



# DATENSCHUTZ UND OBSERVATIONSBERICHTE IM VERSICHERUNGSBEREICH

---

**asim – Fortbildungsveranstaltung**

Universitätsspital Basel, 18. Januar 2012



# Übersicht

---

- I. Einleitung und Problemstellung
- II. Observation durch Privatversicherer
- III. Observation durch Sozialversicherer
- IV. Konsequenzen für Begutachter



# I. Einleitung und Problemstellung

---

## a. Ausgangslage

Verstärkte Anstrengungen der Sozial- und Privatversicherer inkl. Haftpflichtversicherer, Versicherungsmissbrauch zu bekämpfen (Diskussion um „Scheininvalide“)

Die IV betreibt ein Betrugsbekämpfungs-Management; im Jahre 2010 wurde – gemäss Angaben der IV - u.a. durch Observationen Fr. 5,6 Mio. Franken pro Jahr eingespart, was hochgerechnet einer Einsparung von Fr. 80 Mio. entspricht (vgl. Mitteilung BSV vom 05.07.2011) .



# I. Einleitung und Problemstellung

---

## b. Begriff der Observation

Die Observation findet in der Regel durch Privatdetektive statt; durch die Observation sollen *„Tatsachen, welche sich im öffentlichen Raum verwirklichen und von jedermann wahrgenommen werden können (beispielsweise Gehen, Treppensteigen, Autofahren, Tragen von Lasten oder Ausüben sportlicher Aktivitäten), systematisch gesammelt und erwahrt werden“*

(Urteil des Bundesgerichts 8C\_239/2008 vom 17.12.2009; E. 6.3; BGE 135 / 169/171 E.4.3).



# I. Einleitung und Problemstellung

---

## b. Begriff der Observation

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts hat sich der Privatdetektiv an den durch Art. 179quater StGB (Verletzung durch Aufnahme-geräte) vorgegebenen Rahmen zu halten (BGE 135 I 169/171 E.4.3).

In der Regel werden Rapporte, Foto- und Videoaufnahmen angefertigt, um Rückschlüsse auf die körperliche Leistungsfähigkeit, die

**Arbeitsfähigkeit etc. zuzulassen** (vgl. AEBI-MÜLLER REGINA/EICKER ANDREAS/VERDE MICHEL, Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation – Grenzen aus Sicht des Privat-, des öffentlichen und des Strafrechts, Jusletter 3. Mai 2010 Rz 4-6).



# I. Einleitung und Problemstellung

---

## c. Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat bis anhin Observationen durch Versicherer (Sozial-, Privat-, Haftpflichtversicherer) grundsätzlich geschützt.

Als Rechtfertigungsgrund wurde insbesondere das öffentliche Interesse der Versichertengemeinschaft an einer wirksamen Missbrauchsbekämpfung und der Aufdeckung bzw. Verhinderung von Versicherungsbetrug geltend gemacht (vgl. u.a. BGE 129 V 323 E. 3.3.3. S.325; BGE 132 V 241; BGE 135 I 174 E.5.2; SJ 1998 S. 301, 5C.187/1997 E.2; BGE 136 III 411 E. 2.2.3)



# I. Einleitung und Problemstellung

---

## d. Datenschutzrechtliche Aspekte

1. Das Bundesgericht hat bis anhin die Observation durch private Versicherer (inkl. Haftpflichtversicherer) vor allem unter dem Aspekt des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit nach Art. 28 ZGB untersucht (vgl. BGE 136 III 410).

Eine umfassende Prüfung, ob die Observation durch private Versicherer den datenschutzrechtlichen Aspekten gerecht wird, fand nicht statt.



# I. Einleitung und Problemstellung

---

## d. Datenschutzrechtliche Aspekte

2. Die Observation durch Sozialversicherer prüfte das Bundesgericht hinsichtlich Art. 13 Abs. 1 BV (Schutz der Privatsphäre) und Art. 36 BV (vgl. BGE 132, V 241; BGE 135 I 171 E.4.4).

Eine Überprüfung des Bundesgerichts hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Vorgaben fand nicht statt.



# I. Einleitung und Problemstellung

## d. Datenschutzrechtliche Aspekte

3. Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes vorliegend von „*beschränkter Tragweite*“ seien. *Denn „das Datenschutzgesetz will weder am System des Grundrechtsschutzes im öffentlichen Recht noch am privatrechtlichen System des Art. 28 ZGB etwas ändern.“*

(AEBI-MÜLLER REGINA, Observation - Nutzen und Grenzen aus Sicht des Zivil- und Zivilprozesses, Personen-Schaden-Forum HAVE 2011, 172; vgl. auch BRUNNER HANS-ULRICH, Zum Persönlichkeitsschutz bei Personenüberwachungen, Urteil des Bundesgerichts 5A\_57/2010, HAVE 4/2010 349)



# I. Einleitung und Problemstellung

---

## d. Datenschutzrechtliche Aspekte

3. Es wird geltend gemacht, dass die Datenschutzgesetzgebung nur eine Konkretisierung des Persönlichkeitsschutzes **darstelle** (vgl. AEBI-MÜLLER REGINA, Observation - Nutzen und Grenzen aus Sicht des Zivil- und Zivilprozesses, Personen-Schaden-Forum HAVE 2011, 172).

Im Nachfolgenden wird u.a. aufgezeigt, dass die Datenschutzgesetzgebung nicht nur eine Konkretisierung von Art. 28 ZGB ist.

# II. Observation durch Privatversicherer

## a. Ausgangslage

Observation durch Privatversicherer wie private Krankentaggeld-, Insassen-, Lebens-, private IV-Versicherer(inkl. Haftpflichtversicherer).

Überwachung auf öffentlichen Grund grundsätzlich möglich (Sphärentheorie).

Widerrechtlichkeit einer Persönlichkeitsverletzung ist gegeben, wenn kein Rechtfertigungsgrund (Einwilligung des Verletzten, überwiegend privates und öffentliches Interesse, oder Gesetz) vorliegt (Art. 28 Abs. 2 ZGB).



# II. Observation durch Privatversicherer

---

## b. Rechtsprechung

BGE 136 III 410 („Musterfall“)

### Sachverhalt

Ein Haftpflichtversicherer beauftragte eine Detektei, die betroffene Person bei Alltagsverrichtungen an öffentlich zugänglichen Orten zu überwachen. Die Detektei stellte fest, dass die betroffene Person ohne grössere Bewegungseinschränkungen Lasten tragen, einkaufen, Staub saugen sowie Auto waschen und polieren konnte. Die Detektei belegte dies mit Videos und einem Überwachungsbericht.

# II. Observation durch Privatversicherer

## b. Rechtsprechung

BGE 136 III 410

### Sachverhalt

Ausgangspunkt für die Observation war ein vorgängiges Haftpflichtverfahren, in welchem die betroffene Person – aufgrund ihrer behaupteten Gesundheitsbeeinträchtigung – einen Haushaltschaden geltend machte. Auch wurde auch die Ehefrau der betroffenen Person observiert.

Die betroffene Person sowie seine Ehefrau klagten u.a. die Haftpflichtversicherung wegen Persönlichkeitsverletzung ein.

# II. Observation durch Privatversicherer

## b. Rechtsprechung

BGE 136 III 410

### Erwägungen

Das Bundesgericht hält nochmals fest, dass praxisgemäss in zwei Schritten zu prüfen ist, ob eine Persönlichkeitsverletzung und ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (vgl. Art. 28 ZGB).

Der Rechtfertigungsgrund des *überwiegenden Interesses* sei erfüllt, da weder die Versicherung noch die dahinter stehende Versichertengemeinschaft zu Unrecht Leistungen erbringen müsse (E.4.1).

# II. Observation durch Privatversicherer

## b. Rechtsprechung

BGE 136 III 410

### Erwägungen

Die *objektive Gebotenheit* (konkrete Anhaltspunkte wie widersprüchliches Verhalten, massive Aggravation, Simulation etc.) sei erfüllt (vgl. E.4.2). Vorliegend seien die Behauptungen der betroffenen Person widersprüchlich und unglaubwürdig.

Im Weiteren kam die betroffene Person ihren Mitwirkungspflichten nicht nach.

# II. Observation durch Privatversicherer

## b. Rechtsprechung

BGE 136 III 410

### Erwägungen

Im Rahmen der *Interessenabwägung* (vgl. E.4.4) war das Bundesgericht der Meinung, dass die geforderte Summe von Fr. 2 Mio. doch erheblich, die Observation von kurzer Dauer gewesen sei und nur auf öffentlichem Grund stattgefunden habe und somit geeignet und notwendig war.

Auch hätte eine medizinische Begutachtung nichts gebracht, da die betroffene Person nicht glaubwürdig sei.



# II. Observation durch Privatversicherer

## b. Rechtsprechung

BGE 136 III 410

Erwägungen

Das Bundesgericht hat die Klage der Ehefrau wegen Persönlichkeitsverletzung ebenfalls abgewiesen. Denn die Ehefrau wurde nicht gezielt observiert, sondern ist nur als „Mitfang“ in die Observation geraten (vgl. E.5.2).

# II. Observation durch Privatversicherer

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

1. Das Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG) ist u.a. anwendbar für das Bearbeiten von Daten natürlicher Personen durch private Personen (vgl. Art. 2 Abs. 1 DSG).

Die Datenbearbeitung durch Privatversicherer inkl. Haftpflichtversicherer (= private Personen) untersteht somit dem Geltungsbereich des DSG.

# II. Observation durch Privatversicherer

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

2. Personendaten sind alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (vgl. Art. 3 Bst. a DSG).

Unter Bearbeiten wird jeder Umgang mit Personendaten wie Beschaffen, Aufbewahren, Bekanntgeben etc. verstanden (vgl. Art. 3 Bst. e DSG).

Auch die mündliche Datenweitergabe gilt als **Datenbearbeitung** (vgl. PETER, Das Datenschutzgesetz im Privatbereich, Diss. Zürich 1994, S. 84).

# II. Observation durch Privatversicherer

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

2. Sowohl Privatversicherer als auch beauftragte Detekteien bearbeiten Personendaten im Sinne des DSG.

Dazu gehören etwa der Austausch bzw. das Bekanntgeben von Namen, Gesundheitsdaten etc. innerhalb und ausserhalb der Versicherung (inkl. BVM-Abteilung), die Erstellung von Fotos, Videos und Überwachungsberichten, Protokollen etc.

# II. Observation durch Privatversicherer

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

3. Besonders schützenswerte Personendaten sind Daten über
  1. die religiösen, weltanschaulichen politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten
  2. die Gesundheit, die Intimsphäre oder Rassenzugehörigkeit
  3. Massnahmen der sozialen Hilfe
  4. administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen (Art. 3 Bst. c DSG)

# II. Observation durch Privatversicherer

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

3. Gemäss Lehre ist Anknüpfungspunkt der Zweck und der Kontext der Datenbearbeitung, ob es sich um besonders schützenswerte Personendaten handelt, (vgl. DAVID ROSENTHAL/JÖHRI YVONNE, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 3 Rd. 51).  
Im Vordergrund steht die Bearbeitung von *Gesundheitsdaten* (Art. 3 Bst. c Ziff. 2 DSG). Videoaufnahmen können Rückschlüsse auf die Gesundheit geben, was die Arbeitsfähigkeit, die Bewegungseinschränkung, das Lasten tragen, Einkaufen etc. betrifft (vgl. BGE 136 III 411 E.3.2).

# II. Observation durch Privatversicherer

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

3. Der Zweck der Observation bedingt auch, dass der Privatdetektiv gezielt die geltend gemachten Gesundheitsbeeinträchtigungen prüft. Dies verlangt die Kenntnis der medizinischen Akten.

In der Praxis kann die Observation selbst Ursache für gesundheitliche Probleme sein. Dies kann vor allem bei einer allzu intensiven Observation zu einer posttraumatischen Belastungsstörung führen (vgl. Urteil Bundesgericht vom 7. März 2011, 6B\_791/2010).



# II. Observation durch Privatversicherer

---

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

3. Auch können Daten betreffend die *Intimsphäre* (z. B. sexuelle Verhaltensweisen, innerfamiliäre Konflikte etc.) im Rahmen einer Observation bearbeitet werden (Art. 3 Bst. c Ziff. 2 DSG; vgl. auch ZR 103 (2004), Nr. 52).



# II. Observation durch Privatversicherer

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

3. Unter *Massnahmen der sozialen Hilfe* (vgl. Art. 3 Bst. c Ziff. 3 DSG) fallen auch Sozialversicherungsdaten, welche Rückschlüsse auf die Gesundheit der betroffenen Person zulassen (vgl. DAVID ROSENTHAL / JÖHRI YVONNE, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 3 Rd. 52).

Im Rahmen von Observationen werden somit grundsätzlich besonders schützenswerte Personendaten bearbeitet.



# II. Observation durch Privatversicherer

---

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

4. Unter *Persönlichkeitsprofil* wird eine Zusammenstellung von Daten verstanden, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt (Art. 3 Bst. d DSG).

Eine intensive Observation über mehrere Monate kann ein Persönlichkeitsprofil bzw. eine „Längsprofil“ ergeben (vgl. VPB 65.48, E. 2b) .

# II. Observation durch Privatversicherer

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

5. An die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten und von Persönlichkeitsprofilen werden grundsätzlich erhöhte Anforderungen verlangt.

Dies gilt insbesondere für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Prinzipien wie Rechtmässige Datenbearbeitung, Transparenzprinzip, Verhältnismässigkeitsprinzip, Zweckbindung, Datenrichtigkeit, Datensicherheit.

# II. Observation durch Privatversicherer

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

5. Insbesondere das Transparenzprinzip wurde in den letzten Jahren verstärkt. Es gilt eine Informationspflicht beim Beschaffen von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen (vgl. Art. 14 DSGVO).

Auch verlangt das Datenschutzgesetz für die Datenbekanntgabe von besonders schützenswerten Personendaten und von Persönlichkeitsprofilen explizit einen Rechtfertigungsgrund (vgl. Art. 12 Abs. 2 Bst. c DSGVO).



# II. Observation durch Privatversicherer

---

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

5. Im Weiteren ist eine Datenbearbeitung gegen die datenschutzrechtliche Grundsätze nur mit einem Rechtfertigungsgrund möglich (vgl. Art. 12 Abs. 2 Bst. a DSGVO).

Im Vordergrund stehen das Transparenzprinzip und das Verhältnismässigkeitsprinzip.



# II. Observation durch Privatversicherer

---

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

6. Das DSG geht – analog zu Art. 28 ZGB - von einer Persönlichkeitsverletzung aus, wenn nicht ein Rechtfertigungsgrund (Einwilligung, überwiegend privates oder öffentliches Interesse, Gesetz) vorliegt (vgl. Art. 13 Abs. 1 DSG).



# II. Observation durch Privatversicherer

---

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

6. Das Bundesgericht geht beim Rechtfertigungsgrund vom *überwiegenden Interesse* der Versichertengemeinschaft aus, da weder die Versicherung noch die dahinter stehende Versicherten- bzw. Gefahrengemeinschaft zu Unrecht Leistungen erbringen müssen (vgl. BGE 136 III 410 E.4.1; vgl. auch BGE 129 V 325 E.3.3.3.).

# II. Observation durch Privatversicherer

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

6. Ob das überwiegend öffentliche oder private Interesse gemeint ist, ist in der Rechtsprechung nicht ganz klar. Bei einem Privatversicherer kann jedoch nur vom einem überwiegend privaten Interesses ausgegangen werden. Der Begriff der Versicherten- und Fahrengemeinschaft als überwiegendes Interesse zu bezeichnen, ist jedoch gewagt (vgl. Auch STEPHAN FUHRER, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheiden des Bundesgerichts, HAVE 4/2010, 363)



# II. Observation durch Privatversicherer

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

7. Bei der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass im Rahmen von Observationen grundsätzlich *besonders schützenswerte Personendaten bzw. Persönlichkeitsprofile* bearbeitet werden. Das Bundesgericht und die Lehre haben diesen Aspekt bis anhin nicht untersucht. *Das Interesse der betroffenen Person gegen eine Datenbearbeitung von sensiblen Daten gewinnt zusätzlich an Gewicht* (vgl. DAVID ROSENTHAL /JÖHRI YVONNE, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 13 Rd. 15).



# II. Observation durch Privatversicherer

---

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

7. Im Weiteren ist festzuhalten, dass die Observation *gegen den Willen* der betroffenen Personen und *gegen das datenschutzrechtliche Transparenzprinzip* geschieht (vgl. Art. 12 Abs. 2 Bst a und b DSGVO).

Die Interessenabwägung betreffend die Datenschutzverletzung hat daher umso genauer zu erfolgen.

# II. Observation durch Privatversicherer

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

7. Insbesondere ist bei der Interessenabwägung das mit dem DSG ins Privatrecht transferierte *Verhältnismässigkeitsprinzip* verstärkt zu beachten, wonach die Observation geeignet, *notwendig* und *geeignet* sein muss (vgl. Art. 4 Abs. 2 DSG).



# II. Observation durch Privatversicherer

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

7. Für das Bundesgericht sind Observationen auch deshalb *notwendig*, weil der Geschädigte gegenüber dem Haftpflichtversicherer seiner „Mitwirkungspflicht“ nicht nachgekommen sein soll (vgl. BGE 136 II 410, E. 4.2.3).

Diese „Mitwirkungspflicht“ wird denn in der Lehre auch kritisiert, denn der Geschädigte hat nur den Schaden nach Art. 8 ZGB

**zu beweisen** (vgl. auch STEPHAN FUHRER, Anmerkungen zu privatrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts, HAVE 4/2010, 363)

# II. Observation durch Privatversicherer

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

7. Die Verletzung der „Mitwirkungspflicht“ und zusätzlich widersprüchliches Verhalten würden die betroffene Person nach Ansicht des Bundesgerichts unglaubwürdig machen und eine medizinische Begutachtung würde daher nichts bringen (vgl. BGE 136 II 410, E. 4.2.3, 4.3, 4.4). Nichtsdestotrotz ist zu die Frage vorab und vertieft zu prüfen, ob medizinische und weitere Abklärungen, wie vorliegend z. B. durch ein Haushaltassessment, schon genügen.

# II. Observation durch Privatversicherer

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

7. Auch ist mindestens ein konkreter Verdacht auf Versicherungsmissbrauch zu verlangen, damit eine Observation überhaupt zulässig sein soll.

Fraglich ist auch, ob eine Observation *geeignet* ist, die Erwerbsfähigkeit bzw. den Gesundheitszustand abzuklären. Eine Observation bleibt nur eine Momentaufnahme; zudem sind die Privatdetektive keine Ärzte und die Mitarbeiter der Versicherung auch nicht.

# II. Observation durch Privatversicherer

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte

### 8. Zwischenresultat:

Das DSG ist nicht nur eine Konkretisierung von Art. 28 ZGB.

Im Rahmen von Observationen werden besonders schützenswerte Personendaten bearbeitet werden. Es gelten erhöhte Anforderungen an die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze wie Verhältnismässigkeit. Im Rahmen der Interessen- bzw. Rechtsgüterabwägung ist dies zu beachten.



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## a. Ausgangslage

Observation durch Sozialversicherer (UVG-Versicherer, Invalidenversicherung etc.)

Observation als Grundrechtseingriff (vgl. Art. 8 EMRK, Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 13 BV)

Zulässigkeit des Grundrechtseingriffes beurteilt sich nach Art. 36 BV (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Kerngehalt der Grundrechte)





# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## b. Rechtsprechung

Auszug der sehr umfangreiche Rechtsprechung:

BGE 129 V 323; BGE 132 V 241:

Die SUVA darf Überwachungsberichte und Videobänder, welche eine Haftpflichtversicherung rechtmässig erstellt hat (Art. 28 Abs. 2 ZGB), verwerten, wenn die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sind. Art. 43 Abs. 1 ATSG in Verbindung mit Art. 61 lit. c ATSG als gesetzliche Grundlage.



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## b. Rechtsprechung

Bundesgerichtsurteil vom 7. August 2008  
(8C 806/2007):

Auf DVD's war ersichtlich, dass ein Fussballspieler mit HWS-Symptomen zwei Tore schoss. Die SUVA konnte die vom Haftpflichtversicherer erstellten DVD als Beweismittel verwenden.



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## b. Rechtsprechung

Bundesgerichtsurteil vom 17. Dezember 2009  
(8C 239/2008):

Die UVG-Versicherung überwachte die versicherte Person in Deutschland und Österreich u.a. in einer „öffentlichen Tennishalle“. Das Bundesgericht schützte die Observation vollumfänglich.



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## b. Rechtsprechung

Bundesgerichtsurteil vom 22. Juli 2010  
(8C 920/2009):

Observation durch IV-Stelle wurde geschützt, aber Frage wurde offen gelassen, ob Observation aus grosser Entfernung betreffend Tätigkeiten auf dem Vorplatz des eigenen Hauses und betreffend Räumlichkeiten der Versicherungsagentur gerechtfertigt war.



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## b. Rechtsprechung

Bundesgerichtsurteil vom 31. Dezember 2010  
(9C 891/2010):

Die IV-Stelle konnte die Ergebnisse einer Observation, welche im Auftrag der zuständigen Vorsorgeeinrichtung durchgeführt wurde, verwerten. Die Observation wurde in Mazedonien durchgeführt und vom Bundesgericht geschützt.



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## b. Rechtsprechung

Urteil Sozialversicherungsgericht Zürich vom 12. Juli 2011 (IV 2011/00177):

Observation eines Haftpflichtversicherers, deren Resultate die IV-Stelle für die Renteneinstellung verwendete, ist unverhältnismässig, da Observation keine Hinweise auf Erwerbsfähigkeit in psychischer Hinsicht gebe.



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## b. Rechtsprechung

[Bundesgerichtsurteil vom 11.11.11. \(8C 272/2011\)](#)  
hat Entscheid des Versicherungsgerichts St. Gallen vom 3. März 2011 (IV 2010/218) aufgehoben:

Das *Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen* war mit Urteil vom 3. März 2011 (IV.2010/218) der Meinung, dass die Observation durch die IV-Stelle unverhältnismässig sei, da die bisherigen medizinischen Abklärungen ungenügend seien und vor einer allfälligen Observation nochmals hätten überarbeitet und ergänzt werden müssen.

Auch betrachtete es die Observation auf den Balkonen der Privatwohnung als ein Verstoß gegen Art. 179quater StGB (Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte).



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## b. Rechtsprechung

### Bundesgerichtsurteil vom 11.11.11. (8C 272/2011)

Das *Bundesgericht* war anderer Meinung und bejahte sowohl den Grundrechtseingriff als auch die Verhältnismässigkeit der Observation. Zudem liege kein Verstoss gegen Art. 179quater StGB vor, da sich die Versicherte freiwillig auf dem Balkon aufgehalten habe. Denn bei einer Person, die bei freiwillig ausgeübten, von blossem Auge beobachtbaren Alltagsverrichtungen in einem von jedermann öffentlich einsehbaren Bereich (Balkone) gefilmt wird, dürfe angenommen werden, sie habe insoweit auf einen Schutz der Privatheit verzichtet und in diesem Umfang ihre Privatsphäre der Öffentlichkeit ausgesetzt (E.6.1). Dieser BGE wird in der Literatur heftig kritisiert (sehr ausführlich dazu LUCIEN MÜLLER, Observation von IV-Versicherten: Wenn der Zweck die Mittel heiligt, in: Jusletter 19. Dezember 2011).





# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## b. Rechtsprechung

BGE 135 I 169 (Leitentscheid)

Sachverhalt

Ein Unfallversicherer liess die versicherte Person in der Zeit vom 7. Juli 2004 bis 12. August 2004 und vom 27. Januar 2006 bis 26. Februar 2007 an verschiedenen Tagen durch Privatdetektive überwachen. Die versicherte Person bestritt die Verwertbarkeit der Observationsergebnisse.



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## b. Rechtsprechung

### BGE 135 I 169 (Leitentscheid)

#### Erwägungen:

Das Bundesgericht hielt nochmals fest, dass eine Observation im öffentlichen Raum erlaubt sei (vgl. Art. 179quater StGB, E. 4.3).

Die Observation umfasse den Schutzbereich von Art. 13 Abs. 1 BV (Schutz der Privatsphäre). Hingegen sei der Grundrechtseingriff nur gering (vgl. E.5.4.2).



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## b. Rechtsprechung

BGE 135 I 169 (Leitentscheid)

Erwägungen:

Der Grundrechtsschutz gelte nicht absolut und die Voraussetzungen für eine Einschränkung gemäss Art. 36 BV (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Kerngehalt der Grundrechte) seien erfüllt.



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## b. Rechtsprechung

BGE 135 I 169 (Leitentscheid)

Erwägungen:

Insbesondere sei die *gesetzliche Grundlage* genügend: gemäss Art. 43 ATSG habe der Versicherer die notwendigen Abklärungen durchzuführen und Art. 28 Abs. 2 ATSG statuiere eine *allgemeine Auskunftspflicht* der versicherten Person (vgl. E. 5.1 – 5.3).



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte zu BGE 135 I 169

1. Die Bemerkungen betreffend Observation durch Privatversicherer gelten analog wie folgt für :

- die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten (Art. 3 Bst. c DSGVO)
- die datenschutzrechtlichen Grundsätze
- etc.



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte zu BGE 135 I 169

2. Die Datenbearbeitung durch einen UVG-Versicherer (Bundesorgan) untersteht dem Geltungsbereich des Bundesdatenschutzgesetzes.
3. Das Bundesgericht schützt die Observation im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 BV (Schutz der Privatsphäre). Tatsächlich fallen Observationen auch unter den Schutzbereich des verfassungsrechtlichen Datenschutzes nach Art. 13 Abs. 2 BV (vgl. auch BGE 133 I 77).



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte zu BGE 135 I 169

Nach Art. 13 Abs. 2 BV hat jede Person Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten.

Der verfassungsrechtliche Datenschutz beschränkt sich nicht nur auf die Privat- und Geheimsphäre. „*Schutzobjekt sind sämtliche personenbezogenen Daten und Informationen*“ (THOMAS GÄCHTER, Observationen im Sozialversicherungsrecht – Voraussetzungen und Schranken, HAVE, Personen-Schaden-Forum 2011, 187).



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

c. Datenschutzrechtliche Aspekte zu  
BGE 135 I 169

Art. 13 Abs. 2 BV stellt ein justiziables Grundrecht dar und hat eine selbstständige Bedeutung. Für die Datenbearbeitung durch Bundesorgane gilt somit das Legalitätsprinzip.

Explizit wird in Art. 17 Abs. 2 DSG ein Gesetz im formellen Sinn verlangt, wenn besonders schützenswerte Personendaten und Persönlichkeitsprofile bearbeitet werden.





# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte zu BGE 135 I 169

Eine Norm bzw. ein Gesetz muss einen hinreichenden Grad an Bestimmtheit aufweisen, damit man sich an der Norm orientieren kann (vgl. KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, Bern, 2007, (Fn. 9), 89).

Ausgehend davon, dass im Rahmen von Observationen besonders schützenswerte Personendaten bearbeitet werden, verlangt Art. 13 Abs. 2 BV eine klare gesetzliche Grundlage im formellen Sinn.



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

c. Datenschutzrechtliche Aspekte zu  
BGE 135 I 169

4. Zwischenfazit:

Art 28 Abs. 2 ATSG und Art. 43 ATSG dürften die Anforderungen an den geforderten Grad der Bestimmtheit, welcher die Datenschutzgesetzgebung und Art. 13 Abs. 2 BV vorgibt, nicht erfüllen. Insbesondere ist aus der Entstehungsgeschichte von Art. 28 Abs. 2 ATSG und Art. 43 ATSG nicht ersichtlich, dass diese auch Observationen umfassen sollen.

# III. Observation durch Sozialversicherer

## c. Datenschutzrechtliche Aspekte zu BGE 135 I 169

### 4. Zwischenfazit

Analog wird in der Literatur erwähnt, dass die vom Bundesgericht genannten Rechtsgrundlagen auch hinsichtlich des Schutzbereiches der Privatsphäre nach Art. 13 Abs. 1 BV ungenügend sind (vgl. THOMAS

GÄCHTER, Observationen im Sozialversicherungsrecht – Voraussetzungen und Schranken, HAVE, Personen-Schaden-Forum 2011, 204; vgl. auch AEBI-MÜLLER REGINA/ EICKER ANDREAS/VERDE MICHEL, Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation – Grenzen aus Sicht des Privat-, des öffentlichen und des Strafrechts, Jusletter 3. Mai 2010 (Rz 60-61). 12).

# III. Observation durch Sozialversicherer

## d. Weitere gesetzliche Grundlagen für die Observation in der Invalidenversicherung

1. Gemäss Art. 57 Abs. 1 lit. c IVG müssen die IV-Stellen die Voraussetzungen der Leistungspflicht prüfen.

Ergänzend lautet Art. 59 Abs. 5 IVG wie folgt:

*„Zur Bekämpfung des ungerechtfertigten Leistungsbezugs können die IV-Stellen Spezialisten beiziehen.“*

# III. Observation durch Sozialversicherer

## d. Weitere gesetzliche Grundlagen für die Observation in der Invalidenversicherung

2. Das BSV erliess für die Praxis der IV-Stellen eine „IV-Checkliste“, welche schliesslich öffentlich wurde (vgl. Urteil Bundesverwaltungsgericht vom 18. Oktober 2010, A-3443/2010).

Die IV-Checkliste wurde aufgrund des Fragenkatalogs kritisiert; insbesondere die Frage nach dem Migrationshintergrund führte im Parlament zu einem Vorstoss (vgl. auch Anfrage 08.1108 „IV-Checkliste. Diskriminierender Pauschalverdacht“ von Frau Silvia Schenker)



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## d. Weitere gesetzliche Grundlagen für die Observation in der Invalidenversicherung

### 3. Datenschutzrechtliche Würdigung:

Rechtsgrundlage von Art. 59 Abs. 5 IVG ist im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrad

**ungenügend** (vgl. auch THOMAS GÄCHTER, Observationen im Sozialversicherungsrecht – Voraussetzungen und Schranken, HAVE, Personen-Schaden-Forum 2011, 203)

Unklar zudem, ob die datenschutzrechtlichen Grundsätze umgesetzt werden, insbesondere das Prinzip der Verhältnismässigkeit und der Transparenz (inkl. Checkliste).



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## e. Gesetzesrevisionen

### 1. UVG-Revision

Vorlage 1 (Änderungen bei den Leistungen, der Finanzierung und der Durchführung des UVG-Geschäfts) wurde durch das Parlament (nach dem NR auch Rückweisung durch SR am 1. März 2011) an den Bundesrat zurückgewiesen, um die Vorlage 1 schlanker zu gestalten; Vorlage 2 (Neuorganisation der SUVA) wurde durch das Parlament sistiert.

Die erste Vorlage beinhaltet auch den neuen Art. 44a ATSG (Überwachung), dessen Zukunft noch unklar ist.



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## e. Gesetzesrevisionen

### Entwurf Art. 44a ATSG

*1 Eine Person, welche Versicherungsleistungen beantragt oder bezieht, kann ohne ihr Wissen überwacht werden, wenn*

*a. der Versicherer einen begründeten Verdacht hat, dass diese Person unrechtmässig Leistungen bezieht respektive bezogen hat oder zu erhalten versucht; und wenn*

*b. die bisherigen Abklärungen zu keinem Ergebnis geführt haben, ohne Aussicht auf Erfolg sind oder sich ausserordentlich schwierig erweisen.*





# III. Observation durch Sozialversicherer

---

e. Gesetzesrevisionen

Entwurf Art. 44a ATSG

*2 Die Anordnung der Überwachung wird mit Angaben über die den Verdacht begründeten Tatsachen in den Akten eingetragen.*

*3 Die Überwachung darf nur auf öffentlichem Grund erfolgen. Sie kann die Benutzung von Bildaufzeichnung beinhalten.*



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## e. Gesetzesrevisionen

### Entwurf Art. 44a ATSG

*4 Die erfassten Daten werden im Dossier abgelegt. Falls sich der Verdacht nicht erhärtet, werden sie nach spätestens 10 Tagen gelöscht.*

*5 Der Versicherer kann einen Dritten mit der Überwachung beauftragen.*

*6 Er informiert die betroffene Person nach der Beendigung der Überwachung.*



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## e. Gesetzesrevisionen

### Datenschutzrechtliche Aspekte zum Entwurf Art. 44a ATSG

Gesetzesartikel im formellen Sinn  
grundsätzlich begrüßenswert

(so auch THOMAS GÄCHTER, Observationen im Sozialversicherungsrecht – Voraussetzungen und Schranken, HAVE, Personen-Schaden-Forum 2011, 199)

Aspekte des Verhältnismässigkeitsprinzips:  
Observation nur bei begründetem Verdacht,  
Aussichtslosigkeit der bisherigen Abklärungen  
etc. und auf öffentlichem Grund (vgl. Art  
179quater StGB)



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## e. Gesetzesrevisionen

### Datenschutzrechtliche Aspekte zum Entwurf Art. 44a ATSG

Unklar ist das Verhältnis zwischen dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Löschung nach 10 Tagen bei unbegründetem Verdacht, Absatz 4) und dem Transparenzprinzip (Informationspflicht nach Beendigung der Überwachung, Absatz 6).



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## e. Gesetzesrevisionen

### Datenschutzrechtliche Aspekte zum Entwurf Art. 44a ATSG

Lösung: auch bei unbegründetem Verdacht ist die betroffene Person über die Observation umfassend zu informieren (vgl. Art. 18a DSG Informationspflicht beim Beschaffen von Personendaten)  
-> Vorrang des Transparenzprinzips: nur auf diese Weise kann die betroffene Person allenfalls gegen eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung (Schadenersatz, Genugtuung etc.) vorgehen.

# III. Observation durch Sozialversicherer

## e. Gesetzesrevisionen

### Datenschutzrechtliche Aspekte zum Entwurf Art. 44a ATSG

Datenbearbeitung im Auftrag (Absatz 5) inkl. Hinweis auf Schweigepflicht ist zu konkretisieren, damit dem Bestimmtheitsgebot Genüge getan wird (vgl. Art. 13 Abs. 2, Art. 36 BV und Art. 17 Abs. 2 DSGVO; vgl. auch THOMAS GÄCHTER, Observationen im Sozialversicherungsrecht – Voraussetzungen und Schranken, HAVE, Personen-Schaden-Forum 2011, 200) .



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

## e. Gesetzesrevisionen

### 2. IV-Revision 6b (zweites Massnahmenpaket)

Im Rahmen der IV-Revision 6b soll die Betrugsbekämpfung verstärkt werden, insbesondere durch neue Regelungen im ATSG für alle Sozialversicherungen sowie einer ähnlichen Regelung im BVG, da das BVG nicht dem ATSG unterstellt ist (Detailberatung der SGK des Ständerates am 14. November 2011, im SR in der Wintersession 2011 behandelt).

Die Revision 6b soll im Jahre 2015 in Kraft gesetzt werden.



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

e. Gesetzesrevisionen

Entwurf Art. 57a Abs. 1bis und 3 (neu) IVG

*1bis Verfügungen über die vorsorgliche Einstellung von Leistungen (Art. 52a ATSG) erfolgen ohne Vorbescheid.*

*3 Die Parteien können innerhalb einer Frist von 30 Tagen Einwände zum Vorbescheid vorbringen.*





# III. Observation durch Sozialversicherer

---

e. Gesetzesrevisionen

Entwurf Art. 42 (Rechtliches Gehör) ATSG

*Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör. Sie müssen nicht angehört werden vor dem Erlass einer Verfügung, die durch Einsprache anfechtbar ist, oder einer Verfügung über die vorsorgliche Einstellung von Leistungen (Art. 52a).*

# III. Observation durch Sozialversicherer

## e. Gesetzesrevisionen

### Entwurf Art. 45 Abs. 4 (neu) ATSG

*Der Versicherungsträger kann die Mehrkosten, die ihm durch den Beizug von Spezialisten bei der Bekämpfung des ungerechtfertigten Leistungsbezugs entstanden sind, der versicherten Person auferlegen, wenn diese:*

*a. versucht hat, eine Versicherungsleistung unrechtmässig zu beanspruchen; oder*

*b. aktiv dazu beigetragen hat, dass ihr eine Versicherungsleistung unrechtmässig gewährt wird.*



# III. Observation durch Sozialversicherer

---

e. Gesetzesrevisionen

Entwurf Art. 49a (neu) Entzug der aufschiebenden Wirkung ATSG

*Der Versicherungsträger kann in seiner Verfügung einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen, auch wenn die Verfügung auf eine Geldleistung gerichtet ist.*

# III. Observation durch Sozialversicherer

## e. Gesetzesrevisionen

Entwurf Art. 52a (neu) Vorsorgliche Einstellung von Leistungen ATSG

*Der Versicherungsträger kann die Ausrichtung von Leistungen vorsorglich einstellen, wenn der Verdacht besteht, dass die versicherte Person die Leistungen unrechtmässig erwirkt oder die Meldepflicht nach Artikel 31 Absatz 1 verletzt hat.*

# III. Observation durch Sozialversicherer

## e. Gesetzesrevisionen

Entwurf Art. 26b (neu) Vorsorgliche Einstellung der Rentenzahlung BVG

*Die Vorsorgeeinrichtung stellt ab dem Zeitpunkt, in dem sie Kenntnis darüber erhält, dass die IV-Stelle gestützt auf Art. 52a ATSG die vorsorgliche Einstellung der Rentenzahlung verfügt hat, die Ausrichtung der Invalidenrente ebenfalls vorsorglich ein.*

# III. Observation durch Sozialversicherer

## e. Gesetzesrevisionen

### Datenschutzrechtliche Aspekte zur verstärkten Betrugsbekämpfung im Rahmen der IV-Revision 6b

Formell-gesetzliche Grundlage grundsätzlich begrüßenswert, insbesondere betreffend die Möglichkeit der vorsorglichen Leistungseinstellung (vgl. Entwurf Art. 52a ATSG); Frage der Verhältnismässigkeit bzw. der Voraussetzungen des „Verdachts“ unklar.

# III. Observation durch Sozialversicherer

## e. Gesetzesrevisionen

Datenschutzrechtliche Aspekte zur verstärkten Betrugsbekämpfung im Rahmen der IV-Revision 6b

Genügende gesetzliche Grundlage für Observationen im Zusammenspiel mit geltendem Art. 59 Abs. 5 IV?

Koordination der IV-Revision 6b mit der UVG-Revision (Entwurf Art. 44a ATSG)?

# IV. Konsequenzen für Begutachter



- a. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend Observation durch Versicherer wird zu Recht kritisiert.
- b. Observationsberichte sind daher vom Begutachter kritisch zu hinterfragen und haben grundsätzlich nicht den Wert wie medizinische Beurteilungen und sonstige Arztberichte.



# IV. Konsequenzen für Begutachter



- c. Der Begutachter ist darüber zu informieren, warum bzw. welche Gründe im Rahmen der Interessenabwägung zur Observation durch den Versicherer geführt haben.
- d. Die Observationsresultate sind vor allem dann kritisch zu würdigen, wenn kein konkreter Verdacht auf Versicherungsmissbrauch gegeben ist (Verhältnismässigkeitsprinzip).

# IV. Konsequenzen für Begutachter



- c. Die Resultate der Observationsberichte sind dem Patienten bzw. dem zu Begutachtenden mitzuteilen und mit ihm detailliert zu besprechen (Transparenzprinzip).
- d. Ob und inwiefern Observationsberichte medizinisch einen Wert haben, ist eine medizinische Frage. Im Zweifel ist auf den Einbezug von Observationsberichten zu verzichten.



# Kontaktadresse

---

Matthias Horschik  
Rechtsanwalt  
Weinbergstrasse 24  
8001 Zürich

Telefon 044 251 30 62  
E-Mail [m.horschik@horschik.ch](mailto:m.horschik@horschik.ch)  
Internet [www.horschik.ch](http://www.horschik.ch)