf unvollständiger Beweisgrundlage, ... als die Gutachter mit dem Ergebnis der Beweissicherung vor Ort samt Videoaufnahmen über die Observation vom 14. Juli 2014 zwingend zu konfrontieren gewesen wären.*



**SGPP, Qualitätsleitlinien für versicherungs-
psychiatrische Gutachten**

1.3.5 Angaben von Drittpersonen und Observationsmaterial

Bei der Dokumentation im Gutachten sind Angaben zu Auskunftsperson, Titel und Funktion, Datum der Auskünfte und gestellte Fragen aufzuführen.

Im Gutachten ist zu vermerken, welches Observationsmaterial dem Auftrag beilag.

S. 13:

Bei der Bewertung von Observationsberichten und dabei gefertigter Videoaufnahmen wird davon ausgegangen, dass diese unverfälscht, korrekt dokumentiert und vollständig sind. Ebenso wird davon ausgegangen, dass die entsprechenden Unterlagen und Ergebnisse den Betroffenen vor Auftragserteilung eröffnet wurden. Der aktuelle Verfahrensstand muss aus den Akten hervorgehen.



**Universität
Zürich^{12H}**

Rechtswissenschaftliches Institut

XI. Fragen?