



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Observationen zur Klärung von Versicherungsansprüchen

Die neusten Entwicklungen

Prof. Dr. iur. Thomas Gächter, Universität Zürich

asim – Fortbildungsveranstaltung, Basel, 13. Dezember 2017



Übersicht

- I. Wofür Observationen?
- II. Vukota-Bojić vs. Schweiz (Oktober 2016) und die Folgen
- III. E-Art. 43a ATSG
- IV. Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Observationsergebnisse
- V. Insbesondere: Rolle der medizinischen Begutachtung bei Observationen
- VI. Fazit



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

I. Wofür Observationen?



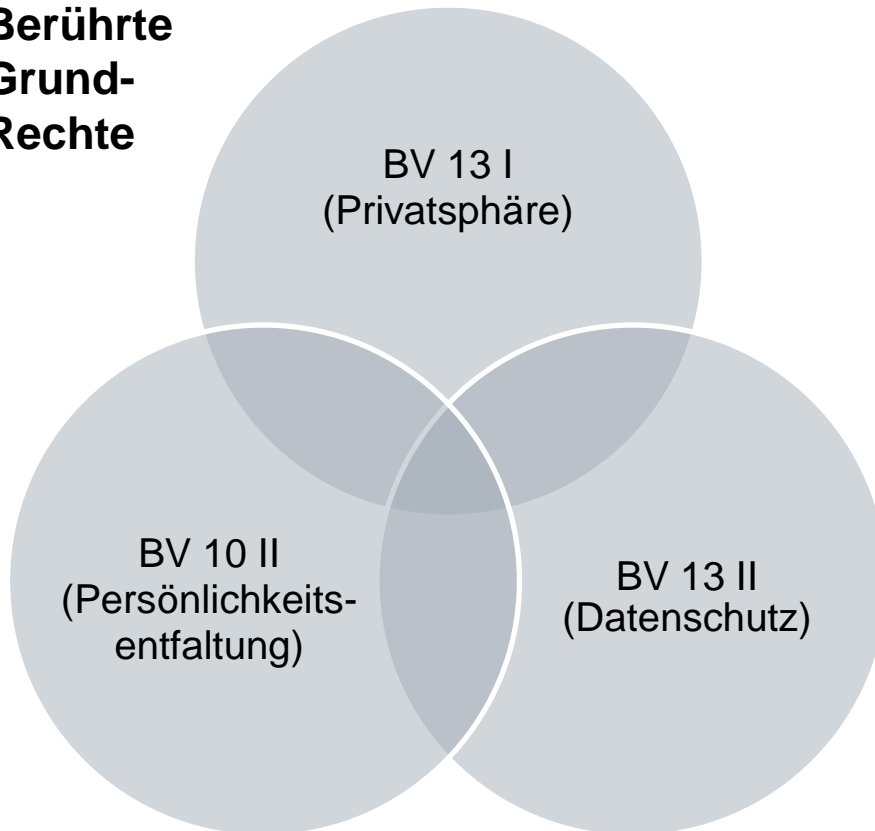
Begriff der Observation

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



Observation und Grundrechte

Berührte Grund- Rechte



Ziel

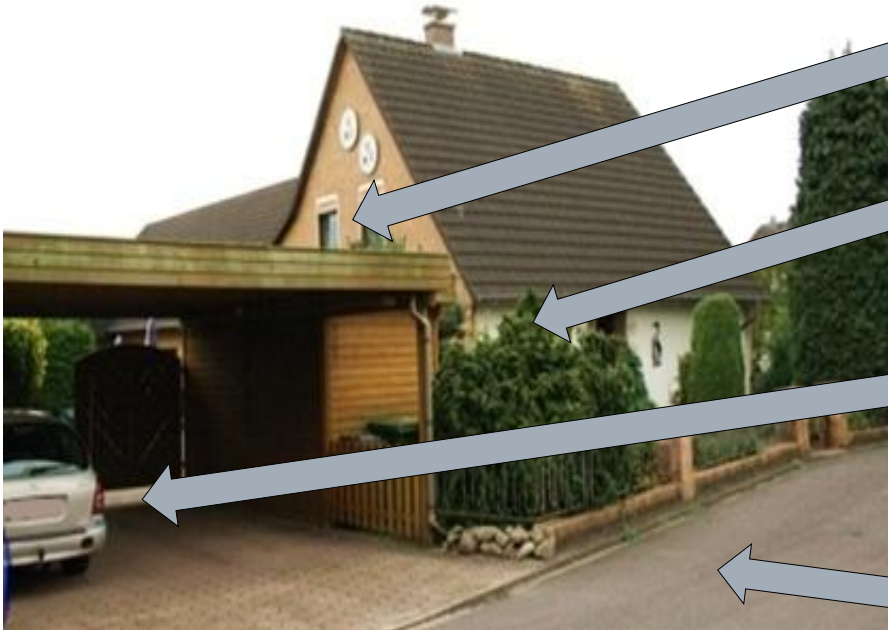
- Ziel der Observation:
Systematische Wissensgewinnung
über bislang nicht belegte
Tatsachen bei Missbrauchsverdacht

Faktoren zur Beurteilung (Beispiele)

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



Intensität der Eingriffs in die Privatsphäre



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



Grundrechtsdogmatische Anforderungen (I)

Gesetzliche Grundlage

- Generell-abstrakt und **genügend bestimmt** (Rechtssicherheit und Rechtsklarheit)
- Formelles Gesetz bei schweren Eingriffen (strittig, ob Observationen immer schwere Eingriffe sind)

Öffentliches Interesse

- Schutz der Versichertengemeinschaft vor Missbrauch



Grundrechtsdogmatische Anforderungen (II)

Insbesondere: Verhältnismässigkeit

- Eignung: Die Observation muss geeignet sein, um die strittigen Tatsachen zu beweisen / widerlegen
- Erforderlichkeit: In sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht!

Nach h.L.: **Subsidiarität** zu anderen Beweismitteln.

- Zumutbarkeit: Strenge Anforderungen an den Anfangsverdacht



Geltende gesetzliche Grundlage in der IV

Beizug von Spezialisten gemäss Art. 59 Abs. 5 IVG

⁵ Zur Bekämpfung des ungerechtfertigten Leistungsbezugs können die IV-Stellen Spezialisten beiziehen.

Kritik

- Äusserst unbestimmte Norm
- Keine direkten Leitlinien und Schranken für Observationen
- Rückgriff auf allgemeine verfassungsrechtliche Anforderungen nötig (bzw. entsprechende Weisungen an die IV-Stellen)
- Gesetzgeberische „Notlösung“



Observationen nach früherer Praxis (I)

BGE 132 V 241

Im Rahmen der sozialversicherungsrechtlichen Sachverhaltsabklärung dürfen die Ergebnisse von Observationen verwertet werden, wenn diese rechtmässig durch einen Privatversicherer angeordnet wurden.



Observationen nach früherer Praxis (II)

BGE 135 I 169

Die Unfallversicherung ist befugt, eine versicherte Person durch einen Privatdetektiv observieren zu lassen (E. 4 und 5).

- Grundrechtseingriff (Art. 13 Abs. 1 BV) bejaht.
- **Gesetzliche Grundlage: Art. 43 i.V.m. Art. 28 Abs. 2 ATSG!**
- Es handle sich um einen geringfügigen und seltenen Eingriff. Hierfür reiche die gesetzliche Grundlage.
- Der damals geplante E-Art. 44a ATSG diene lediglich der Verdeutlichung der geltenden Rechtslage.



Observationen nach früherer Praxis (III)

BGE 137 I 327

- Art. 59 Abs. 5 IVG bildet eine genügende gesetzliche Grundlage für die privatdetektivliche Observation in einem von jedermann ohne weiteres frei einsehbaren Privatbereich (in casu: [Balkon](#); E. 5.2).
- Die Observation muss objektiv geboten sein (E. 5.4.2).
- Videoaufnahmen der versicherten Person, die sie bei alltäglichen Verrichtungen (Haushaltsarbeiten) auf dem frei einsehbaren Balkon zeigen, verletzen den dabei durch Art. 179^{quater} StGB vorgegebenen Rahmen nicht (E. 6.1 und 6.2).



Observationen nach früherer Praxis (IV)

BGE 138 V 63

- Seit 2001 Rente wegen HWS-Distorsion.
- Im Rahmen eines IV-Rentenrevisionsverfahrens erhielt die IV Observationsmaterial vom Haftpflichtversicherer. Dieses stand im Widerspruch zu Aussagen des Versicherten im Revisionsverfahren.
- Die IV brach das Revisionsverfahren ab und hob die Invalidenrente unter Berufung auf Art. 7b Abs. 2 IVG per sofort auf.
- Rückweisung: Revision muss in einem geordneten Revisionsverfahren erfolgen, erst später greift ev. Art. 7b Abs. 2 lit. c AVIG.



Observationen nach früherer Praxis (V)

BGE 138 V 63: Bedeutung

Art. 7b Abs. 2 lit. c IVG

² Die Leistungen können in Abweichung von Artikel 21 Absatz 4 ATSG ohne Mahn- und Bedenkzeitverfahren gekürzt oder verweigert werden, wenn die versicherte Person:

- c. Leistungen der Invalidenversicherung zu Unrecht erwirkt oder zu erwirken versucht hat;
- Vermeidung vorschneller Rückschlüsse aus Observationen.
- Observationsergebnisse sind nur Teil der Sachverhalts-ermittlung, nicht mehr.
- Sanktion gem. 7b IVG erst dann, wenn der Sachverhalt umfassend geklärt ist.



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

II. Vukota-Bojić vs. Schweiz (Oktober 2016) und die Folgen



EGMR: Entscheid VUKOTA-BOJIĆ v. SWITZERLAND, App. No. 61838/10, 18. Oktober 2016

Observation einer Versicherten durch den Unfallversicherer.

Entscheid:

- 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



Erste Konsequenzen der EGMR-Rechtsprechung

- Einstellung der Observationen in der UV (Suva), bis Rechtssicherheit herrscht
- Diskussion um Zulässigkeit von Observationen in der IV; BGer hat Ungenügen von Art. 59 Abs. 5 IVG festgestellt (Urteil 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017)
- Diskussion um Zulässigkeit von Observationen in der Sozialhilfe
- Vorlage zu einer neuen gesetzlichen Grundlage (E-Art. 43a ATSG) (siehe sogleich Ziff. III)



BGE 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 (zur Publ. vorgesehen)

- Art. 59 Abs. 5 IVG genügt den Anforderungen an eine gesetzliche Grundlage nicht, wie sie in Vukota-Bojić formuliert worden sind.
- **Observationen durch die IV sind damit grundsätzlich widerrechtlich.**
- Aber: Observationsergebnisse sind gleichwohl verwertbar, wenn
 - die versicherte Person nur im öffentlichen Raum überwacht und nicht beeinflusst worden ist,
 - die Observation aufgrund ausgewiesener Zweifel eingeleitet worden ist
 - und die versicherte Person keiner systematischen oder ständigen Überwachung ausgesetzt war.
- **Das öffentliche Interesse an der Verhinderung des Versicherungsmissbrauchs überwiege dann das private Interesse!**



Weitere Praxis

Seit BGE 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 (zur Publ. vorgesehen):

- Verwertbarkeit widerrechtlich gewonnener Observationsergebnisse wiederholt höchstrichterlich bestätigt.
- Schematische Abwägung zugunsten des öffentlichen Interesses.
- Bger vom 8C_570/2016 vom 8. November 2017:
 - Privatdetektiv mietet sich mit seiner Familie in der **Pension (Gästezimmer) der überwachten Person (im Ausland!)** ein.
 - Tätigkeit in der Pension gilt gemäss Bger als solche im öffentlich zugänglichen Raum!
 - Keine Bedenken, im Ausland (wohl völkerrechtswidrig!) gewonnene Ergebnisse zu verwerten!



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

III. E-Art. 43a ATSG



Entstehungsgeschichte und Stand von E-Art. 43a ATSG

2008	E-Art. 44a ATSG (nicht weiter verfolgt)
18.10.16	Urteil Vukota-Bojić des EGMR
12.1.17	Kommissionsinitiative SGK-S (16.479)
22.2.17	Vernehmlassung des BR zur ATSG-Revision und einem neuen Art. 43a ATSG
7.9.17	Entwurf und Bericht SGK-S zu einem (etwas modifizierten) Art. 43a ATSG (keine Vernehmlassung)
1.11.17	Stellungnahme BR
14.12.17	Behandlung des (angepassten) Antrags der SGK-S im Ständerat



Observationsgrund - Anfangsverdacht (Abs. 1 lit. a und b)

E-Art. 43a I ATSG (SGK-SR)	E-Art. 43a I ATSG (E-Bundesrat)	Art. 282 I StPO (Strafverfolgung)	E-Art. 44a I ATSG (Entwurf 2008)
a. konkrete Anhaltspunkte; b. Aussichtslosigkeit oder unverhältnismässige Erschwernis der Abklärungen.	a. konkrete Anhaltspunkte; b. Aussichtslosigkeit oder unverhältnismässige Erschwernis der Abklärungen.	a. konkrete Anhaltspunkte b. Aussichtslosigkeit oder unverhältnismässige Erschwernis der Abklärungen;	a. begründeter Verdacht b. Ergebnislosigkeit der bisherigen Abklärungen oder ausserordentliche Schwierigkeit.



- Hinreichender Observationsgrund als Ausdruck von **Erforderlichkeit und Subsidiarität** (d.h. der Verhältnismässigkeit)
- Grundsätzlich: Observation als «**ultima ratio**»
- **Kritik:**
 - «unverhältnismässig erschwert» setzt Hürde zu tief an
 - Effizienzerwägung (seitens Versicherung) werden Teil der Abwägung
 - Aushöhlung des Anfangsverdachts!
 - Bisherige Praxis war bereits extrem grosszügig!
- **Seitenblick:**
 - In der StPO ist Observation NICHT «ultima ratio», darum keine direkte Übernahme der dortigen Praxis



Zulässige (technische) Mittel für die Observation (Abs. 1)

E-Art. 43a I ATSG (SGK-SR)	E-Art. 43a I ATSG (E-Bundesrat)	Art. 282 I StPO (Strafverfolgung)	E-Art. 44a III ATSG (Entwurf 2008)
<ul style="list-style-type: none">- Bildaufzeichnung- Tonaufzeichnung- technische Instrumente zur Standortbestimmung.	<ul style="list-style-type: none">- Bildaufzeichnung	<ul style="list-style-type: none">- Bildaufzeichnung- Tonaufzeichnung	Nur Bildaufzeichnung



Tonaufnahmen: Kohärenz mit StPO herstellen

Aber:

- Tonaufnahmen nur an allgemein zugänglichen Orten
- Tonaufnahmen nur auf «einfache Weise», d.h. keine besonderen technischen Hilfsmittel

GPS-Sender etc.

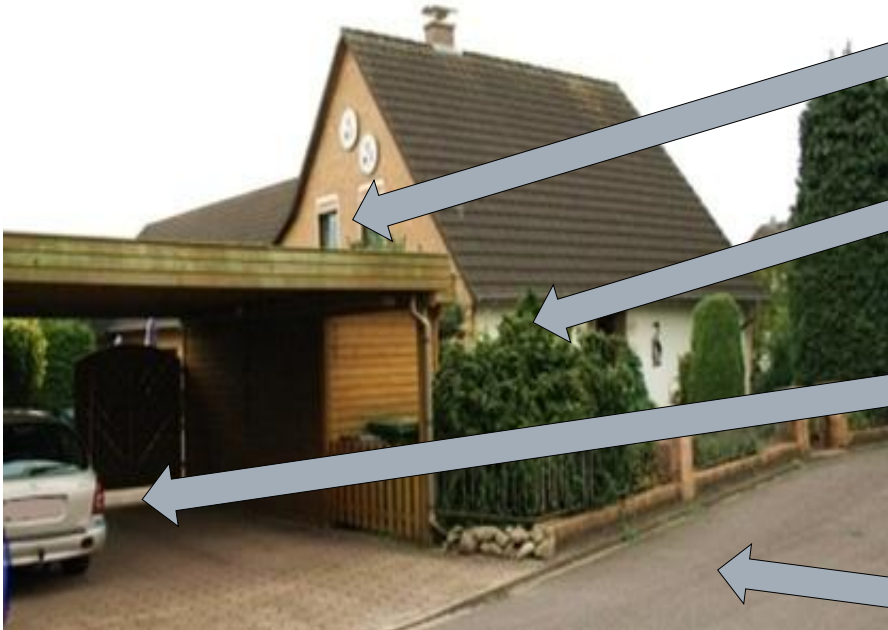
- Bei Strafverfolgung **richterliche Genehmigung** nötig (Art. 280 lit. c StPO)
- Nur bei dringendem Tatverdacht bei Delikten gem. Art. 269 Abs. 2 lit. a StPO; d.h. etwa nicht bei Art. 148a StGB!





Zulässiger Ort der Observation

E-Art. 43a II ATSG (SGK-SR)	E-Art. 43a II ATSG (E-Bundesrat)	Art. 282 I StPO (Strafverfolgung)	E-Art. 44a III ATSG (Entwurf 2008)
a. allgemein zugänglichen Ort; oder b. an einem Ort, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist.	a. allgemein zugänglichen Ort; oder b. an einem Ort, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist.	Allgemein zugängliche Orte.	Nur auf öffentlichem Grund.


Was bedeutet «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: «Tätigkeit **von blosser Auge** erkennbar» = Verzicht auf Schutz der Privatsphäre !?



Kritik:

- (Nach Wortlaut) Ausweitung der Observationskompetenz über die Strafverfolgung hinaus
- Bereits bisherige Praxis (BGE 137 I 327, Balkon) ging weiter als das Strafprozessrecht
- «Unbestimmbarkeit» des von einem allgemein zugänglichen Ort frei einsehbaren Ortes (Privaträume?)
- Kein Grund, nicht nur auf «allgemein zugängliche Orte» (Art. 282 StPO) abzustellen.

Seitenblick:

Wohl keine Verwertbarkeit der Observationsergebnisse im Strafprozess, wenn der «allgemein zugängliche Ort» zu weit ausgelegt wird.



Dauer der Observation (Abs. 3)

SGK-SR

³ Ein Observation darf an höchstens 30 Tagen innerhalb von sechs Monaten ab dem ersten Observationstag stattfinden. Diese Dauer kann um **höchstens sechs Monate verlängert** werden, wenn hinreichende Gründe dafür bestehen.



«Externe Spezialisten»

SKS-SR:

⁴ Der Versicherungsträger kann **externe Spezialistinnen und Spezialisten** mit der Observation beauftragen. Er kann das Material einer Observation, die von einem **anderen Versicherungsträger oder einem Dritten** selbst oder in deren Auftrag durchgeführt wurde, verwenden, wenn bei der Observation die Voraussetzungen nach den Absätzen 1–3 erfüllt waren.

⁷ Der Bundesrat regelt:

d. die **Anforderungen an die Spezialistinnen und Spezialisten**, die mit der Observation beauftragt werden.



**Universität
Zürich** UZH

Rechtswissenschaftliches Institut

IV. Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Observationsergebnisse



Zweck von Beweisverwertungsverböten

- Schutz der Einzelnen vor Umgehung der Grundrechte etc. durch prozessuale Mittel.
- Schutz der rechtsstaatlichen Beweiserhebungsregeln.
- Präventive Wirkung: „Disziplinierung“ der Behörden.



Äusserst kulante Verwertungspraxis des BGer!

- Urteil 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 (zur Publikation vorgesehen):
 - Keine gesetzliche Grundlage für Observationen in der IV
 - Aber: Verwertbarkeit der widerrechtlich gewonnenen Ergebnisse
- Urteil 1B_75/2017 vom 16. August 2017 (zur Publikation vorgesehen):
 - 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

V. Insbesondere: Rolle der medizinischen Begutachtung bei Observationen



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.



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)



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 ...*



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** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

VI. Fazit



- E-Art. 43a ATSG „überschiesst“ deutlich, v.a.:
 - zu tiefe Anforderungen an Anfangsverdacht
 - zu weitgehende technische Hilfsmittel
 - Unklarheiten zum Ort der Observation
- Zudem: **Äusserst large Verwertbarkeitspraxis** des Bundesgerichts
- Reale Gefahr, dass Art. 43a ATSG zu einer reinen Empfehlung verkommt, wenn alle Ergebnisse trotz seiner Verletzung verwertbar sind!
- Gefahr einer weiteren Verurteilung durch den EGMR
- **Zentrale Rolle der medizinischen Begutachtung: Korrekte sachliche und fachliche Einordnung der Observationsergebnisse!**