

Die neuen Observationsartikel im ATSG und in der ATSV – Mit besonderem Blick auf die berufliche Vorsorge

**Masterarbeit von**

Anna Kriech

Verfasst im Rahmen der Masterarbeit unter der Aufsicht von Prof. Dr. Marc Hürzeler im Herbstsemester 2019 an der Universität Luzern

## Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	IV
Materialienverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	X
1. EINLEITUNG	1
2. ENTWICKLUNGEN/RÜCKBLICK	1
3. OBSERVATIONEN IM SOZIALVERSICHERUNGSRECHT: BISHERIGE RECHTSLAGE	3
3.1 AUSGANGSPUNKT: ART. 43 ATSG	3
3.1.1 UNTERSUCHUNGSPFLICHT	3
3.1.2 BEWEISMITTEL	4
3.2 OBSERVATION IM BESONDEREN	5
3.3 VEREINBARKEIT MIT DEN GRUNDRECHTEN DER BUNDESVERFASSUNG	6
3.3.1 SCHUTZBEREICH	6
3.3.2 EINGRIFF	7
3.3.3 GESETZLICHE GRUNDLAGE	8
3.3.4 ÖFFENTLICHES INTERESSE	9
3.3.5 VERHÄLTNISSMÄSSIGKEIT	9
3.3.6 KERNGEHALT	10
3.4 VERWERTBARKEIT IM VERFAHREN	10
3.4.1 RECHTSPRECHUNG DES EGMR	10
3.4.2 RECHTSPRECHUNG DES BUNDESGERICHTS	10
3.4.3 KRITIK	12
3.5 RECHTSPRECHUNG DES BUNDESGERICHTS BIS ZUM EGMR-ENTSCHEID (VUKOTA-BOJIC GEGEN DIE SCHWEIZ)	15
3.6 OBSERVATIONEN AM BEISPIEL DER INVALIDENLEISTUNGEN IN DER INVALIDENVERSICHERUNG UND IN DER UNFALLVERSICHERUNG	16
4. DAS NEUE OBSERVATIONSRECHT IM ATSG UND IN DER ATSV	17
4.1 AUSGANGSLAGE	17
4.2 ERLÄUTERUNG DER ART. 43A UND 43B ATSG	18
4.2.1 KONKRETE ANHALTSPUNKTE	19
4.2.2 ZUSTÄNDIGE PERSON UND GENEHMIGUNGSPFLICHT	21
4.2.3 ZULÄSSIGER ORT	22

4.2.4 ZULÄSSIGER ZEITRAUM	23
4.2.5 BEAUFTRAGUNG VON SPEZIALISTEN	23
4.2.6 INFORMATIONSPFLICHT DES VERSICHERUNGSTRÄGERS	24
4.2.7 BEZUG ZUM STRAFRECHT	25
4.2.8 SCHADENMINDERUNGSPFLICHT	26
4.2.9 GENEHMIGUNG DES EINSATZES VON TECHNISCHEN INSTRUMENTEN ZUR STANDORTBESTIMMUNG	26
4.2.10 ALLGEMEINE KRITIK DER LEHRE	27
4.3 AUSFÜHRUNGSBESTIMMUNGEN NACH ART. 7A FF. ATSV	29
4.3.1 BEWILLIGUNGSPFLICHT	29
4.3.2 BEWILLIGUNGSVORAUSSETZUNGEN	30
4.3.3 MODALITÄTEN DER BEWILLIGUNG	31
4.3.4 ORT UND MITTEL DER OBSERVATION	31
4.3.5 AKTENFÜHRUNG	32
5. OBSERVATIONEN IN DER 2. SÄULE	33
5.1 AKTUELLE RECHTSLAGE	33
5.1.1 RECHTLICHE GRUNDLAGEN	34
5.1.2 PRAXIS	34
5.2 REFORMBEDARF FÜR OBSERVATIONEN IN DER BERUFLICHEN VORSORGE?	34
5.2.1 EIGENE GESETZLICHE GRUNDLAGE	34
5.2.2 ART. 28 ZGB	36
5.2.3 OBSERVATION DURCH STRAFBEHÖRDEN	37
5.2.4 SCHLUSSFOLGERUNGEN	40
6. ZUSAMMENFASSUNG	40

## Literaturverzeichnis

### Zitierweise:

Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autors sowie mit Seitenzahl/Paragraph und/oder Randziffer/Randnote zitiert.

- |  |   |
|--|---|
| AEBI-MÜLLER REGINA                                     | Observation – Nutzen und Grenzen aus Sicht des Zivil- und des Zivilprozessrechts, in: HAVE 2011, S. 153 ff.   |
| AEBI-MÜLLER REGINA/<br>EICKER ANDREAS/<br>VERDE MICHEL | Grenzen bei der Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation/ I.-II., Versicherungsmissbrauch, Ursachen-Wirkungen-Massnahmen, in: Schmid Jörg/Riemer-Kafka Gabriela (Hrsg.), LBR - Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 45, Luzern 2010, S. 13 ff. |
| ALIOTTA MASSIMO  | Begutachtungen im Bundessozialversicherungsrecht, Gehörs- und Partizipationsrechte der versicherten Person bei Begutachtungen im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren gemäss ATSG, in: SZS 2017, S. 61 ff.  |
| BOLT ROGER/<br>BRYNER SIMONE                           | Observationen in der Praxis – Sichtweise Suva, in: HAVE 2018, S. 209 ff.  |
| CADERAS CLAUDIA/<br>HÜRZELER MARC                      | Rüge für die Schweiz mangels hinreichender Gesetzesgrundlage für Observationen durch Versicherer, in: HAVE 2016, S. 425 ff.   |
| CHAPPUIS GUY   | L'observation des assurés: panacée ou épouvantail?, in: HAVE 2018, S. 203 f.  |
| DILLENA ANJA   | Sozialversicherungsrecht in Konflikt mit Grundrechten und die Bedeutung der EMRK, in: Sutter-Somm Thomas (Hrsg.), IMPULSE - Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft Band/Nr. 29, Basel 2018, S. 20 ff.  |
| DUCREY NATHALIE  | Die Rechtmässigkeit der Observation durch die Sozialversicherung – eine kritische   |

- Analyse von Art. 43a ATSG, in: QFLR 1/2019, S. 10 ff.
- GÄCHTER THOMAS Schnell, schwammig, schlecht, in: HAVE 2018, S. 216 ff.
- GÄCHTER THOMAS/  
MEIER MICHAEL E. Rechtswidrige Observationen in der IV - Verwertbarkeit der Observationskenntnisse, Bemerkung zum Leitentscheid 9C\_806/2016 vom 14. Juli 2017 (zur Publikation vorgesehen), in: Jusletter 14. August 2017
- DIESELBEN Observation - ein Rechtsinstitut unter Beobachtung, in: Jusletter 11. Dezember 2017 (zit. GÄCHTER/MEIER, Observation, S. ... Rz. ...)
- GÄCHTER THOMAS/  
SANER KASPAR Kommentierung von Art. 49 BVG, in: Schneider Jacques-André/Geiser Thomas/Gächter Thomas (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, BVG und FZG, Bundesgesetze über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge sowie über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, 2. Aufl., Bern 2019 (zit. GÄCHTER/SANER, Art. ... N ...)
- HEUSSER PIERRE ATSG goes TKKG: Sozialdetektive sind unnötig, systemwidrig und unverhältnismässig, in: HAVE 2018, S. 206 ff.
- DERSELBE Observationen: Der neue Art. 43a ATSG auf dem Prüfstand, in: Kieser Ueli/Pärli Kurt/Uttinger Ursula (Hrsg.), Datenschutztagung 2018, Ein Blick auf aktuelle Rechtsentwicklungen, Zürich/St. Gallen 2019 (zit. HEUSSER, Observationen, S. ...)
- HÜRZELER MARC Observation in der 2. Säule?, in: HAVE 2018, S. 226 ff.

- KAHIL-WOLFF HUMMER BETTINA  
Kommentierung von Art. 35a BVG, in:  
Schneider Jacques-André/Geiser  
Thomas/Gächter Thomas (Hrsg.), Kommen-  
tar zum schweizerischen Sozialversiche-  
rungsrecht, BVG und FZG, Bundesgesetze  
über die berufliche Alters-, Hinterlassenen-  
und Invalidenvorsorge sowie über die Frei-  
zügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinter-  
lassenen- und Invalidenvorsorge, 2. Aufl.,  
Bern 2019 (zit. KAHIL-WOLFF HUMMER,  
Art. ... N ...)
- KIESER UELI  
ATSG Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2015  
(zit. KIESER, ATSG Kommentar, Art. ... N  
...)
- DERSELBE  
Schweizerisches Sozialversicherungsrecht,  
2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017
- DERSELBE  
Wie (werden und) müssten die Observati-  
onsergebnisse im Sozialversicherungsver-  
fahren verwertet werden?, in: HAVE 2018,  
S. 221 ff. (zit. KIESER, Observationsergeb-  
nisse, S. ...)
- LOCHER THOMAS/  
GÄCHTER THOMAS  
Grundriss des Sozialversicherungsrechts,  
4. Aufl., Bern 2014
- MEYER ULRICH/  
UTTINGER LAURENCE  
Kommentierung von Art. 73 BVG, in:  
Schneider Jacques-André/Geiser  
Thomas/Gächter Thomas (Hrsg.), Kommen-  
tar zum schweizerischen Sozialversiche-  
rungsrecht, BVG und FZG, Bundesgesetze  
über die berufliche Alters-, Hinterlassenen-  
und Invalidenvorsorge sowie über die Frei-  
zügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinter-  
lassenen- und Invalidenvorsorge, 2. Aufl.,  
Bern 2019 (zit. MEYER/UTTINGER, Art. ...  
N ...)
- MOHLER MARKUS  
Observation durch Sozialversicherungen:  
Verfassung als oberstes Recht - nur wenn's  
passt! in: NZZ vom 04.10.2018 (Nr. 230),  
S. 10

- MOSER-SZELESS MARGIT  
La surveillance comme moyen de preuve en assurance sociale, in: SZS 2013, S. 129 ff.
- PÄRLI KURT  
Observation von Versicherten – Der Gesetzgeber auf Abwegen, in: recht. Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 2018, S. 120 ff.
- PIETH MARC  
Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 2016
- RIEMER-KAFKA GABRIELA  
Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 7. Aufl., Bern 2019
- SCHLEIFER ROMAN/  
KIESER UELI/  
LIEBRENZ MICHAEL  
Verwendung von Observationsmaterial im Rahmen von psychiatrischen Begutachtungen, in: SZS 2019, S. 197 ff.
- STAUFFER HANS-ULRICH  
Berufliche Vorsorge, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019
- STOLKIN PHILIP  
Observationen, Kompetenzen und Gesetze, Oder: Der kleine Unterschied zwischen Versicherung und Polizei, in: Jusletter 27. März 2017
- TEICHMANN FABIAN/  
WEISS MARCO  
Die Verwertbarkeit von Observationen durch Privatdetektive im Verfahrensrecht, in: ZBJV 155/2019, S. 137 ff.
- DIESELBEN  
Neue Rechtslage bei Observationen, Bemerkungen zu Art. 43a und Art. 43b ATSG, in: Jusletter 12. August 2019 (zit. TEICHMANN/WEISS, Neue Rechtslage bei Observationen, S. ...)
- VAN DER STROOM YVONNE  
Grundlagen und Schranken der Weitergabe von Observationsergebnissen, Zum Verhältnis zwischen Sozialversicherern und Strafbehörden, in: Jusletter 21. Oktober 2019

VETTER-SCHREIBER ISABELLE

BVG FZG Kommentar, Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz), und mit weiteren Erlassen, 3. Aufl., Freiburg 2013 (zit. VETTER-SCHREIBER, Art. ... N ...)

WALDENMEYER CATHERINE

Observationen durch Haftpflichtversicherer: rechtmässig oder nicht?, in: HAVE 2017, S. 284 ff.

WALDENMEYER CATHERINE/  
KÜHNE PAUL/  
BÄR HUBERT

Observation als Freibrief für Detektive?, in: HAVE 2018, S. 212 ff.

## Materialienverzeichnis

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 2. März 2018, BBl 2018 1607 ff. (zit. Botschaft ATSG, S. ...)

Erläuternder Bericht des EDI, Bundesamt für Sozialversicherungen, zur Änderung der Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV): Ausführungsbestimmungen zur Überwachung von Versicherten, Bern, 7. Juni 2019 (zit. EDI, Erläuternder Bericht, S. ...)

Hintergrunddokument des Bundesamts für Sozialversicherungen über die Erfahrungen der Invalidenversicherung mit Observationen im Rahmen der Abstimmung vom 25.11.2018/Gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten vom 7. November 2018 (zit. BSV, Hintergrunddokument, Erfahrungen der Invalidenversicherung mit Observationen, S. ...)

Hintergrunddokument des Bundesamts für Sozialversicherungen über die Observationsartikel im Detail im Rahmen der Abstimmung vom 25.11.2018 (zit. BSV, Hintergrunddokument, Die Observationsartikel im Detail, S. ...)

Hintergrunddokument des Bundesamts für Sozialversicherungen über den Einsatz von technischen Instrumenten im Rahmen von Observationen im Rahmen der Abstimmung vom 25.11.2018 (zit. BSV, Hintergrunddokument, Der Einsatz von technischen Instrumenten im Rahmen von Observationen, S. ...)

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
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
BBl	Bundesblatt
bez.	bezüglich
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BSV	Bundesamt für Sozialversicherungen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40)
bzw.	beziehungsweise
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (SR 235.1)
E.	Erwägung
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
etc.	et cetera
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FZG	Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 17. Dezember 1993 (SR 831.42)

gl.M.	gleicher Meinung
HAVE	Haftung und Versicherung (Luzern)
Hrsg.	Herausgeber
IV	Invalidenversicherung
i.V.m.	in Verbindung mit
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (SR 831.20)
LBR	Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft
lit.	litera
N	Note
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
QFLR	Quid? Fribourg Law Review (Fribourg)
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.a.	siehe auch
SGK	Kommissionen für soziale Sicherheit und Gesundheit
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
s.o.	siehe oben
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
Suva	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (Bern)
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20)
vgl.	vergleiche
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

## 1. Einleitung

«For the above reasons, the Court does not consider that the domestic law indicated with sufficient clarity the scope and manner of exercise of the discretion conferred on insurance companies acting as public authorities in insurance disputes to conduct secret surveillance of insured persons.»<sup>1</sup> Das Urteil des EGMR, aus welchem dieser Satz stammt, erging 2016 und veranlasste die Schweiz, ihre bestehenden Rechtsgrundlagen zur Observation im Sozialversicherungsrecht zu ändern. Im Eiltempo wurden das ATSG und die ATSV mit neuen Artikeln ergänzt, welche eine erneute Verletzung der EMRK verhindern sollen.

Verschiedene Gründe sorgen dafür, dass die berufliche Vorsorge nicht in den Geltungsbereich des ATSG fällt. Einer dieser Gründe ist das Fehlen einer hoheitlichen Verfügungskompetenz der Vorsorgeeinrichtungen, was zu einer Sonderbehandlung im Bereich des Verfahrensrechts führt. Ein weiterer Grund ist das Zusammenwirken von Obligatorium und weitergehender beruflicher Vorsorge und das damit verbundene Spannungsfeld von Privatautonomie und gesetzlicher Regelung.<sup>2</sup> Im Zuge der ATSG-Revision wurde keine Regelung für die berufliche Vorsorge bezüglich Observation geschaffen. Im Folgenden geht es einerseits um die Darstellung der bisherigen Rechtslage in Verbindung mit den Observationen im Sozialversicherungsrecht sowie um die Auseinandersetzung mit den neuen Observationsartikeln und andererseits um die Konsequenz für Observationen in der beruflichen Vorsorge sowie Änderungs- bzw. Neuerungsvorschläge für dieselbe.

## 2. Entwicklungen/Rückblick

Die Invalidenversicherung und die Unfallversicherung verzeichneten ab den 1990er Jahren eine überdurchschnittliche Zunahme von Rentenleistungen. Zwischen 1990 und 2003 stieg die Zahl der Bezügerinnen und Bezüger von IV-Renten rasant an (um 5 % pro Jahr). Im Bereich der sozialen Sicherheit gab es in der Folge eine intensive öffentliche Auseinandersetzung über den unrechtmässigen Bezug von Leistungen. Nachdem das Bundesgericht in BGE 129 V 323 der Suva erlaubt hatte, die Observationsergebnisse eines Privatversicherers zu verwenden, wurden die Observationen zum Thema. Die Suva wird durch das Gesetz verpflichtet, Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen – eine Beschränkung der Beweismittel war dabei gemäss Bundesgericht nicht vorgesehen. Die Einschränkung des Privatsphärenschutzes sei erlaubt, denn es bestehe ein öffentliches Interesse an der Nichterbringung nicht geschuldeter Leistungen. In

---

<sup>1</sup> Urteil des EGMR *Vukota-Bojic gegen Schweiz* (Nr. 61838/10) vom 18. Oktober 2016, N 77.

<sup>2</sup> HÜRZELER, S. 226.

BGE 135 I 169 erteilte das Bundesgericht der Suva die Erlaubnis, selber Observationen durchzuführen. Durch diese Diskussion und die Praxis der Unfallversicherungen wurden Observationen auch in der Invalidenversicherung ein Thema. Mit der 5. IV-Revision wurde Art. 59 Abs. 5 IVG in Kraft gesetzt, welcher besagt, dass die IV-Stellen zur Bekämpfung des ungerechtfertigten Leistungsbezugs Spezialisten beiziehen können. Das Parlament und das Bundesgericht waren der Meinung, Art. 59 Abs. 5 IVG sei auch für den Einsatz von Observationen und Detektiven eine ausreichende gesetzliche Grundlage. Trotz des grünen Lichts, welches das Bundesgericht der Suva in BGE 135 I 169 erteilt hatte, schlug der Bundesrat im Jahre 2008 vor, Art. 44a als entsprechende Grundlage für Observationen ins ATSG aufzunehmen. Die Revision, welche zu einer detaillierteren und umfassenderen Regelung als in der IV geführt hätte, scheiterte im Jahre 2011.<sup>3</sup> Im Durchschnitt der Jahre 2010-2016 hat die IV nur selten eine Observation eingesetzt. Die Observationen durch die IV wurden seit 2009 mehrmals durch Gerichte überprüft. Dabei entwickelte das Bundesgericht eine klare Praxis. Es überprüfte die Observationen auf Übereinstimmung mit den Voraussetzungen nach Art. 36 BV, welcher die Einschränkung von Grundrechten regelt. In keinem Urteil kam das Bundesgericht zum Schluss, dass eine von der IV-Stelle durchgeführte Observation unverhältnismässig gewesen sei. Am 18. Oktober 2016 stellte der EGMR, wie eingangs erwähnt, fest, dass die gesetzlichen Grundlagen zur Durchführung einer Observation im Bereich der schweizerischen Unfallversicherung nicht ausreichen.<sup>4</sup> Das Bundesgericht entschied folglich am 14. Juli 2017, dass auch die gesetzliche Grundlage im IVG den Anforderungen des EGMR nicht standhalten kann.<sup>5</sup> Im Jahre 2017 stoppte die Invalidenversicherung ihre Observationen.<sup>6</sup> Dies führte dazu, dass sich die Kommissionen für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) des Ständerats und des Nationalrats darauf einigten, eine gesetzliche Grundlage für alle Sozialversicherungen im ATSG zu schaffen. Am 22. Februar 2017 gab der Bundesrat im Rahmen der bereits geplanten ATSG-Revision eine konkrete Gesetzesvorlage in die Vernehmlassung. Das Parlament entschied in der Folge, die Bestimmungen zur Observation aus der ATSG-Revision herauszulösen und vorzuziehen. Die SGK unterbreiteten am 7. September 2017 dem Parlament den Gesetzesentwurf. Der Bundesrat schlug eine Änderung vor und aufgrund dieser verabschiedete das Parlament die bereinigte Vorlage. Am 5. Juli 2018 wurde gegen die Gesetzesänderung das Referendum ergriffen. Am 25. November 2018 kam die Vorlage zur Abstimmung vors Volk und wurde angenommen.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> BSV, Hintergrunddokument, Erfahrungen der Invalidenversicherung mit Observationen, S. 1 f.

<sup>4</sup> BSV, Hintergrunddokument, Erfahrungen der Invalidenversicherung mit Observationen, S. 3 f.

<sup>5</sup> BGE 143 I 277 E. 4 S. 384.

<sup>6</sup> BSV, Hintergrunddokument, Erfahrungen der Invalidenversicherung mit Observationen, S. 4.

<sup>7</sup> BSV, Hintergrunddokument, Die Observationsartikel im Detail, S. 1 f.

Seit dem 1. Oktober 2019 sind die neuen Bestimmungen im ATSG (Art. 43a und 43b ATSG) und in der ATSV (Art. 7a ff. ATSV) in Kraft.

### **3. Observationen im Sozialversicherungsrecht: Bisherige Rechtslage**

#### **3.1 Ausgangspunkt: Art. 43 ATSG**

Gemäss Art. 43 ATSG hat der Versicherungsträger die notwendigen Abklärungen von Amtes wegen vorzunehmen. Dies impliziert die Untersuchungspflicht bzw. die Pflicht, den Sozialversicherungsfall von Amtes wegen abzuklären.<sup>8</sup> Nach dem Untersuchungsgrundsatz muss die verfügende Instanz den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen, aus eigener Initiative richtig und vollständig abklären ohne Bindung an die Beweisanträge oder Vorbringen der Parteien.<sup>9</sup> Im am Verwaltungsverfahren anschliessenden Beschwerdeverfahren nimmt der Versicherungsträger Parteistellung ein. Dies ändert nichts daran, dass die im Verwaltungsverfahren vorgenommenen Abklärungen vom Versicherungsträger vorgenommen wurden, jedoch fällt die gleichzeitige Ausübung dieser zwei Funktionen nicht leicht.<sup>10</sup> Es handelt sich bei Art. 43 ATSG jedoch um eine unvollständige Regelung des Abklärungs- und Beweisverfahrens, da unter anderem lediglich ein einzelnes Beweismittel – die Auskunft – genannt wird. Art. 43 ATSG steht in Beziehung zu anderen Artikeln. Von Bedeutung ist Art. 28 ATSG, der die Mitwirkungspflichten der leistungsbeanspruchenden Person und Dritter regelt.<sup>11</sup> Daneben sind weitergehende Mitwirkungspflichten in den Einzelgesetzen der jeweiligen Sozialversicherungszweigen statuiert.<sup>12</sup>

##### **3.1.1 Untersuchungspflicht**

Vor dem Erlass der verfahrensabschliessenden Endverfügung ist der rechtserhebliche Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären.<sup>13</sup> Tatsachen sind rechtserheblich, wenn von deren Vorliegen der Entscheid über die Rechte und Pflichten abhängt. Zusätzliche Abklärungen sind nur vorzunehmen, wenn sich aus den Akten oder Parteivorbringen Anhaltspunkte ergeben, die dazu hinreichenden Anlass ergeben.<sup>14</sup> Es sind nur die notwendigen Abklärungen von Amtes wegen

---

<sup>8</sup> KIESER, ATSG Kommentar, Art. 43 N 2; KIESER, S. 534 N 8; LOCHER/GÄCHTER, S. 537 N 2.

<sup>9</sup> BGE 122 V 157 E. 1a S. 158; KIESER, S. 534 N 9; LOCHER/GÄCHTER, S. 537 N 3.

<sup>10</sup> KIESER, S. 534 N 8.

<sup>11</sup> KIESER, ATSG Kommentar, Art. 43 N 4 und 5.

<sup>12</sup> KIESER, ATSG Kommentar, Art. 43 N 8.

<sup>13</sup> KIESER, ATSG Kommentar, Art. 43 N 13 und 14; LOCHER/GÄCHTER, S. 538 N 3.

<sup>14</sup> BGE 117 V 282 E. 4a S. 183; LOCHER/GÄCHTER, S. 538 N 4.

vorzunehmen. Die Notwendigkeit ergibt sich aus der Tiefe und dem Umfang der vorzunehmenden Abklärungen. Dies bedeutet, dass der Sozialversicherer zunächst abzugrenzen hat, welche Teile für die zu entscheidende Frage massgebend sind. Hierfür muss er die wesentlichen Sachverhaltselemente eruieren.<sup>15</sup> Im Anschluss muss der Versicherungsträger den abgegrenzten Sachverhalt zweifelsfrei abklären. Dies ist der Fall, wenn der Hauptbeweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im Sozialversicherungsrecht erreicht ist. Gemäss Rechtsprechung hat der Versicherungsträger einen grossen Ermessensspielraum bezüglich medizinischer Erhebungen.<sup>16</sup>

### 3.1.2 Beweismittel

Art. 43 ATSG regelt nicht abschliessend, welche Beweismittel im Verwaltungsverfahren zulässig sind. Die ATSG-Bestimmungen erwähnen immerhin schriftliche Auskünfte (Art. 12 Abs. 2 und 3 ATSG), Arztberichte (Art. 29 Abs. 2 ATSG), mündliche Auskünfte (Art. 43 Abs. 1 Satz 2 ATSG) sowie Gutachten (Art. 44 ATSG). Ergänzend sind die Beweismittel in Art. 12 VwVG zu berücksichtigen.<sup>17</sup> Im Rahmen dieser gesetzlichen Bestimmungen können die Sozialversicherungsträger in ihrem Ermessen entscheiden, wie der rechtserhebliche Sachverhalt abgeklärt wird. Das Bundesgericht hat aber in verschiedenen Urteilen festgehalten, welche Beweismittel bei gewissen abzuklärenden Sachverhalten einzuholen sind.<sup>18</sup> Leidet eine Person zum Beispiel an einem psychischen Gesundheitsschaden, so ist für die Abklärung der Leistungspflicht des Sozialversicherungsträgers ein psychiatrisches Gutachten einzuholen.<sup>19</sup>

Daneben liess die Rechtsprechung im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren die Verwertung von Berichten zu, welche gestützt auf durchgeführte Überwachungen durch die Haftpflichtversicherung erstellt wurden.<sup>20</sup> Art. 43 ATSG war die gesetzliche Grundlage dafür. Gemäss Art. 43 ATSG obliegt es wie erwähnt dem Versicherungsträger, die notwendigen Abklärungen vorzunehmen. Somit bestand nach Auffassung des Bundesgerichts mit dieser Bestimmung, zumindest in Verbindung mit Art. 28 ATSG, welcher für die versicherte Person eine allgemeine Auskunftspflicht statuiert, eine genügende Grundlage für die Anordnung einer Observation.<sup>21</sup>

---

<sup>15</sup> KIESER, ATSG Kommentar, Art. 43 N 17 ff.; KIESER, S. 534 f. N 9.

<sup>16</sup> KIESER, ATSG Kommentar, Art. 43 N 20.

<sup>17</sup> ALIOTTA, S. 63; KIESER, ATSG Kommentar, Art. 43 N 30 und 32; MOSER-SZELESS, S. 129, 134.

<sup>18</sup> ALIOTTA, S. 64 f.

<sup>19</sup> BGE 130 V 396 E. 5.3 S. 399.

<sup>20</sup> KIESER, ATSG Kommentar, Art. 43 N 43.

<sup>21</sup> BGE 135 I 169 E. 5.4 S. 173.

### 3.2 Observation im Besonderen

Observationen sollen Rückschlüsse auf die Arbeitsfähigkeit und den Gesundheitszustand des Versicherten ermöglichen.<sup>22</sup> Im Sozialversicherungsrecht dienen sie dazu, den Versicherungsmissbrauch zu bekämpfen.<sup>23</sup> Im Jahre 2016 wurden von 650 Missbrauchsfällen 180 durch Observation aufgedeckt. Von Versicherungsmissbrauch wird gesprochen, wenn unrechtmässig Versicherungsleistungen bezogen werden.<sup>24</sup> Eine Observation ist eine systematische und verdeckte Überwachung von Tätigkeiten einer Person während einer gewissen Zeit.<sup>25</sup> Gemäss Bundesgericht sollen damit «Tatsachen, welche sich im öffentlichen Raum verwirklichen und von jedermann wahrgenommen werden können, systematisch gesammelt und erwahrt werden».<sup>26</sup> Dabei wird die Unwissenheit der Zielperson über ihre Überwachung ausgenutzt, damit systematisch Informationen gesammelt werden können, die die überwachte Person bei einer Befragung vielleicht nicht preisgegeben hätte.<sup>27</sup> Bei den systematischen Beobachtungen kann es zu tiefen Einblicken in das Privatleben der Versicherten kommen.<sup>28</sup> Für das Ansetzen einer Observation bedarf es immer konkreter Anhaltspunkte. Vage Vermutungen reichen nicht aus. Ausserdem muss die Observation immer verhältnismässig sein.<sup>29</sup> Die Observation erfolgt normalerweise mittels Einsatzes eines Privatdetektivs. Es ist nicht Sinn und Zweck, Kontakte zur überwachten Person zu knüpfen wie bei einer verdeckten Ermittlung. Bei Observationen werden meist über das reine Beobachten und Rapportieren hinaus Foto- oder Videoaufnahmen gemacht. Diese können ganze Abläufe dokumentieren oder sich auf bestimmte Momente beschränken. Als Observationsinhalte kommen Arbeiten, Treppensteigen, Heben von Lasten, sportliche Aktivitäten etc. in Betracht, die Rückschlüsse auf Arbeitsfähigkeit, körperliche Leistungsfähigkeit, Schmerzen etc. geben.<sup>30</sup> Zusammen mit einer ärztlichen Aktenbeurteilung können Ergebnisse einer zulässigen Observation die Eignung haben, eine genügende Grundlage für Sachverhaltsfeststellungen betreffend die Arbeitsfähigkeit und den Gesundheitszustand zu bilden.<sup>31</sup> Die Aussagekraft von Observationsmaterial ist für die Beurteilung von psychischen Beeinträchtigungen gering. Die Bild- und Tonaufnahmen können keinen direkten Aufschluss über

---

<sup>22</sup> DILLENA, N 80.

<sup>23</sup> GÄCHTER/MEIER, Observation, S. 3 Rz. 1; DUCREY, S. 10.

<sup>24</sup> DUCREY, S. 10.

<sup>25</sup> DUCREY, S. 10 f.; GÄCHTER/MEIER, Observation, S. 2 Rz. 1.

<sup>26</sup> Urteil des BGer 8C\_239/2008 vom 17. Dezember 2009 E. 6.3; BGE 135 I 169 E. 4.3 S. 171.

<sup>27</sup> GÄCHTER/MEIER, Observation, S. 2 f. Rz. 1 f.

<sup>28</sup> DILLENA, N 80.

<sup>29</sup> DUCREY, S. 10 f.

<sup>30</sup> AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, S. 15 f.

<sup>31</sup> BGE 137 I 327 E. 7.1 S. 337.

den emotionalen Zustand des Überwachten liefern. Dennoch können in einigen Fällen Observationen Einschätzungen von Fähigkeiten und Funktionen (Erledigung von komplexen Aufgaben, Antrieb, Kontakt zu Dritten etc.) ermöglichen.<sup>32</sup>

### **3.3 Vereinbarkeit mit den Grundrechten der Bundesverfassung**

Da es – wie erwähnt – bei systematischen Beobachtungen oft zu tiefen Einblicken in das Privatleben der Versicherten kommt, ist die Vereinbarkeit mit den Grundrechten der Bundesverfassung zu prüfen.

Vom Persönlichkeitsschutz der BV und der EMRK werden alle grundlegenden Erscheinungsformen der Persönlichkeitsentfaltung umfasst. Der Schutz des Privatlebens wird als Aspekt davon durch Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK gewährleistet.<sup>33</sup> Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist Teil des Rechts auf Achtung der Privatsphäre und schützt gemäss Art. 13 Abs. 2 BV vor dem Missbrauch persönlicher Daten. Darüber hinaus ergibt sich aus dieser Bestimmung der Anspruch, über die Bearbeitung von eigenen Informationen und deren Zweck autonom bestimmen zu können. Das Datenschutzgesetz (DSG) verdeutlicht den Grundrechtsschutz. Es gibt strenge Anforderungen an die Eingriffsvoraussetzungen bei der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten, wozu u.a. Daten über die Gesundheit gehören.<sup>34</sup>

#### **3.3.1 Schutzbereich**

Observationen tangieren den Schutzbereich des Rechts auf Achtung der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) sowie den Schutzbereich der informationellen Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV). Das Recht auf Achtung der Privatsphäre beinhaltet gemäss Art. 13 Abs. 1 BV den Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung sowie des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs. Die informationelle Selbstbestimmung beschlägt gemäss Art. 13 Abs. 2 BV den Schutz vor dem Missbrauch persönlicher Daten. Es wird jedoch regelmässig keine Verletzung von Art. 13 Abs. 2 BV im Zusammenhang mit Observationen gerügt.<sup>35</sup> Die Schutzbereiche von Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK sind weitgehend identisch.<sup>36</sup> Daneben wird durch Observationen auch die persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV berührt. Die persönliche Freiheit hat einen eigenen Schutzbereich. Sie schützt die Vertraulichkeit und

---

<sup>32</sup> SCHLEIFER/KIESER/LIEBRENZ, S. 197, 199.

<sup>33</sup> DILLENA, N 82.

<sup>34</sup> DILLENA, N 83 f.

<sup>35</sup> BGE 137 I 327 E. 4.4 S. 330; DILLENA, N 85; MOSER-SZELESS, S. 129, 138.

<sup>36</sup> WALDENMEYER, S. 284, 286.

Diskretion personenbezogener Daten und Informationen sowie die Erhebung von Informationen durch den Staat, für welche er keine ausreichende Begründung geliefert hat.<sup>37</sup>

Für den Umfang der Privatsphäre stellt sich die Frage, wann der Einzelne eine «Privatsphäre» fordern kann. Der Schutz der Privatsphäre betrifft private und geschlossene Räume, aber auch öffentliche und externe Orte, wobei das entscheidende Kriterium darin liegt, ob der Betroffene mit der Vertraulichkeit rechnen kann.<sup>38</sup> Demnach können auch Handlungen des Staates auf öffentlichem Grund einen Eingriff in die Privatsphäre darstellen.<sup>39</sup>

### 3.3.2 Eingriff

Überwachungsmaßnahmen stellen einen Eingriff in die persönliche Freiheit bzw. eine Verletzung der Persönlichkeit dar, unabhängig davon, ob die beobachteten Handlungen oder Verhaltensweisen in einem privaten Bereich, an zugänglichen oder nicht öffentlichen Orten stattfinden.<sup>40</sup> Der Grad der öffentlichen Zugänglichkeit oder der Ort sind Indikatoren für die Intensität des Eingriffs. Die Überwachung an einem öffentlichen Ort schädigt die Privatsphäre weniger als in einem privaten Bereich.<sup>41</sup> Gemäss Art. 35 Abs. 2 BV ist, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu deren Verwirklichung beizutragen. Infolgedessen haben Sozialversicherer bei ihrer Erfüllung staatlicher Aufgaben die Grundrechte zu wahren. Für die Zulässigkeit eines Eingriffs sind die Rechtfertigungsvoraussetzungen nach Art. 36 BV zu prüfen.<sup>42</sup> Gemäss Art. 36 BV bedarf es zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit. Daneben darf der Kerngehalt des Grundrechts nicht verletzt werden. Für die Grundrechtsbindung ausschlaggebend ist die Art der Aufgabenerfüllung. Nur Träger staatlicher Aufgaben sind an die Grundrechte gebunden. Eine staatliche Aufgabe liegt vor, wenn der Staat für die Erfüllung einer Aufgabe zu sorgen hat oder wenn das Gesetz oder die Verfassung dem Gemeinwesen eine Tätigkeit zuweist. Einige Autoren wollen den Grundrechten eine direkte Drittwirkung zusprechen. Nach dem Wortlaut der BV ist dies jedoch abzulehnen. Daraus folgt, dass private Haftpflichtversicherer mangels staatlicher Tätigkeit nicht an die Grundrechte gebunden sind.<sup>43</sup>

---

<sup>37</sup> MOSER-SZELESS, S. 129, 139.

<sup>38</sup> MOSER-SZELESS, S. 129, 138.

<sup>39</sup> DILLENA, N 82.

<sup>40</sup> DILLENA, N 86; MOSER-SZELESS, S. 129, 138; WALDENMEYER/KÜHNE/BÄR, S. 212.

<sup>41</sup> MOSER-SZELESS, S. 129, 138.

<sup>42</sup> DILLENA, N 86; WALDENMEYER/KÜHNE/BÄR, S. 212.

<sup>43</sup> WALDENMEYER, S. 284, 288; a.M. STOLKIN, S. 11 f.

### 3.3.3 Gesetzliche Grundlage

Die erste Voraussetzung nach Art. 36 BV ist das Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage für die Observation, welche das Erfordernis des Rechtssatzes erfüllen muss (Abs. 1). Die gesetzliche Grundlage hat generell-abstrakt, genügend bestimmt und präzise formuliert zu sein. Nur wenn diese Erfordernisse erfüllt sind, kann den Interessen der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit sowie der Vorhersehbarkeit Rechnung getragen werden. Ausserdem soll die gesetzliche Grundlage vor dem Missbrauch staatlicher Macht schützen.<sup>44</sup> Die Norm muss so genau sein, dass die Bürger in der Lage sind, den Geltungsbereich des Gesetzes einzuschätzen und ihr Verhalten mit Wissen anzupassen.<sup>45</sup> Je intensiver eine Einschränkung ist, desto präziser und sachhaltiger muss der Rechtssatz sein. Nur so kann das Bedürfnis nach Rechtssicherheit befriedigt werden.<sup>46</sup> Ob ein Rechtssatz auf Gesetzesstufe (formelles Gesetz) erforderlich ist, hängt von der Schwere des Grundrechtseingriffs ab. Je schwerer der Eingriff ist, umso höher sind die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage. Bei einem schweren Eingriff muss das verfolgte Interesse bedeutender sein und die Interessenabwägung hat differenzierter und umfassender zu erfolgen.<sup>47</sup> Die Meinungen bezüglich der Schwere eines Eingriffs, der durch eine Observation erfolgt, gehen auseinander.<sup>48</sup> Nach Dillena erscheint es naheliegend, dass der Ort der Observation sowie die verwendeten Techniken für die Beurteilung der Schwere des Eingriffs massgebend sind.<sup>49</sup> Meines Erachtens ist daneben auch die Intensität bzw. die Dauer der Observation von Bedeutung. Art. 17 Abs. 2 DSG besagt, dass die Gesetzesgrundlage für das Bearbeiten von Personendaten, insbesondere von Gesundheitsdaten, eine formell-gesetzliche sein muss. Werden also mittels Überwachungsmassnahmen besonders schützenswerte Daten über den Gesundheitszustand gesammelt, braucht es stets eine formell-gesetzliche Grundlage.<sup>50</sup>

Die Unfallversicherung und die Invalidenversicherung stützten sich bisher bezüglich Observationen auf die Art. 43 und 28 ATSG sowie auf ihre Einzelgesetze (Art. 96 lit. b UVG und Art. 59 Abs. 5 IVG). Vom Bundesgericht wurden diese gesetzlichen Grundlagen bis zum massgebenden Entscheid des EGMR (Vukota-Bojic gegen die Schweiz) als genügend erachtet, um einen Grundrechtseingriff zu rechtfertigen. Unter anderem wurde dies vom Bundesgericht damit begründet, dass keine hohen Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen

---

<sup>44</sup> DILLENA, N 87 f.

<sup>45</sup> MOSER-SZELESS, S. 129, 140.

<sup>46</sup> STOLKIN, S. 4 f.

<sup>47</sup> WALDENMEYER, S. 284, 286.

<sup>48</sup> DILLENA, N 89, Fussnote 260.

<sup>49</sup> DILLENA, N 89.

<sup>50</sup> DILLENA, N 90.

Grundlage zu fordern seien und es sich um einen geringfügigen Eingriff in die Privatsphäre handle, weil Observationen nur auf öffentlichem Grund zulässig seien.<sup>51</sup>

### 3.3.4 Öffentliches Interesse

Die zweite Voraussetzung zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs nach Art. 36 BV ist das Vorliegen eines öffentlichen Interesses oder der Schutz der Grundrechte Dritter (Art. 36 Abs. 2 BV). Das öffentliche Interesse im Zusammenhang mit Observationen ist darin zu sehen, eine durch die Erbringung nicht geschuldeter Leistungen verursachte Schädigung des Versicherungsträgers und der Gemeinschaft zu verhindern. Daneben soll die Institution an sich geschützt werden sowie die damit verbundene Solidarität der Bevölkerung.<sup>52</sup>

### 3.3.5 Verhältnismässigkeit

Des Weiteren muss der Eingriff in die Grundrechte verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV), was drei Teilvoraussetzungen beinhaltet, die zu prüfen sind. In erster Linie muss der Eingriff geeignet sein, das im öffentlichen Interesse liegende Ziel zu erreichen. In zweiter Linie muss der Eingriff in sachlicher, personeller, räumlicher und zeitlicher Hinsicht erforderlich sein, das heisst, es darf kein milderes Mittel geben. In dritter Linie muss der Eingriff zumutbar sein, was bedeutet, dass der Eingriffszweck und die Eingriffswirkung in einem vernünftigen Verhältnis stehen müssen. Bei der letzten Teilvoraussetzung wird auch von Verhältnismässigkeit im engeren Sinne gesprochen.<sup>53</sup> Um die Eignung des Grundrechtseingriffs, hier der Observation, zu bejahen, muss durch die Observation der Verdacht auf Versicherungsmissbrauch geklärt werden. Es darf kein milderes Mittel zur Verfügung stehen, die Observation darf nicht länger dauern als erforderlich, sie darf nur die infrage stehende Person betreffen und sie muss sich inhaltlich auf die Lebensumstände beschränken, die in Frage stehen.<sup>54</sup> Das bedeutet, dass nicht alle Observationen, die von der gesetzlichen Grundlage erfasst sind, im Einzelfall zulässig sind. Insbesondere die Erforderlichkeit ist nicht immer ohne Weiteres gegeben.<sup>55</sup> Gemäss Heusser ist es in keiner Weise zwingend erforderlich, den Sozialversicherungsträgern derartige polizeiliche Mittel wie die Observation zur Verfügung zu stellen.<sup>56</sup> Damit die Zumutbarkeit erfüllt ist,

---

<sup>51</sup> BGE 137 I 327 E. 5.1 ff. S. 331 ff.; BGE 135 I 169 E. 5.4.2 S. 173 f.; DILLENA, N 91; HEUSSER, Observationen, S. 19.

<sup>52</sup> MOSER-SZELESS, S. 129, 148; WALDENMEYER, S. 284, 287.

<sup>53</sup> MOSER-SZELESS, S. 129, 148 ff.; WALDENMEYER, S. 284, 287.

<sup>54</sup> WALDENMEYER, S. 284, 287.

<sup>55</sup> DILLENA, N 103.

<sup>56</sup> HEUSSER, S. 206; HEUSSER, Observationen, S. 28.

braucht es ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem Eingriff und der Aufdeckung des Versicherungsmisbrauchs sowie der Wahrung der Interessen der Versicherungsgemeinschaft.<sup>57</sup>

### 3.3.6 Kerngehalt

Als absolute Grenze des Grundrechts ist dessen Kerngehalt zu beachten. Eine Observation betreffend Intimsphäre einer Person wäre demnach unzulässig. Die Rechtfertigung würde jedoch bereits früher am Erfordernis der gesetzlichen Grundlage und der Verhältnismässigkeit scheitern.<sup>58</sup>

## 3.4 Verwertbarkeit im Verfahren

### 3.4.1 Rechtsprechung des EGMR

In Art. 6 Ziff. 1 EMRK werden einige Verfahrensrechte gewährleistet. Unter anderem enthält er die Fairnessgarantie. Was zunächst nicht in Art. 6 EMRK geregelt wird, sind die zulässigen Beweismittel im Gerichtsverfahren oder wie diese zu würdigen und zu erheben sind. Dies wird von den einzelnen Vertragsstaaten selber festgelegt.<sup>59</sup> Der EGMR geht bei der Beurteilung der Verfahrensfairness nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK von einer Gesamtbetrachtung aus. Geprüft wird, ob sich die nationalen Beschwerdeinstanzen mit den einzelnen Rügen der Verfahrensparteien genügend auseinandergesetzt haben. Die Erhebung und Verwertung von Beweismitteln muss das Fairnessgebot einhalten. Gemäss EGMR ist es nicht seine Aufgabe zu überprüfen, ob Beweismittel, die nach nationalem Recht widerrechtlich erlangt wurden, zulässig sind.<sup>60</sup> Engagiert ein Sozialversicherungsträger einen Privatdetektiv, um Observationen durchzuführen, so steht dies gemäss EGMR nicht in einem Konflikt zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK.<sup>61</sup>

### 3.4.2 Rechtsprechung des Bundesgerichts

Daneben werden bei einer Observation auch die nationalen Grundrechte tangiert. In der Schweiz sind dies die Art. 13 (vorn Ziff. 3.3.1) und Art. 29 (Allgemeine Verfahrensgarantien) der Bundesverfassung. Bei Observationen handelt es sich also um Eingriffe in die Freiheitsrechte, welche, wie dargelegt, Art. 36 BV standhalten müssen, damit sie rechtmässig sind.<sup>62</sup> Grundsätzlich sind die Ergebnisse der Überwachungsmaßnahmen – z.B. eine Berichterstattung

<sup>57</sup> WALDENMEYER, S. 284, 288.

<sup>58</sup> MOSER-SZELESS, S. 129, 151 ff.; WALDENMEYER, S. 284, 288.

<sup>59</sup> TEICHMANN/WEISS, S. 137, 138 f.

<sup>60</sup> TEICHMANN/WEISS, S. 137, 139.

<sup>61</sup> Urteil des EGMR *Vukota-Bojic gegen Schweiz* (Nr. 61838/10) vom 18. Oktober 2016, N. 100.

<sup>62</sup> TEICHMANN/WEISS, S. 137, 141 f.

sowie Fotos oder Videos – Beweise, die im Sozialversicherungsverfahren verwendet werden dürfen, solange die Überwachungsmaßnahmen die Voraussetzungen nach Art. 36 BV eingehalten haben bzw. rechtmässig erfolgten.<sup>63</sup> Die Frage ist nun aber, wie es sich mit rechtswidrig erlangten Beweisen verhält, das heisst mit Beweisen, die den Anforderungen von Art. 36 BV nicht genügen.

Im öffentlichen Verfahrensrecht gibt es keine klare Norm zur Verwertbarkeit rechtswidrig erhobener Beweismittel. Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise wird in der Lehre und Rechtsprechung kontrovers diskutiert.<sup>64</sup> Bevor die StPO erlassen wurde, hatte das Bundesgericht rechtswidrig erlangte, aber an sich zulässig und auf dem gesetzmässigen Weg erwerb- bare Beweismittel für verwertbar erklärt.<sup>65</sup> Heute, rund acht Jahre nach Inkrafttreten der StPO, besteht gemäss Bundesgericht auch im öffentlichen Verfahrensrecht ein Verwertungsverbot rechtswidrig erhobener Beweise.<sup>66</sup> In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann man bei der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweise im öffentlichen Recht zwei Tendenzen erkennen: In einigen Urteilen bezieht sich das Bundesgericht auf Art. 141 StPO, welcher von der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise im Strafrecht handelt, und in anderen nicht.<sup>67</sup> Wird der Bezug auf die Strafprozessordnung ausgeblendet, so gilt das Beweisverwertungsverbot nicht absolut. Eine Berücksichtigung wird nur untersagt, wenn die Beweismittel auch rechtmässig nicht hätten beschafft werden können. Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung wurde in BGE 109 Ia 244 ff. dahingehend ergänzt, dass ein Beweismittel auch dann nicht verwendet werden darf, wenn bei der Beschaffung ein Rechtsgut verletzt wurde, das Vorrang vor der Wahrheitsfindung hat.<sup>68</sup> Bezieht sich das Bundesgericht auf Art. 141 StPO, so bedarf es für den Entscheid der Zulässigkeit rechtswidrig erhobener Beweise einer Interessenabwägung zwischen der Rechtsgüterverletzung und dem öffentlichen Interesse an der Verwertung. Für die Zulässigkeit der Verwertung muss das Interesse der Versichertengemeinschaft, eine nicht geschuldete Leistung nicht erbringen zu müssen, höher gewichtet sein als das Interesse des Versicherten an der Nichtberücksichtigung von Beweismitteln, die nicht rechtmässig erlangt wurden.<sup>69</sup> Das heisst, auch wenn sich das Bundesgericht bei der Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise auf die StPO bezieht, gibt es kein absolutes Beweisverwertungs-

---

<sup>63</sup> MOSER-SZELESS, S. 129, 152.

<sup>64</sup> TEICHMANN/WEISS, S. 137, 151.

<sup>65</sup> GÄCHTER/MEIER, S. 4.

<sup>66</sup> BGE 120 V 435 E. 3b) S. 440.

<sup>67</sup> TEICHMANN/WEISS, S. 137, 152.

<sup>68</sup> BGE 120 V 435 E. 3b) S. 440; BGE 131 I 272 E. 4 S. 278; MOSER-SZELESS, S. 129, 135; TEICHMANN/WEISS, S. 137, 152.

<sup>69</sup> ALIOTTA, S. 68; Urteil des BGer 8C\_239/2008 vom 17. Dezember 2009 E. 6.4.2.

verbot. Zusammenfassend besteht im öffentlichen Verfahrensrecht gemäss Bundesgericht kein absolutes Beweisverwertungsverbot.<sup>70</sup> Bei an sich rechtswidrig erlangten Beweismitteln ist vielmehr eine Abwägung zwischen den privaten und öffentlichen Interessen von Bedeutung.<sup>71</sup>

In BGE 143 I 377 hat das Bundesgericht Bezug auf die StPO genommen – konkret auf Art. 141 Abs. 2 StPO, welcher besagt, dass Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, nicht verwertet werden dürfen, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich, – und dementsprechend eine Interessenabwägung gemacht. Eine von Sozialversicherungsträgern angeordnete Observation, die Art. 8 EMRK verletzt, sei zulässig, wenn sie sich auf den öffentlichen Raum beschränke, sie ohne äussere Einflussnahme stattfinde, sie aufgrund ausgewiesener Zweifel eingeleitet worden sei, sie weder systematisch noch ständig erfolge und eine Interessenabwägung stattfinde.<sup>72</sup> Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist gemäss Bundesgericht in die grundrechtliche Position nur bescheiden eingegriffen worden. Das öffentliche Interesse im Sinne der Verhinderung eines Versicherungsmissbrauchs sei wesentlich höher zu gewichten. In BGE 143 I 377 handelte es sich um eine Observation, welche im öffentlichen Raum vorgenommen wurde. Zudem wurde sie auf 14 Tage begrenzt und die Überwachungsphasen dauerten zwischen fünf und neun Stunden. Aufgrund des Nichtvorhandenseins einer systematischen Beobachtung bestand ein relativ bescheidener Eingriff in die grundrechtliche Position des Beschwerdeführers.<sup>73</sup> Auch in einem neuen Urteil befand das Bundesgericht eine Observation von alltäglichen Verrichtungen und Handlungen, die vier Tage lang dauerte, als einen relativ bescheidenen Eingriff in die grundrechtliche Position des Versicherten.<sup>74</sup>

In weiteren Entscheiden bestätigte das Bundesgericht seine Aussage, dass von einem absoluten Verwertungsverbot nur ausgegangen werden könne, wenn es sich um nicht im öffentlich frei einsehbaren Raum zusammengetragenes Beweismaterial handle.<sup>75</sup>

### 3.4.3 Kritik

Gächter steht dem kritisch gegenüber: Das Bundesgericht lasse die Verwertung widerrechtlich gewonnener Beweismittel aufgrund der Interessenabwägung oft zu. Den Interessen der

---

<sup>70</sup> TEICHMANN/WEISS, S. 137, 152 f.

<sup>71</sup> BGE 143 I 377 E. 5.1.1 S. 385 f.; Urteil des BGer 9C\_254/2019 vom 28. Juni 2019 E. 3.2.

<sup>72</sup> BGE 143 I 377; HEUSSER, Observationen, S. 24; TEICHMANN/WEISS, S. 137, 153.

<sup>73</sup> BGE 143 I 377 E. 5.1.2 S. 386.

<sup>74</sup> Urteil des BGer 8C\_447/2019 vom 21. August 2019 E. 4.1.2.

<sup>75</sup> Urteil des BGer 8C\_837/2018 vom 15. Mai 2019 E. 8.1; Urteil des BGer 8C\_447/2019 vom 21. August 2019 E. 4.1.2.

Privatperson, welche rechtswidrig observiert wurde, werde regelmässig zu wenig Beachtung geschenkt.<sup>76</sup> Das Bundesgericht hat in BGE 143 I 377 zwar gesagt, dass eine vom Sozialversicherungsträger angeordnete Observation Art. 8 EMRK verletze, welcher das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens schützt, jedoch die Verwertbarkeit grundsätzlich nicht ausschliesse, was den dienlichen materiell-rechtlichen Schutz der Privatsphäre enorm reduziert.<sup>77</sup> Es ist unbestritten, dass eine gesetzliche Grundlage notwendig ist, um einen Grundrechtseingriff zu rechtfertigen. Dies ergibt sich auch aus BGE 143 I 377. Dagegen ist es nicht von Bedeutung, dass die besagte Observation auf öffentlichem Grund stattgefunden hat und deshalb vom Bundesgericht als bescheidener Eingriff qualifiziert wurde. Die Schwere des Eingriffs ist im Hinblick auf die erste Voraussetzung zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs gemäss Art. 36 Abs. 1 BV nur für die Gesetzesstufe von Bedeutung, nicht hingegen für die Bestimmtheit einer Norm. Der Eingriff erfolgte also rechtswidrig, da Art. 59 Abs. 5 IVG nicht genügend bestimmt ist.<sup>78</sup> Neben der Interessenabwägung bedarf es jedoch einer zweiten Voraussetzung. Das Beweismittel muss theoretisch auch rechtmässig erhebbar gewesen sein. Haben sich die Behörden also nicht an das im Gesetz vorgesehene Verfahren gehalten, aber die Beweiserhebungsmethode wäre gesetzlich vorgesehen, steht dieses zweite Erfordernis der Verwertung nicht im Wege. Da in der Invalidenversicherung keine gesetzliche Grundlage für eine Observation bestand, konnte sie nie rechtmässig eine Observation durchführen.<sup>79</sup> Das Bundesgericht führte aus, dass das Defizit der fehlenden gesetzlichen Grundlage rasch behoben werden sollte. Es rechtfertigt sich deshalb, für die Entscheidung über die Verwertbarkeit eines rechtswidrig erlangten Beweises zur Hauptsache auf die Interessenabwägung abzustellen.<sup>80</sup> Mit dieser Aussage ignorierte das Bundesgericht das bisherige Hauptproblem der nicht existenten gesetzlichen Grundlage.<sup>81</sup> Mit der Einführung von Art. 43a ATSG wurde das Problem der fehlenden gesetzlichen Grundlage behoben. Wird in Zukunft gegen die neue Norm verstossen, bedarf es gemäss dem Leitentscheid des Bundesgerichts (BGE 143 I 377) einer Interessenabwägung.<sup>82</sup> In BGE 143 I 377 bezog sich das Bundesgericht für die Interessenabwägung auf Art. 141 Abs. 2 StPO. Art. 141 Abs. 2 StPO lässt die Verwertung rechtswidrig erhobener Beweise zu, wenn sie zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich ist. Die möglichen Tatbestände des Betrugs

---

<sup>76</sup> GÄCHTER, S. 216, 218.

<sup>77</sup> DILLENA, N 93 ff.

<sup>78</sup> GÄCHTER/MEIER, S. 5.

<sup>79</sup> GÄCHTER/MEIER, S. 6.

<sup>80</sup> BGE 143 I 377 E. 5.1.1 S. 385; GÄCHTER/MEIER, S. 6.

<sup>81</sup> GÄCHTER/MEIER, S. 6.

<sup>82</sup> GÄCHTER/MEIER, S. 7.

(Art. 146 StGB) und des unrechtmässigen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe (Art. 148a StGB) fallen jedoch nicht unter den Begriff der «schweren Straftat» nach Art. 141 Abs. 2 StPO. Soll das Strafrecht der Gradmesser für die Interessenabwägung sein, würde einer Verwertung womöglich nicht stattgegeben. Stattdessen wird das Erfordernis einer «schweren Straftat» in Art. 141 Abs. 2 StPO missachtet und die Interessen des Versicherungsträgers werden in den Bundesgerichtsentscheiden im Sozialversicherungsrecht von Vornherein stets gewichtig und der Grundrechtseingriff bescheiden ausfallen. Dadurch wird die neue Norm gemäss Gächter/Meier zu einer unverbindlichen Verhaltensempfehlung. Deshalb wurde vorgeschlagen, den neuen Art. 43a ATSG zwingend mit spezifischen Verwertungsverboten zu ergänzen, wie dies in der StPO der Fall ist (z.B. Art. 277 StPO).<sup>83</sup> Damit eine Interessenabwägung als Abwägung gelten kann, müsste sie ergebnisoffen sein. Gemäss der bisherigen Rechtsprechung verfügen die Sozialversicherer jedoch bereits über ein fast absolut geschütztes Interesse. Würde man die Interessenabwägung ergebnisoffen vornehmen, müsste man das verletzte Rechtsgut, also die Privatsphäre des Versicherten und das Legalitätsprinzip dem Interesse des Sozialversicherers gegenüberstellen. Wenn man nicht rechtmässig erlangte Beweismittel zur Verwertung zulässt, stellt man das Interesse an der Bekämpfung des Versicherungsmissbrauchs über das Legalitätsprinzip. Mit dieser Rechtsprechung wird der Staat legitimiert, ohne gesetzliche Grundlage und im klaren Widerspruch zu Art. 5 und 36 BV in die Freiheitsrechte einzugreifen.<sup>84</sup>

Zu beachten ist des Weiteren, dass bei der Würdigung der Überwachungsberichte von Privatdetektiven die Gefahr besteht, dass von den mit der Beobachtung beauftragten Privatdetektiven nur die Beobachtungen festgehalten werden, die eine Arbeitsunfähigkeit in Frage stellen. Der Grund dafür ist, dass die Privatdetektive oft unter Erfolgsdruck stehen.<sup>85</sup>

Kieser ist der Auffassung, dass Observationen gleich zu behandeln sind wie die anderen Beweismittel. Es gelte das Prinzip der freien Beweiswürdigung, was nach den Richtlinien des Bundesgerichts dazu führe, dass viel mehr auf das Verfahren, in welchem das Beweismittel erhoben wurde, als auf den Inhalt abgestellt werden müsse. Beziehe man sich auf die Art und Weise der Erhebung, zeigten sich bestimmte Besonderheiten bei der Observation. Die Observation beruhe nicht auf einer ergebnisoffenen und wiederholungsfähigen Abklärung, es bestehe keine systematische Aus- und Weiterbildung der observierenden Personen und es bestehe nicht

---

<sup>83</sup> GÄCHTER/MEIER, S. 7 f.

<sup>84</sup> GÄCHTER/MEIER, Observation, S. 31 f. Rz. 103 ff.

<sup>85</sup> KIESER, ATSG Kommentar, Art. 43 N 55; KIESER, S. 221, 222.

die Möglichkeit von Ergänzungsfragen und der Beanspruchung von Mitwirkungsrechten. Aus diesen Gründen soll eine Observation nur in Ausnahmefällen zum Zug kommen.<sup>86</sup>

### **3.5 Rechtsprechung des Bundesgerichts bis zum EGMR-Entscheid (Vukota-Bojic gegen die Schweiz)**

Bis anhin konnten die Sozialversicherer gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sowohl in der Unfallversicherung als auch in der Invalidenversicherung als Ultima Ratio eine versicherte Person im In- und Ausland durch einen Privatdetektiv observieren lassen. Dazu mussten einige Voraussetzungen eingehalten werden. Im konkreten Einzelfall musste als Grundvoraussetzung die objektive Gebotenheit einer Observation gegeben sein.<sup>87</sup> Das heisst, es bedurfte eines begründeten Anfangsverdachts. Zweifel an der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit oder an den gesundheitlichen Beschwerden konnten Anhaltspunkte dafür sein. Zudem musste die Verhältnismässigkeit erfüllt sein und die Observation durfte immer nur als Ultima Ratio eingesetzt werden. Die Observation wurde nur in Fällen angewendet, in denen einzig die Beobachtungen Widersprüche bereinigen konnten. Daneben führte das Bundesgericht beispielhaft Aktivitäten wie Treppensteigen, Gehen, Tragen von Lasten, Autofahren sowie das Ausüben von sportlichen Aktivitäten auf.<sup>88</sup> Die gesetzlichen Grundlagen im IVG (Art. 59 Abs. 5 IVG) und im ATSG (Art. 43 Abs. 1 i.V.m. Art. 28 Abs. 2 ATSG) erachtete das Bundesgericht als genügend.<sup>89</sup>

Im Urteil 8C\_434/2011 vom 8. Dezember 2011, E. 4.2, hat das Bundesgericht einem Observationsbericht die alleinige Beweiskraft für die Feststellung des Sachverhalts bezüglich Arbeitsfähigkeit und Gesundheitszustand abgesprochen. Ein Observationsbericht dieser Art könne bestenfalls Anlass zu Vermutungen geben oder Anhaltspunkte liefern, jedoch keine sichere Kenntnis. Diese könne erst durch eine ärztliche Beurteilung des Observationsmaterials geliefert werden.

Nach konstanter Rechtsprechung war es den Sozialversicherungsträgern uneingeschränkt erlaubt, Ermittlungsberichte und Videoaufnahmen, die von privaten Haftpflichtversicherungen veranlasst wurden, als zulässige Beweismittel im Verwaltungsverfahren zu verwenden.<sup>90</sup> Zu Beginn musste das Bundesgericht nur Observationen beurteilen, die in einem öffentlichen Raum stattfanden. Der Schaden, der durch eine solche Überwachung entstand, beschrieb es als

---

<sup>86</sup> KIESER, Observationsergebnisse, S. 221 ff.

<sup>87</sup> ALIOTTA, S. 71; BOLT/BRYNER, S. 209; BGE 137 I 327.

<sup>88</sup> BGE 135 I 169; BOLT/BRYNER, S. 209.

<sup>89</sup> ALIOTTA, S. 71; BOLT/BRYNER, S. 209; BGE 137 I 327; BGE 135 I 169.

<sup>90</sup> ALIOTTA, S. 72; BGE 132 V 241 E. 2.5.1 S. 242.

gering.<sup>91</sup> Daneben entschied das Bundesgericht, dass eine Überwachung durch einen Privatdetektiv nicht auf den öffentlichen Raum beschränkt sei, sondern auch die Beobachtung eines für jedermann uneingeschränkt sichtbaren privaten Bereichs, wie z.B. eines Balkons, nicht als schwerwiegende Verletzung der Privatsphäre nach Art. 13 BV betrachtet werden dürfe. Die Beobachtung müsse jedoch objektiv begründet sein, dürfe nur während eines relativ kurzen Zeitraums stattfinden und es müssten Handlungen des täglichen Lebens betroffen sein. Es wurde vom Bundesgericht festgestellt, dass der Innenbereich eines Gebäudes, wie z.B. das Treppenhaus, nicht beobachtet werden darf.<sup>92</sup>

### **3.6 Observationen am Beispiel der Invalidenleistungen in der Invalidenversicherung und in der Unfallversicherung**

Das Mittel der Observation wird von der Suva seit 2009 regelmässig eingesetzt. Werden in einem Zeitraum von einem Jahr total 460'000 Unfälle bearbeitet, gibt es in dieser Periode nicht mehr als 15 Aufträge für eine Observation. Von einer Observation betroffen sind also nur mal 0.003 % der bearbeiteten Fälle.<sup>93</sup> Die Suva betreibt einen verantwortungsvollen Umgang mit der sensiblen Thematik der Observationen. Bisher wurden auch keine Beanstandungen seitens der schweizerischen Gerichte an der Vorgehensweise der Suva angebracht. Trotzdem befürwortet die Suva die neuen gesetzlichen Grundlagen. Es werde ein transparentes und faires Verfahren ermöglicht.<sup>94</sup>

Seit der 5. IVG-Revision vom 1. Januar 2008 betreibt auch die Invalidenversicherung eine erfolgreiche und aktive Bekämpfung des Versicherungsmissbrauchs. Dabei verfolgt sie einen 4-Phasen-Prozess: Erkennen von Verdachtsfällen, Abklärungen und Ermittlungen, Observation als letztes Mittel sowie versicherungs- und strafrechtliche Massnahmen.<sup>95</sup> Bei konkreten Anhaltspunkten zu einem unrechtmässigen Leistungsbezug wird der Verdachtsfall von der Sachbearbeiterin in der IV-Stelle an die Abteilung der Betrugsbekämpfung weitergeleitet. In der Betrugsbekämpfung arbeiten Spezialisten, welche Ermittlungserfahrung sowie Versicherungskennntnis haben. Sie nehmen weitergehende Abklärungen vor, wie z.B. unangemeldete Besuche oder Internetrecherchen. Zusätzlich arbeiten sie mit allen involvierten Versicherungen zusammen. Reichen die genannten Mittel nicht aus und erhärtet sich der Verdacht, kann eine

---

<sup>91</sup> BGE 135 I 169 E. 5.4.2 S. 173; BGE 132 V 241 E. 2.5.1 S. 242.

<sup>92</sup> Urteil des BGer 8C\_830/2011 vom 9. März 2012 E. 6.4.

<sup>93</sup> BOLT/BRYNER, S. 209, 210.

<sup>94</sup> BOLT/BRYNER, S. 209, 211.

<sup>95</sup> Botschaft ATSG, S. 1612; BSV, Hintergrunddokument, Erfahrungen der Invalidenversicherung mit Observationen, S. 2.

Observation angeordnet werden. Die Observation ist immer Ultima Ratio und kommt nur zum Zug, wenn es um hohe Leistungen, eine hohe Aussagekraft der gesuchten Beweise und kurze Beobachtungszeiträume geht. Bestätigt sich der Verdacht und lässt er sich belegen, werden die Leistungen eingestellt und unrechtmässige Leistungen zurückgefordert bzw. verweigert. Daneben kann, im Falle eines strafrechtlich relevanten Verhaltens, Strafanzeige gemacht werden.<sup>96</sup>

Die Observation ist ein Mittel, das von der IV sehr selten eingesetzt wurde. In rund 2400 Fällen, die pro Jahr auf Verdacht unrechtmässigen Leistungsbezugs abgeklärt wurden, wurde die Observation in nur 150 Fällen angewendet. In jedem zweiten Fall wurde ein unrechtmässiger Leistungsbezug festgestellt. Neben den finanziellen Auswirkungen bei der Bekämpfung des Versicherungsmissbrauchs geht es der IV darum, dass nur diejenigen Personen Leistungen erhalten, welche auch ein Anrecht darauf haben. Die Bevölkerung, welche für die Finanzierung aufkommt, soll Gewissheit haben, dass die IV ihre Pflicht zur Abklärung erfüllt.<sup>97</sup>

In der Lehre wurde Art. 59 Abs. 5 IVG als gesetzliche Grundlage für Observationen durch die IV als zu unbestimmt kritisiert.<sup>98</sup> Der Gesetzgeber habe vergessen, das Wesentliche zu regeln, nämlich dass es um eine Observation geht, die von Privatdetektiven durchgeführt wird. Es würden keine Grenzen der Überwachung, eine Genehmigung und die Vernichtung der Daten geregelt.<sup>99</sup> Gemäss der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts erfüllt Art. 59 Abs. 5 IVG die Anforderungen des EGMR bei Weitem nicht.<sup>100</sup>

## 4. Das neue Observationsrecht im ATSG und in der ATSV

### 4.1 Ausgangslage

Im Urteil zum Fall «Vukota-Bojic gegen Schweiz» erinnerten die Richter in Strassbourg die Schweiz daran, welche Anforderungen an eine gesetzliche Grundlage zu stellen sind, die einen Grundrechtseingriff rechtfertigen soll. Die bisherigen gesetzlichen Grundlagen im ATSG (Art. 43 i.V.m. Art. 28 Abs. 2) und in den Einzelgesetzen (u.a. Art. 96 lit. b UVG) erfüllten diese Anforderungen nicht.<sup>101</sup> Der EGMR führte aus, dass gemäss diesen Bestimmungen die Versicherungen nur befugt seien, die notwendigen Abklärungen von Amtes wegen vorzunehmen, erforderliche Auskünfte einzuholen und Personendaten für die Erfüllung ihrer Arbeiten

<sup>96</sup> BSV, Hintergrunddokument, Erfahrungen der Invalidenversicherung mit Observationen, S. 2 f.

<sup>97</sup> BSV, Hintergrunddokument, Erfahrungen der Invalidenversicherung mit Observationen, S. 2 f.

<sup>98</sup> DILLENA, N 94; STOLKIN, S. 5.

<sup>99</sup> STOLKIN, S. 5.

<sup>100</sup> BGE 143 I 377 E. 4 S. 384.

<sup>101</sup> CADERAS/HÜRZELER, S. 425; DILLENA, N 92 f.

zu bearbeiten. Eine ausdrückliche Ermächtigung zur Foto- bzw. Videoüberwachung lasse sich nicht entnehmen. Die Rahmenbedingungen für die Zulässigkeit von Überwachungsmaßnahmen, welche vom Bundesgericht festgelegt worden seien, genügten nicht, um die Versicherten vor einem Missbrauch durch die Versicherungsträger zu schützen.<sup>102</sup> Es sei insbesondere keine Maximaldauer einer Überwachungsmaßnahme geregelt. Darüber hinaus fehlten Regelungen bzw. Vorschriften betreffend Verfahren, Zuständigkeit und Rechtsmittel sowie Aufbewahrung, Prüfung, Zugang, Verwendung und Vernichtung der aus der Observation gewonnenen Daten.<sup>103</sup> Folgerichtig hat danach auch das Bundesgericht in mehreren Entscheiden festgehalten, dass es an einer detaillierten und umfassenden Grundlage für die Observation fehle.<sup>104</sup> Das Parlament sah unter dem Aspekt, dass die Observation ein erfolgreiches Mittel zur Aufklärung von Verdachtsfällen ist, vor, eine einheitliche gesetzliche Grundlage im ATSG zu schaffen.<sup>105</sup> Am 25. November 2018 nahm das Volk mit 64.7 % die neue gesetzliche Grundlage zur Überwachung der Versicherten an.<sup>106</sup>

Das Gesetzgebungsverfahren verlief im Eiltempo. Man wollte möglichst schnell eine genügende gesetzliche Grundlage für Observationen zur Bekämpfung des Versicherungsmisbrauchs. Zwischen dem Urteil des EGMR und der Verabschiedung der beiden Artikel durch die Räte vergingen nur 14 Monate. Diese Eile wirft einige Fragen auf, da bei diesem Gesetzgebungsverfahren eine Abwägung zwischen den Interessen der Bekämpfung des Versicherungsmisbrauchs und derjenigen, die Privatsphäre nach Art. 13 BV zu schützen, erforderlich war. Was bei den Versicherungsträgern auf Zustimmung stiess, sorgte bei den Juristen für Zurückhaltung und Aufregung.<sup>107</sup>

## 4.2 Erläuterung der Art. 43a und 43b ATSG

Im Urteil «Vukota-Bojic gegen Schweiz» listete der EGMR auf, welche Punkte in der gesetzlichen Grundlage zur Observation zu regeln sind, damit das staatliche Handeln nicht willkürlich, sondern vorhersehbar ist. Die betroffene Person muss erkennen können, wann mit einer

---

<sup>102</sup> CADERAS/HÜRZELER, S. 425 f.

<sup>103</sup> CADERAS/HÜRZELER, S. 425, 426; DILLENA, N 92 f.

<sup>104</sup> BGE 143 I 377 E. 4 S. 384; Urteil des BGer 9C\_328/2017 vom 9. November 2017 E. 4.1; Urteil des BGer 8C\_570/2016 vom 8. November 2017 E. 3.1.

<sup>105</sup> DUCREY, S. 10, 11.

<sup>106</sup> Bundesamt für Sozialversicherungen, Observationen in den Sozialversicherungen, <<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/ueberblick/observationen.html>> (besucht am: 30. Juli 2019).

<sup>107</sup> CHAPPUIS, S. 203 f.

verdeckten Überwachung gerechnet werden muss.<sup>108</sup> U.a. sollen die Art und Weise der zulässigen Überwachungsmaßnahmen, die Gründe für eine Observation, die zulässige Dauer sowie die Voraussetzungen zur Löschung der Aufzeichnungen geregelt werden.<sup>109</sup> Art. 43a ATSG erfüllt die Anforderungen, die der EGMR gestellt hat, nur teilweise. Der neue Artikel weist einige Probleme auf und wird von Kritikern als «masslos» bezeichnet.<sup>110</sup>

#### 4.2.1 Konkrete Anhaltspunkte

Liegen gemäss Art. 43a Abs. 1 ATSG entweder konkrete Anhaltspunkte vor, dass der Versicherte unrechtmässig Leistungen bezieht oder zu erhalten versucht, oder wären die Abklärungen sonst aussichtslos oder würden sie unverhältnismässig erschwert, kann der Versicherungsträger die versicherte Person verdeckt observieren. Dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage ist damit aber nicht Genüge getan, denn die Norm hätte mögliche Gründe für eine Observation in einer Art Katalog wiedergeben sollen. Ausserdem hätte bestimmt werden sollen, wann «konkrete Anhaltspunkte» vorliegen.<sup>111</sup> Durch den Anfangsverdacht werden die Subsidiarität und die Erforderlichkeit hervorgebracht. Er bringt zum Ausdruck, dass nur in begründeten Fällen und wenn kein anderes Mittel zur Verfügung steht, eine Observation angeordnet werden darf.<sup>112</sup> Die Anforderungen an den Anfangsverdacht müssen strenger ausfallen als im Strafrecht. Denn der Sozialversicherer kommt aufgrund der Mitwirkungspflichten des Versicherten einfacher an Informationen als die Strafbehörden, welche gegen den Beschuldigten ermitteln, dem Kraft Gesetz einige Verteidigungsrechte zukommen. Die Gerichtspraxis zeigte sich bis anhin bei der Bejahung eines Anfangsverdachts sehr grosszügig.<sup>113</sup> Gemäss Heusser ist die Schwelle für den Anfangsverdacht tiefer als diejenige im Strafrecht. Während Polizei und Staatsanwaltschaft bei einem Verdacht auf einen Versuch zur Begehung einer Straftat noch nicht aktiv werden dürfen, können die Sozialversicherer bereits eine Observation durchführen.<sup>114</sup>

Gemäss Abs. 1 können dabei Bild- und Tonaufzeichnungen gemacht werden. Tonaufzeichnungen können als akustische Aufzeichnungen verstanden werden, worunter auch die Aufzeich-

---

<sup>108</sup> HEUSSER, Observationen, S. 21; Parlamentarische Initiative, Gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten vom 1. November 2017, BBl 2017 7421, S. 7424; PÄRLI, S. 120; Urteil des EGMR *Vukota-Bojic gegen Schweiz* (Nr. 61838/10) vom 18. Oktober 2016, N 67.

<sup>109</sup> DUCREY, S. 10, 11; Urteil des EGMR *Vukota-Bojic gegen Schweiz* (Nr. 61838/10) vom 18. Oktober 2016, N 75.

<sup>110</sup> DUCREY, S. 10, 11 f.; a.M. TEICHMANN/WEISS, Neue Rechtslage bei Observationen, S. 12 ff.

<sup>111</sup> DUCREY, S. 10, 12.

<sup>112</sup> GÄCHTER, S. 216, 218.

<sup>113</sup> GÄCHTER/MEIER, Observation, S. 8 Rz. 17.

<sup>114</sup> HEUSSER, Observationen, S. 33.

nung von Gesprächen fällt.<sup>115</sup> Mit Bildaufnahmen sind Fotografie- und Filmaufnahmen gemeint, wobei der Eingriff bei Filmaufnahmen als wesentlich schwerer gilt als bei Fotografien.<sup>116</sup> Es dürfen gemäss Bundesrat keine Geräte eingesetzt werden, die das menschliche Wahrnehmungsvermögen wesentlich verstärken. Für einen akustischen Verstärker wäre zum Beispiel eine richterliche Genehmigung notwendig.<sup>117</sup> Es dürfen nur Geräte eingesetzt werden, die Tonaufnahmen auf einfache Weise ermöglichen, wie zum Beispiel ein Mikrofon, das in die Kamera eingebaut wurde.<sup>118</sup> Der Einsatz von technischen Mitteln zur Standortbestimmung wurde vom Bundesrat abgelehnt.<sup>119</sup> Dies ergibt sich auch aus der Gesetzessystematik. Art. 43a ATSG lehnt sich an Art. 282 StPO an, bei welchem keine technischen Instrumente vorgesehen sind, die das menschliche Wahrnehmungsvermögen erweitern. Derartige technische Geräte sind in Art. 280 StPO vorgesehen, an welchen sich der neue Artikel nicht anlehnt.<sup>120</sup> Ausserdem bedarf es gemäss Art. 281 Abs. 4 i.V.m. Art. 269 StPO eines dringenden Tatverdachts für den Einsatz von technischen Instrumenten. Von einem dringenden Tatverdacht spricht man bei erheblicher oder hoher Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung.<sup>121</sup> Gemäss Pärli wurde im neuen Artikel, abgesehen von der bundesrätlichen Ausführung, keine Beschränkung technischer Mittel für die Observation vorgesehen. Im Umkehrschluss bedeute dies, dass selbst Drohnen als Observationsinstrumente rechtmässig zum Einsatz kommen können. Im neuen Art. 43a ATSG werde nur festgehalten, dass der Versicherungsträger Bild- und Tonaufnahmen machen könne.<sup>122</sup> Dem Wortlaut des Gesetzes nach wollte das Parlament jedoch nur für die Standortbestimmung technische Instrumente erlauben, jedoch nicht für Bild- und Tonaufnahmen, ansonsten es den Gesetzestext anders formuliert hätte. Entgegen Pärli sollen zudem nach dem Willen des Parlaments und des Bundesrats keine Drohnenaufnahmen erlaubt sein. Dies ergibt sich auch aus dem Wortlaut von Art. 43a Abs. 4 ATSG, welcher lediglich die Observierung an allgemein zugänglichen Orten erlaubt, was bei Luftaufnahmen von Drohnen keineswegs der Fall ist. Drohnen könnten höchstens als technische Instrumente zur Standort-

---

<sup>115</sup> Parlamentarische Initiative, Gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten vom 1. November 2017, BBl 2017 7421, S. 7425.

<sup>116</sup> GÄCHTER/MEIER, Observation, S. 13 Rz. 34.

<sup>117</sup> BSV, Hintergrunddokument, Der Einsatz von technischen Instrumenten im Rahmen von Observationen, S. 2; Parlamentarische Initiative, Gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten vom 1. November 2017, BBl 2017 7421, S. 7425.

<sup>118</sup> GÄCHTER/MEIER, Observation, S. 13 f. Rz. 36.

<sup>119</sup> BSV, Hintergrunddokument, Der Einsatz von technischen Instrumenten im Rahmen von Observationen, S. 2; Parlamentarische Initiative, Gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten vom 1. November 2017, BBl 2017 7421, S. 7425.

<sup>120</sup> BSV, Hintergrunddokument, Der Einsatz von technischen Instrumenten im Rahmen von Observationen, S. 2.

<sup>121</sup> HEUSSER, Observationen, S. 33 f.

<sup>122</sup> PÄRLI, S. 120, 121.

bestimmung verwendet werden, was wiederum eine richterliche Genehmigung voraussetzen würde, welche meistens nicht erteilt würde.<sup>123</sup>

Art. 43a Abs. 1 lit. b ATSG lehnt sich an Art. 282 Abs. 1 StPO an. Die Effizienzabwägung, die sich aus der Formulierung «unverhältnismässig erschwert würden» ergibt, erscheint im Versicherungskontext gefährlich. Findet der Sozialversicherungsträger andere Arten der Sachverhaltsfeststellung als unverhältnismässig aufwendig, so könnte er zum Mittel der Observation greifen. Damit lässt die Bestimmung die Observation nicht nur als Ultima Ratio zu, sondern auch dann, wenn sie aus Sicht des Versicherers allenfalls schneller und günstiger zu Ergebnissen führt als ein anderes Mittel der Aufklärung. Eine solche Auffassung ist im Sinne der Erforderlichkeit des Eingriffs klar abzulehnen.<sup>124</sup>

#### **4.2.2 Zuständige Person und Genehmigungspflicht**

Problematisch ist des Weiteren, dass gemäss Abs. 2 eine Person mit Direktionsfunktion im fallbearbeitenden Bereich oder im Bereich Leistungen des Versicherungsträgers eine Überwachung anordnen kann. Der Versicherer kann also selbst abwägen und entscheiden, ob ein Grundrechtseingriff, vorliegend die Observation, vorgenommen wird. Die bisherige Gerichtspraxis zeigte sich bei der Bejahung eines Anfangsverdachts sehr grosszügig, was in der Lehre kritisiert wird.<sup>125</sup> Es braucht demnach, mit Ausnahme des Einsatzes von GPS-Tracker nach Abs. 3, keine richterliche Genehmigung für die Anordnung einer Observation.<sup>126</sup> Die Suva praktizierte bis anhin das 4-Augen-Prinzip, welches im Grundsatz als korrekte Vorgehensweise bestätigt wird.<sup>127</sup> Das 4-Augen-Prinzip ist ein internes Verfahren der Suva für den endgültigen Entscheid, ob eine Observation durchzuführen ist. Dabei überprüft ein Jurist neben dem Fachspezialisten der zentralen Koordinationsstelle für Missbrauchsbekämpfung die vom Bundesgericht erstellten Kriterien und stimmt der Observation zu oder nicht.<sup>128</sup> Mit der Einführung der neuen Artikel wird das Prinzip ausgeweitet, indem es nun für den Entscheid, ob eine Observation durchgeführt wird, nicht unbedingt einen Juristen und einen Fachspezialisten braucht, sondern eine Person mit Direktionsfunktion im fallbearbeitenden Bereich oder im Leistungsbereich des Versicherungsträgers ausreicht.<sup>129</sup>

---

<sup>123</sup> BSV, Hintergrunddokument, Der Einsatz von technischen Instrumenten im Rahmen von Observationen, S. 1 f.

<sup>124</sup> GÄCHTER, S. 216, 218 f.; GÄCHTER/MEIER, Observation, S. 8 Rz. 15.

<sup>125</sup> GÄCHTER, S. 216, 219.

<sup>126</sup> PÄRLI, S. 120.

<sup>127</sup> BOLT/BRYNER, S. 209, 211.

<sup>128</sup> BOLT/BRYNER, S. 209, 210.

<sup>129</sup> BOLT/BRYNER, S. 209, 211.

Um das Missbrauchspotenzial durch Versicherungen zu reduzieren, wäre eine vorgängige oder nachträgliche Genehmigung durch eine richterliche Instanz eine in Art. 43a ATSG nicht vorgesehene Möglichkeit.<sup>130</sup> Gerade weil die Sozialversicherungen im Gegensatz zu den Strafverfolgungsbehörden auch an nicht allgemein zugänglichen Orten observieren können, wenn sie frei einsehbar sind, wäre eine richterliche Genehmigung notwendig. Die Strafverfolgungsbehörden bedürfen einer Bewilligung des Zwangsmassnahmengerichts, wenn sie Observationen an einem nicht allgemein zugänglichen Ort durchführen wollen.<sup>131</sup> Abs. 1 und 2 gebieten gemäss Gächter keinen hinreichenden Grundrechtsschutz.<sup>132</sup>

### 4.2.3 Zulässiger Ort

Gemäss Abs. 4 darf eine Person nur observiert werden, wenn sie sich an einem allgemein zugänglichen Ort befindet oder an einem Ort, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist. «Allgemein zugänglicher Ort» ist ein unbestimmter Rechtsbegriff und daher auslegungsbedürftig. Dem Wortlaut nach wäre ein Blick des auf der Strasse stehenden Detektivs durch das Panoramafenster direkt auf das Ehebett des Versicherten möglich. Die Norm bestimmt somit nicht klar, wie weit in das Privatleben eingegriffen werden darf, was problematisch erscheint.<sup>133</sup> Alles, was allgemein zugänglich ist, gehört zum öffentlichen Raum, so namentlich Plätze, Bahnhöfe, Strassen, Flughäfen, Parkgaragen, öffentliche Verkehrsmittel, Sportplätze, Stadien, Kulturhäuser (Theater, Kinos, Konzerthallen), Einkaufszentren, Warenhäuser, Restaurants etc. Der Ort, an dem sich die versicherte Person aufhält, muss für die breite Öffentlichkeit zugänglich sein. Die Eigentumsverhältnisse der Räumlichkeiten sind irrelevant.<sup>134</sup> Frei einsehbar soll heissen, die Tätigkeit muss von blossen Auge zu gegebener Tageszeit erkennbar sein.<sup>135</sup> Der Innenbereich des Hauses gilt gemäss Bundesgericht nicht ohne Weiteres als frei einsehbarer Raum. Eine Observation in diesem Raum ist daher grundsätzlich unzulässig.<sup>136</sup> Das Bundesgericht hat entgegen der Vorinstanz auch die Verwertbarkeit einer Überwachung der versicherten Person am Bankomaten bejaht. Es sei nicht ersichtlich, weshalb das Bedienen eines Bankomaten keine im öffentlichen Raum getätigte alltägliche Verrichtung sein soll. Selbstredend dürften die Überwachungsergebnisse nicht verwendet werden, um an

---

<sup>130</sup> DILLENA, N 104.

<sup>131</sup> GÄCHTER/MEIER, S. 15 Rz. 44.

<sup>132</sup> GÄCHTER, S. 216, 219.

<sup>133</sup> DUCREY, S. 10, 12; GÄCHTER, S. 216, 219; GÄCHTER/MEIER, Observation, S. 11 Rz. 29; HEUSSER, Observationen, S. 35.

<sup>134</sup> Urteil des BGer 8C\_837/2018 vom 15. Mai 2019 E. 5.1.

<sup>135</sup> BOLT/BRYNER, S. 209, 211.

<sup>136</sup> Urteil des BGer 8C\_837/2018 vom 15. Mai 2019 E. 5.1; BGE 137 I 327 E. 5.5 f. S. 334 f.

geheimnisgeschützte Passwörter der versicherten Person zu kommen.<sup>137</sup> Mit dieser Regelung können Sozialversicherer weitergehend in der Privatsphäre observieren, als dies die Privatversicherer und Strafbehörden können.<sup>138</sup> Denn den Strafbehörden ist es aufgrund von Art. 282 StPO nicht erlaubt, Observationen an nicht allgemein zugänglichen Orten durchzuführen. Es spielt dabei keine Rolle, ob dieser Ort umfriedet ist oder nicht. Auch die Einsehbarkeit des nicht allgemein zugänglichen Ortes von einem allgemein zugänglichen Ort aus ändert daran nichts. Demnach darf die Polizei z.B. nicht in einem Garten observieren.<sup>139</sup> Für den Gesetzgeber scheint die Missbrauchsbekämpfung in der Sozialversicherung oberste Priorität zu haben, womit auch der Einsatz von Observationen gerechtfertigt werden soll.<sup>140</sup> Art. 7h ATSV hat nun aber den Begriff der «freien Einsehbarkeit» einschränkend definiert. Es wird festgelegt, welche Stellen von einer Überwachung ausgeschlossen sind und wo genau observiert werden darf.<sup>141</sup>

#### 4.2.4 Zulässiger Zeitraum

In Abs. 5 geht es um den zeitlichen Aspekt der Observation. Eine Observation darf an höchstens 30 Tagen innerhalb von sechs Monaten ab dem ersten Observationstag stattfinden. Bestehen hinreichende Gründe, kann es eine Verlängerung von höchstens sechs Monaten geben. Die zulässige Dauer einer Observation ist damit bestimmt. Doch es bleibt offen, an wie vielen Stunden pro Tag observiert werden darf. Gemäss Ducrey gehört dies zur Voraussehbarkeit, da es für die versicherte Person einen Unterschied macht, ob sie nur einige Stunden oder 24 Stunden am Tag überwacht wird. Der Eingriff in die Privatsphäre ist auch dementsprechend schwerer oder leichter.<sup>142</sup>

#### 4.2.5 Beauftragung von Spezialisten

Gemäss Art. 43a Abs. 6 ATSG kann der Versicherungsträger den Auftrag zur Durchführung einer Observation an einen Spezialisten oder eine Spezialistin übertragen. Sie unterliegen gemäss Art. 33 ATSG der Schweigepflicht und die gesammelten Informationen dürfen nur im Rahmen ihres Auftrags verwendet werden.<sup>143</sup> Im Gesetzgebungsverfahren wurde nur vage thematisiert, warum externe Spezialisten und Spezialistinnen mit der Observation betraut werden

<sup>137</sup> Urteil des BGer 8C\_837/2018 vom 15. Mai 2019 E. 6.

<sup>138</sup> GÄCHTER/MEIER, Observation, S. 10 Rz. 22; VAN DER STROOM, S. 2.

<sup>139</sup> GÄCHTER/MEIER, Observation, S. 10 Rz. 22; vgl. bez. Datenbekanntgabe der Sozialversicherungen an die Strafbehörden im Rahmen der Observationen VAN DER STROOM.

<sup>140</sup> GÄCHTER/MEIER, Observation, S. 10 Rz. 24.

<sup>141</sup> VAN DER STROOM, S. 2.

<sup>142</sup> DUCREY, S. 10, 12.

<sup>143</sup> TEICHMANN/WEISS, Neue Rechtslage bei Observationen, S. 6.

können und worin die Spezialisierung genau liegt. Es stellt sich die Frage, weshalb die Sozialversicherungsträger externe Private beauftragen sollen, um bei ihren Versicherten Observationen durchführen zu lassen. Fraglich ist zudem, was dagegen spricht, diese Verantwortung selbst wahrzunehmen oder sie den professionell geschulten und an die Strafprozessordnung gebundenen Strafbehörden zu überlassen. Offenbar war eine solche Bindung und Kontrolle unerwünscht.<sup>144</sup> Gemäss Heusser ist es aus rechtsstaatlicher Sicht problematisch, dass mit dieser Bestimmung Privatpersonen und private Unternehmen mit der Durchführung von Observationen beauftragt werden können. Es wäre sinnvoller gewesen, die Sozialversicherer mit der Pflicht zu versehen, ausschliesslich versicherungsinterne Sozialdetektive beizuziehen.<sup>145</sup>

#### **4.2.6 Informationspflicht des Versicherungsträgers**

Zu den Rechten der betroffenen Person wurde in Abs. 7 lediglich geregelt, dass der Versicherungsträger die betroffene Person über den Grund, die Art und die Dauer der erfolgten Observation informiert. Damit gewährleistet ist, dass die überwachte Person bezüglich Rechtmässigkeit der Observation vor der Begutachtung den Rechtsweg einschalten kann, sollen ihr die Ergebnisse und Unterlagen der Observation noch vor der Begutachtung eröffnet werden. Daran ändert auch der Gesetzestext nichts, welcher besagt, dass der Versicherungsträger die überwachte Person spätestens vor Erlass der Leistungsverfügung informieren muss.<sup>146</sup> Gemäss Abs. 8 erlässt der Versicherungsträger eine Verfügung über den Grund, die Art und die Dauer der erfolgten Observation, wenn sich der Anfangsverdacht nach Abs. 1 nicht bestätigt hat, und vernichtet das Observationsmaterial. Insgesamt sind die Rechte der betroffenen Person bei einer Observation in den neuen Artikeln kaum bis gar nicht geregelt.<sup>147</sup> Die Versicherungen können selbst entscheiden, ob eine Observation gerechtfertigt war oder nicht und ob das Observationsmaterial aus den Akten entfernt wird.<sup>148</sup>

Die Bestimmung ist gemäss Heusser aus rechtlicher Sicht nicht nachvollziehbar. Es sei nicht ersichtlich, um was für eine Verfügung es sich handeln solle. Es stelle sich die Frage, wie eine Person die Information, dass sie überwacht worden sei, anfechten solle. Es fehle an einem Anfechtungsobjekt, denn die Observation sei ja bereits erfolgt.<sup>149</sup>

---

<sup>144</sup> GÄCHTER, S. 216, 220.

<sup>145</sup> HEUSSER, Observationen, S. 36.

<sup>146</sup> SCHLEIFER/KIESER/LIEBRENZ, S. 197, 200 f.

<sup>147</sup> PÄRLI, S. 120, 121.

<sup>148</sup> STOLKIN, S. 10.

<sup>149</sup> HEUSSER, Observationen, S. 36 f.

#### 4.2.7 Bezug zum Strafrecht

Art. 148a StGB trat kurz vor dem Vukota-Entscheid in Kraft. Bezieht eine Person Sozialversicherungsleistungen in betrügerischer Weise, so erfolgt eine strafrechtliche Verfolgung durch die entsprechenden Strafbehörden sowie eine strafrechtliche Sanktionierung nach Art. 148a StGB. Fraglich ist gemäss Pärli aber, ob Sozialversicherungen die Kompetenz haben sollen, Observationen anzuordnen und durchzuführen, oder ob dies nicht Sache der Polizei und Justiz sein sollte. Sozialversicherungsbehörden klären ab, ob eine Person die Voraussetzungen für einen Leistungsbezug erfüllen. Bestehen Zweifel, können die Sozialversicherungsträger ärztliche Untersuchungen, Gutachten usw. anordnen. Liegt trotz der Abklärungen ein Verdacht auf Missbrauch vor, kann die Justiz auf dem Wege der Strafanzeige eingeschaltet werden. Im Gegensatz zu den Sozialversicherungsbehörden sind die Strafbehörden an einen klaren rechtsstaatlichen Rahmen gebunden und haben die Kompetenz zur Aufdeckung betrügerischen Verhaltens.<sup>150</sup> Entscheidet sich der Gesetzgeber dafür, dass auch Sozialversicherungsbehörden verdeckte Ermittlungen durchführen dürfen, muss er diese Behörden rechtsstaatlich ausgestalten. Das heisst, bereits auf Gesetzesstufe müssen klare Anforderungen an die Aus- und Weiterbildung der Ermittler vorgeschrieben werden. Zudem müssten u.a. für die Überwachten vergleichbare Rechte wie im Strafprozess bestehen (z.B. Nemo-tenetur-Prinzip bzw. das Verbot, sich selbst zu belasten, sowie das Aussageverweigerungsrecht).<sup>151</sup> Darüber hinaus hätte der Gesetzgeber Geräte zur Eindringung in den Privatbereich verbieten müssen. Technische Hilfsmittel dürfen im Gegensatz zum Sozialversicherungsrecht im Strafprozessrecht nur bei dringendem Tatverdacht verwendet werden. Solche Überwachungsinstrumente dienen der Bekämpfung schwerster Straftaten, nicht aber der standardmässigen Überwachung von Sozialversicherungsleistungsbezügern aufgrund eines vagen Anfangsverdachts. Mit den neuen Artikeln haben die Sozialversicherer zum Teil weitergehende Überwachungskompetenzen als die Behörden im Strafverfahren oder Nachrichtendienst.<sup>152</sup> Heusser ist der Meinung, Sozialversicherungsträger bedürften keiner Kompetenz zur Überwachung der Versicherten. Denn bei einem Anfangsverdacht auf Versicherungsmissbrauch, bei welchem gemäss Art. 43a Abs. 1 lit. a ATSG die Berechtigung zur Observation vorliege, bestehe bereits die Berechtigung und Verpflichtung zur Einleitung eines Strafverfahrens nach der StPO durch die Strafbehörden. Gemäss Art. 7 StPO bestehe die Pflicht der Strafbehörden, ein Verfahren einzuleiten und durchzuführen, wenn ihnen Straftaten oder auf Straftaten hinweisende Verdachtsgründe bekannt würden. Würden den

---

<sup>150</sup> PÄRLI, S. 120, 121.

<sup>151</sup> PÄRLI, S. 120, 121; gl.M. HEUSSER, Observationen, S. 30 f.

<sup>152</sup> GÄCHTER, S. 216, 220; PÄRLI, S. 120, 121.

Sozialversicherungsträgern die gleichen Kompetenzen wie den Strafbehörden eingeräumt, werde in das Polizeimonopol eingegriffen.<sup>153</sup> Strafbehörden sind zudem nicht interessengesteuert wie die Sozialversicherungsträger. Erstere müssen im konkreten Fall unparteiisch abwägen, ob ein genügender Anfangsverdacht vorliegt.<sup>154</sup> Derselben Meinung ist Stolkin: Die Polizei sei Sache der Kantone. Zu den Polizeiaufgaben gehöre auch die Durchführung von Observationen, welche Zwangsmassnahmen darstellten und deshalb die Verfahrensregeln der StPO zu beachten hätten. Die Anwendung von Zwangsmassnahmen könne nicht Sache eines Privaten sein (private Versicherungsgesellschaften). Zwangsmassnahmen seien gemäss Art. 197a StPO nur bei einem objektiv begründeten Tatverdacht zulässig. Art. 43a ATSG stelle auf einen subjektiven Tatverdacht ab. Sicherheitsaufgaben lägen nicht im Kompetenzbereich der Versicherungen, dieser bestehe im Risikoausgleich.<sup>155</sup>

#### **4.2.8 Schadenminderungspflicht**

Damit die versicherte Person Leistungen der Sozialversicherung erhält, muss sie ihrer Schadenminderungspflicht nachkommen. Demnach muss die versicherte Person unaufgefordert alles Notwendige tun, um Invalidität, Arbeitslosigkeit, Krankheit und Unfall zu vermeiden sowie deren finanzielle Folgen für die Sozialversicherungen auf das Minimum zu reduzieren. Die Schadenminderungspflicht, die den Versicherten trifft, wurde in den letzten Jahren zunehmend verschärft. Daraus folgt, dass unser Verhalten im beruflichen und privaten Bereich eng zusammenhängt mit dem rechtmässigen Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen. Mit den neuen Artikeln im ATSG wird den Sozialversicherungsträgern ein grosses Potenzial für Überwachungen gewährt.<sup>156</sup>

#### **4.2.9 Genehmigung des Einsatzes von technischen Instrumenten zur Standortbestimmung**

Gemäss Art. 43a Abs. 1 ATSG können Versicherungsträger bei einer Observation Bild- und Tonaufzeichnungen machen sowie technische Instrumente zur Standortbestimmung einsetzen. Abs. 3 handelt von der Genehmigungspflicht des Einsatzes von technischen Instrumenten zur Standortbestimmung, das heisst z.B. eines GPS-Trackers zur Bestimmung des geografischen Ortes, an dem sich die versicherte Person befindet. Das Genehmigungsverfahren wird in Art. 43b ATSG geregelt. Abs. 1 stellt die Anforderungen an den Inhalt eines Antrags beim

---

<sup>153</sup> HEUSSER, S. 206, 207; HEUSSER, Observationen, S. 28 f.

<sup>154</sup> HEUSSER, S. 206, 208; HEUSSER, Observationen, S. 30.

<sup>155</sup> STOLKIN, S. 6 ff.

<sup>156</sup> PÄRLI, S. 120, 122.

Gericht auf. Abs. 2 normiert sodann, dass die Präsidentin oder der Präsident der entsprechenden Abteilung des zuständigen Gerichts als Einzelrichterin oder Einzelrichter entscheidet. Die Genehmigung kann gemäss Abs. 3 befristet oder mit Auflagen erteilt werden. Des Weiteren kann das Gericht die Ergänzung der Akten oder weitere Informationen verlangen. Die Frage der Zuständigkeit des Gerichts wird in Abs. 4 geregelt. Durch Art. 43b ATSG erhalten Richter an den kantonalen Versicherungsgerichten und am Bundesverwaltungsgericht erhebliche Kompetenzen.<sup>157</sup>

#### 4.2.10 Allgemeine Kritik der Lehre

Dillena ist der Meinung, die neuen Artikel würden den Forderungen des EGMR gerecht.<sup>158</sup> Daneben erwähnt Dillena aber auch die Gefahr, dass Art. 43a ATSG vermehrt Eingriffe in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen begünstigen könnte, da mit der neuen gesetzlichen Grundlage Observationen in einem grösseren, nicht unerheblichen Masse zugelassen werden. Damit würde die Begrenzungsfunktion, die einer grundrechtseinschränkenden Gesetzesgrundlage zukommen sollte, verfehlt. Das Grundrechtsdefizit werde aber reduziert, da die zukünftigen Grundrechtseingriffe in der neuen gesetzlichen Grundlage eine Rechtfertigung fänden.<sup>159</sup>

Gächter ist der Ansicht, dass die Eile zu Defiziten führte. Es handle sich um eine gesetzgeberische Unsorgfalt. Kritik bringt er am ungeklärten Verhältnis der Überwachungskompetenzen der Versicherer zur Verfolgung nach Art. 148a StGB, an der Eingrenzung des Ortes der Observation, der unklaren Verortung des Anfangsverdachts sowie an der Weigerung des Gesetzgebers, sich mit den beweisrechtlichen Verwertungsverboten auseinanderzusetzen, an. Es liege eine einseitige Gewichtung des Interesses an der Missbrauchsbekämpfung vor, wobei der Schutz der Privatsphäre nur minder zum Ausdruck gebracht werde. Die Privatsphäre sollte aber in allen Lebenslagen, in denen ein Eingriff nicht durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt werde, geschützt werden, denn schon die Möglichkeit eines Eingriffs wirke sich auf das persönliche Verhalten aus.<sup>160</sup>

Heusser verweist auf die Rechtsgleichheit. Es stelle sich die Frage, wie man es unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit rechtfertigen könne, dass nur Personen, die Sozialleistungen bezögen, observiert würden und nicht Personen, die andere staatliche Leistungen bezögen.<sup>161</sup>

---

<sup>157</sup> TEICHMANN/WEISS, Neue Rechtslage bei Observationen, S. 6 f.

<sup>158</sup> DILLENA, N 99.

<sup>159</sup> DILLENA, N 102.

<sup>160</sup> GÄCHTER, S. 216, 220 f.

<sup>161</sup> HEUSSER, Observationen, S. 31.

Gemäss Ducrey endete das Bestreben nach einem zügigen Erlass einer gesetzlichen Grundlage zur Observation in einer lückenhaften Gesetzesgrundlage, die den Anforderungen des EGMR nicht Genüge tue. Die Rechtmässigkeit der Observation sei mit Art. 43a ATSG noch nicht erreicht worden und der EGMR habe wohl erneut über die Rechtmässigkeit von angeordneten Observationen zu entscheiden.<sup>162</sup>

Pärli geht noch weiter und erläutert, dass durch die nun gesetzlich erlaubten Möglichkeiten der Observation alle Bezüger von Leistungen unter den Generalverdacht des Missbrauchs gestellt würden. Zudem fördere sie eine Misstrauenskultur, die auf Gegenseitigkeit basiere.<sup>163</sup>

Nach der hier vertretenen Ansicht erfüllen die neuen Artikel zur Observation im ATSG die Anforderungen des EGMR nicht vollständig. Insbesondere der Zeitaspekt ist zu kurz gekommen. Es macht wohl einen Unterschied bezüglich der Schwere des Eingriffs, ob wenige Stunden am Tag oder den ganzen Tag observiert wird. Problematisch erscheint zudem die fehlende Konkretisierung der erlaubten technischen Geräte zur Bild- und Tonaufzeichnung, bzw. der Gesetzestext müsste klarer formulieren, dass technische Geräte eben nur für die Standortbestimmung erlaubt sind. Das Verwenden einer Drohne kann zu massiven Grundrechtsbeschränkungen führen, wenn nicht sogar in den Kernbereich des Privatsphäreschutzes nach Art. 13 BV eingreifen. Mit einer technisch gut ausgestatteten Drohne kann ein scharfer und direkter Einblick durch ein Fenster in eine Wohnung oder ein Haus ermöglicht werden. Indessen muss auch beachtet werden, dass der technische Fortschritt jedes Jahr rasant zunimmt und eine überblickbare Auflistung aller vorhandenen technischen Geräte, mit denen eine Beobachtung möglich wäre, beinahe unmöglich ist. Es müsste eine verallgemeinerte, jedoch an die neue Technik angepasste Beschreibung ins Gesetz aufgenommen werden. In der Gesamtbetrachtung enthalten die Art. 43a und 43b ATSG gute Ansätze, welche jedoch zum Schutz der Versicherten verfeinert werden müssten. Daneben erscheint der Ansatz von Heusser, den Versicherern keine Überwachungskompetenz einzuräumen, aufgrund vorhandener polizeilicher Kompetenz interessant. Meines Erachtens können die Sozialversicherer jedoch die Situation fachlich besser einschätzen und schneller reagieren, wenn sie die Verdachtsfälle nicht jedes Mal an die Strafbehörden weiterleiten müssen. Die Überwachungskompetenz der Sozialversicherer ist eine Entlastung der Strafbehörden. Das Gesetzgebungsverfahren verlief zwar im Eiltempo, jedoch gilt es zu beachten, dass eine gesetzliche Grundlage aufgrund des Eingriffs in die Privatsphäre des Überwachten längst überfällig war, was zu einem schnellen Handeln anregte. Die Bedenken, dass die Sozialversicherer weiter in die Privatsphäre eindringen können als die Polizei, sind begründet.

---

<sup>162</sup> DUCREY, S. 10, 12; gl.M. PÄRLI, S. 120.

<sup>163</sup> PÄRLI, S. 120, 122.

Man muss jedoch im Blickfeld behalten, dass auch Sozialversicherungsträger staatliche Aufgaben erfüllen.

### **4.3 Ausführungsbestimmungen nach Art. 7a ff. ATSV**

Der Bundesrat regelt gemäss Art. 43a Abs. 9 lit. c ATSG die Anforderungen an die mit Observationen beauftragten Spezialistinnen und Spezialisten. Die Erfüllung dieser Anforderungen kann aus Gründen einer guten Corporate Governance und der hieraus erforderlichen Kontrollmechanismen nur eine andere Stelle als die Versicherungsträger selbst kontrollieren.<sup>164</sup>

Ausführungsbestimmungen zum Abklärungsverfahren nach Art. 43-45 ATSG gab es bisher keine. Im ersten Abschnitt sind die Anforderungen an Spezialistinnen und Spezialisten, die Observationen durchführen, geregelt (Art. 7a ff. ATSV). Die Ausführungsbestimmungen zum Abklärungsverfahren und besonders zu den Observationen sind im zweiten Abschnitt unter den allgemeinen Verfahrensbestimmungen geregelt.

#### **4.3.1 Bewilligungspflicht**

Art. 7a ATSV regelt die Bewilligungspflicht für die Tätigkeit der Spezialistinnen und Spezialisten, welche im Auftrag von Versicherungsträgern Observationen durchführen. Die Bewilligung wird erteilt, wenn die Voraussetzungen nach Art. 7b ATSV erfüllt sind. Da die betrauten Spezialistinnen und Spezialisten Mitarbeitende des Versicherungsträgers, aber auch externe Personen sein können, gelten die gesetzlichen Regelungen nach Art. 43a und b ATSG über die Zulässigkeit der Anordnung und Durchführung für sämtliche Observationen. Auch die in der ATSV geregelten Anforderungen müssen für alle Observationen gleichermassen gelten. Bei sämtlichen Personen, die Observationen durchführen, muss gewährleistet sein, dass sie die notwendige fachliche und persönliche Eignung besitzen, um Observationen rechtskonform und sachgerecht auszuführen. Es liesse sich nicht rechtfertigen, zwischen internen und externen Spezialistinnen und Spezialisten eine Unterscheidung zu machen. Einige Kantone sehen für die Detektivarbeit eine Bewilligungspflicht vor. Deshalb ist zu beachten, dass die Versicherungsträger sicherstellen müssen, dass die von ihnen betrauten Personen nebst der Bewilligung des Bundesamts für Sozialversicherungen (BSV) auch über allfällige notwendige kantonale Bewilligungen verfügen. Die vorgeschlagenen Anforderungen in der ATSV gelten nur für Observationen in der Schweiz. Für allfällige Observationen im Ausland ist das Sozialversicherungsabkommen mit dem jeweiligen Staat zu beachten. Sämtliche Spezialistinnen und Spezialisten, die für alle Sozialversicherungen Observationen durchführen, werden, um eine einheitliche

---

<sup>164</sup> EDI, Erläuternder Bericht, S. 4.

Bewilligungspraxis zu gewährleisten, von einer einzigen Stelle zugelassen. Diese Stelle ist das BSV, da die meisten Sozialversicherungen unter der Aufsicht des BSV stehen.<sup>165</sup>

#### **4.3.2 Bewilligungsvoraussetzungen**

In Art. 7b Abs. 1 ATSV werden die Anforderungen definiert, die vom BSV zu prüfen sind. Es soll eruiert werden, ob die von der Versicherung zur Durchführung von Observationen betraute Person fähig und geeignet ist. In lit. a-c werden die persönlichen Voraussetzungen geregelt, mit denen die Vertrauenswürdigkeit der gesuchstellenden Person geprüft werden soll. In lit. d-f werden sodann die fachlichen Voraussetzungen genannt. Gemäss lit. d muss die gesuchstellende Person über die erforderlichen Rechtskenntnisse zur Durchführung einer rechtskonformen Observation verfügen. Daneben muss sie für den Umgang mit dem Observationsmaterial mit den datenschutzrechtlichen Bestimmungen vertraut sein. Es ist ausserdem des Spezialisten Verantwortung, sich im Rahmen einer Ausbildung die erforderlichen Rechtskenntnisse anzueignen. Die gesuchstellende Person muss gemäss lit. e weiter über eine polizeiliche oder gleichwertige Ausbildung verfügen, welche insbesondere die notwendigen Observationstechniken umfassen muss. Erworben werden können die Kenntnisse im Rahmen einer polizeilichen Observationsausbildung oder durch eine gleichwertige Observationsausbildung in einer privaten Ausbildungsstätte. Schliesslich muss die gesuchstellende Person gemäss lit. f innerhalb der letzten fünf Jahre eine ausreichende Berufserfahrung als Ermittler oder Detektiv im Bereich der Personenüberwachung erworben haben. Dies bedeutet, dass sie mindestens 12 Personenüberwachungen durchgeführt haben muss. Die Kriterien nach Art. 7b ATSV liegen in erster Linie im Interesse des Versicherten, da sie dazu dienen, dass nur persönlich und fachlich geeignete Personen eine Observation durchführen und sich dabei an entsprechende Rechtsvorschriften halten und den Eingriff in die Privatsphäre so klein als möglich halten. Daneben liegen die Kriterien aber auch im Interesse der Sozialversicherungen. Denn für eine kostengünstige und effiziente Observation ist auch eine gewisse Erfahrung und Ausbildung notwendig. In der Praxis ist es wichtig, dass ein klar definierter Observationsauftrag vom Versicherungsträger vorliegt. Die Sozialversicherer benötigen nämlich für die Abklärung von Leistungsansprüchen klar fokussierte Observationsergebnisse. Gemäss Art. 7b Abs. 2 ATSV kann die Bewilligung nur einer natürlichen Person zugesprochen werden.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> EDI, Erläuternder Bericht, S. 4 f.

<sup>166</sup> EDI, Erläuternder Bericht, S. 5 f.

### 4.3.3 Modalitäten der Bewilligung

In Art. 7c ATSV werden die Anforderungen an das Bewilligungsgesuch geregelt, welches schriftlich beim BSV eingereicht werden muss. Die Bewilligung wird nach Art. 7d Abs. 1 ATSV in Form einer Verfügung für höchstens fünf Jahre erteilt, da sich die Voraussetzungen nach Art. 7b Abs. 1 lit. a-c ATSV ändern können. Gemäss Abs. 2 verleiht eine Bewilligung nach dieser Bestimmung keinen geschützten Berufstitel oder dergleichen. Art. 7e ATSV regelt die Meldung wesentlicher Änderungen sowie den Bewilligungsentzug. Gemäss Abs. 1 muss der Inhaber oder die Inhaberin der Bewilligung dem BSV unverzüglich jede Änderung in den für die Bewilligungserteilung massgebenden Verhältnissen melden. Gemäss Abs. 2 und 3 kann unter gewissen Voraussetzungen die Bewilligung entzogen werden. Weiter werden in Art. 7f ATSV die Gebühren für die Prüfung des Bewilligungsgesuchs und in Art. 7g ATSG das Verzeichnis der Bewilligungsinhaberinnen und -inhaber geregelt.<sup>167</sup>

### 4.3.4 Ort und Mittel der Observation

In Art. 7h ATSV wird der Ort der Observation festgelegt. Gemäss Art. 7h Abs. 1 ATSV darf die Zielperson an einem allgemein zugänglichen Ort observiert werden und gemäss Abs. 2 dann, wenn sie sich an einem Ort befindet, der von einem allgemein zugänglichen Ort gemäss Abs. 1 aus frei einsehbar ist. Konkret heisst das, dass der Ort weder durch einen Sichtschutz gegen Einblicke besonders geschützt noch durch eine Fensterscheibe oder Hausfassade abgetrennt sein darf. Keineswegs erlaubt ist die Observation, wenn sich die Zielperson in gegen aussen abgeschirmten Räumen und Örtlichkeiten befindet. Zu diesen Orten zählen nicht nur das Innere des Hauses, sondern auch dazu gehörende umfriedete Plätze, Höfe und Gärten, die normalerweise Blicken von aussen entzogen sind. Der frei einsehbare Ort muss zudem ohne Weiteres frei einsehbar sein. Rechtlich-moralische Schranken dürfen nicht überwunden werden müssen. Kein allgemein zugänglicher Ort ist z.B. auch der Luftraum. Hilfsmittel wie eine Leiter sind zur Betätigung von Aufnahmen nicht erlaubt. Des Weiteren werden in Art. 7i ATSV die Mittel der Observation geregelt. Gemäss Abs. 1 dürfen keine technischen Geräte für Bildaufzeichnungen verwendet werden, die das menschliche Wahrnehmungsvermögen wesentlich erweitern. Nicht zulässig sind Geräte, die etwas sichtbar machen, was für das durchschnittliche Sehvermögen zu gegebener Tageszeit und Position nicht sichtbar ist. Darunter fallen gemäss Bundesrat auch Drohnen, was die Befürchtungen der Kritiker zwar widerlegt, jedoch handelt es sich um eine Auslegungsfrage, und es wäre nach der hier vertretenen Ansicht besser gewesen, die Drohne direkt in die Auflistung in der Verordnung aufzunehmen, zumal Drohnen in

---

<sup>167</sup> EDI, Erläuternder Bericht, S. 6 f.

der heutigen Zeit häufig gebrauchte und umstrittene technische Geräte sind. Gemäss Abs. 2 dürfen sodann keine technischen Geräte eingesetzt werden, die das menschliche Hörvermögen erweitern. Darunter fallen u.a. Wanzen, Tonverstärkungs- und Abhörgeräte sowie Richtmikrofone. Abs. 3 bestimmt, dass als technische Geräte zur Standortbestimmung Instrumente eingesetzt werden dürfen, die sinn- und zweckgemäss für die Standortbestimmung vorgesehen sind.<sup>168</sup>

#### **4.3.5 Aktenführung**

Art. 46 ATSG besagt, dass alle Unterlagen, die massgeblich sein können, vom Versicherungsträger systematisch zu erfassen sind. Die Akten müssen demnach vollständig und systematisch erfasst werden. Bisher gab es dazu keine Konkretisierungen in der ATSV, was nun mit der Einführung von Art. 8 f. ATSV geändert wurde. In Art. 8 ATSV wird die Aktenführung geregelt. In Art. 8a ATSV wird sodann die Aktenaufbewahrung normiert. Im Vordergrund der Aktenaufbewahrung steht die Sicherstellung der psychischen Sicherheit bzw. Unversehrtheit der Akten. Es sind entsprechende Massnahmen zu ergreifen, um die Akten sicher und geschützt aufzubewahren. Gemäss Abs. 2 sollen die Akten durch bauliche, technische und organisatorische Massnahmen vor unberechtigten Zugriffen, unprotokollierten Änderungen und Verlust geschützt werden. Es sollen nur die Berechtigten Zugriff zu den Akten haben. Der bisherige Art. 8 wurde zu Art. 8b, wobei keine inhaltlichen Änderungen vorgenommen wurden. Art. 8c ATSV beinhaltet die Einsicht in das Observationsmaterial als Teilaspekt des rechtlichen Gehörs. Entweder wird der versicherten Person das Observationsmaterial direkt vorgelegt (Abs. 1) oder sie wird schriftlich über das Vorhandensein informiert (Abs. 2), wobei ihr die Möglichkeit der Einsichtnahme angeboten werden muss. Neben der mündlichen Mitteilung der Observationsergebnisse bei Änderung der Leistung aufgrund einer Observation nach Art. 43 Abs. 7 ATSG ist auch die schriftliche Mitteilung zulässig. Eine schriftliche Information ist gemäss Art. 43 Abs. 8 ATSG zwingend notwendig, wenn die Observationsergebnisse nicht zu einer Änderung der Leistung führen. In Art. 9a ATSV wird die Aktenvernichtung geregelt und der jetzige Art. 9a wurde zu Art. 9b und blieb inhaltlich unverändert. Art. 18 ATSV regelt sodann die Übergangsbestimmungen.<sup>169</sup>

---

<sup>168</sup> EDI, Erläuternder Bericht, S. 6 ff.

<sup>169</sup> EDI, Erläuternder Bericht, S. 9 ff.

## 5. Observationen in der 2. Säule

### 5.1 Aktuelle Rechtslage

Gemäss Art. 23 und 24 BVG richten die Vorsorgeeinrichtungen Invalidenleistungen aus. Daher sind sie zur Überprüfung der Rechtmässigkeit eines Leistungsbezugs unter Umständen auf Observationsergebnisse der Invalidenversicherung oder allenfalls auf die Durchführung eigener Observationen angewiesen.

Aufgrund der fehlenden hoheitlichen Verfügungskompetenz der Vorsorgeeinrichtungen<sup>170</sup>, dem Zusammenwirken zwischen Obligatorium und weitergehender beruflicher Vorsorge, insbesondere dem Überobligatorium, und der damit verbundenen Spannung zwischen Privatautonomie und gesetzlicher Regelung wird die berufliche Vorsorge grundsätzlich nicht in den Geltungsbereich des ATSG miteinbezogen. Infolge dieses Nichteinbezugs nimmt die berufliche Vorsorge eine Art Stief- oder Waisenkindrolle ein.<sup>171</sup> Das Spannungsverhältnis ergibt sich daraus, dass die Bestandteile des Vorsorgeverhältnisses entweder dem obligatorischen oder dem weitergehenden Bereich der beruflichen Vorsorge zugeordnet werden. Diese Unterteilung folgt aus der Gegebenheit, dass die Vorsorgeeinrichtungen neben dem gesetzlich geregelten Mindestbereich über einen Selbständigkeitsbereich disponieren. Der obligatorische Bereich ist grundsätzlich gesetzlich geregelt. Dem steht die weitergehende Vorsorge gegenüber, welche grundsätzlich Regelungsfreiheit beinhaltet.<sup>172</sup>

Jedes Einzelgesetz der verschiedenen Sozialversicherungszweige legt den Umfang der Anwendbarkeit des ATSG selbständig fest. Eine allgemeine Rückverweisungsnorm auf das ATSG fehlt im BVG. 1991 strich der erstberatende Ständerat die berufliche Vorsorge aus dem Gesetzesentwurf des ATSG mit der Begründung, die berufliche Vorsorge sei ein Randsystem der Sozialversicherungen. Dies ist unter dem Drei-Säulen-Prinzip unhaltbar. Richtigerweise stellt die berufliche Vorsorge teilweise Zivilrecht dar, weshalb es schwierig gewesen wäre, die weitergehende berufliche Vorsorge in das ATSG einzuordnen.<sup>173</sup> Das Bundesgericht liess offen, ob die Rechtsprechung des EGMR auch auf die berufliche Vorsorge anwendbar ist. Es hat die observierenden Vorsorgeeinrichtungen auf dieselbe Stufe wie die privaten Haftpflichtversicherer gestellt und sie als interessierte Dritte bezeichnet.<sup>174</sup>

---

<sup>170</sup> VETTER-SCHREIBER, Art. 73 N 1.

<sup>171</sup> HÜRZELER, S. 226 f.

<sup>172</sup> GÄCHTER/SANER, Art. 49 N 1 ff.

<sup>173</sup> LOCHER/GÄCHTER, S. 51 N 35 f.

<sup>174</sup> Urteil des BGer 8C\_192/2017 vom 25. August 2017 E. 5.4.

### **5.1.1 Rechtliche Grundlagen**

Da das ATSG auf die berufliche Vorsorge nicht anwendbar ist und im BVG keine gesetzliche Grundlage zur Durchführung und Anordnung einer Observation besteht, gibt es zur Zeit keine rechtliche Grundlage, auf die sich die Vorsorgeeinrichtungen bezüglich eigener Observationen stützen können (s.a. Ziff. 5.2).

### **5.1.2 Praxis**

Grundsätzlich sind die Vorsorgeeinrichtungen an die Feststellungen der Invalidenversicherung bezüglich des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit, der Höhe des Invaliditätsgrades und des Beginns des Rentenanspruchs gebunden. Diese Bindung dient dem Zweck, eine Kohärenz zwischen erster und zweiter Säule herzustellen und die Vorsorgeeinrichtungen von eigenen Abklärungen zu entlasten. Die Vorsorgeeinrichtungen können sich tatsächlich auf die IV-Ergebnisse abstützen und werden entlastet, wenn die IV-Stellen ihre Arbeit korrekt und umfassend erledigen. Bleiben die IV-Stellen aber untätig, was vor allem bei laufenden Rentenleistungen passiert, oder stützen sie sich auf unvollständige Abklärungsergebnisse, müssen die Vorsorgeeinrichtungen selbst Abklärungen vornehmen. Somit können sich auch Vorsorgeeinrichtungen in der Pflicht sehen, eine Observation anzuordnen, wenn Zweifel an der Rechtmässigkeit eines Leistungsbezugs bestehen. Eine solche Situation liegt auch vor, wenn die Vorsorgeeinrichtung eine Invalidenrente ausrichtet, nicht aber die IV, und die Möglichkeit fehlt, sich auf Ergebnisse eines anderen Versicherers abzustützen.<sup>175</sup>

Weil das ATSG auf die berufliche Vorsorge nicht anwendbar ist, haben die neuen Artikel im ATSG und in der ATSV keine bzw. nur indirekte Bedeutung. Die neuen Artikel haben eine indirekte Bedeutung, als sie für die Invalidenversicherung anwendbar sind und die Vorsorgeeinrichtungen sich auf die Ergebnisse und somit insbesondere auch die Observationsergebnisse der Invalidenversicherung abstützen können.

## **5.2 Reformbedarf für Observationen in der beruflichen Vorsorge?**

### **5.2.1 Eigene gesetzliche Grundlage**

Da bezüglich der Einleitung eigenständiger Observationen durch die Vorsorgeeinrichtungen eine Lücke im Gesetz besteht, wäre die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage oder ein Verweis auf das ATSG bezüglich Observationen im BVG zu begrüssen. Die neue gesetzliche Grundlage oder der Verweis könnte konkret als Art. 88 BVG in den Regelungen der

---

<sup>175</sup> HÜRZELER, S. 226, 227.

Art. 85 ff. BVG angesiedelt werden. Ausserdem müsste eine zwingende Informationspflicht der Vorsorgeeinrichtungen hinsichtlich der Regelung in Art. 43a Abs. 8 ATSG (vgl. Ziff. 4.2.6) vorgesehen werden, da die Vorsorgeeinrichtungen keine Verfügungen erlassen können. Eigene Abklärungsvorkehren haben in der weitergehenden beruflichen Vorsorge besondere Bedeutung, weshalb auch hier zu überlegen wäre, eine eigene gesetzliche Grundlage im BVG zu schaffen. Die Vorsorgeeinrichtungen sind in der weitergehenden beruflichen Vorsorge unmittelbar an die Grundrechte der versicherten Person gebunden, dies im Gegensatz zu den Privatversicherern. Zu diesem Zweck könnte man die im BVG zu schaffende gesetzliche Grundlage für Observationen in die Kataloge von Art. 49 Abs. 2 BVG und Art. 89a Abs. 6 ZGB aufnehmen, um sie auf den ausserobligatorischen und weitergehenden Vorsorgebereich auszudehnen.<sup>176</sup>

Der Gesetzestext in Art. 88 BVG könnte wie folgt lauten: *«Die Vorsorgeeinrichtung kann eine versicherte Person verdeckt observieren und dabei Bild- und Tonaufzeichnungen machen und technische Instrumente zur Standortbestimmung einsetzen, wenn a. konkrete Hinweise vorliegen, dass die versicherte Person unrechtmässige Leistungen bezieht oder zu beziehen versucht, und b. die Invalidenversicherung keine oder nicht genügend Abklärungen vorgenommen hat, auf die sich die Vorsorgeeinrichtung stützen könnte, und c. die eigenen Abklärungen der Vorsorgeeinrichtung sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden.»*

Da die Vorsorgeeinrichtungen keine Verfügungen erlassen können, stellt sich die Frage, wie sich die Versicherungsnehmer gegen eine allfällige Observation wehren könnten und vor welchem Gericht ein solches Anliegen vorgebracht werden müsste. Auch im BVG müsste zudem eine Bewilligungspflicht vorgesehen werden. Es stellt sich sodann auch hier aufgrund der fehlenden Verfügungskompetenz die Frage, welches Gericht für die Erteilung der Bewilligung zuständig wäre. Anstatt eines Gerichts gäbe es die Möglichkeit, der Aufsichtsbehörde nach Art. 61 BVG die Aufgabe der Bewilligungserteilung zu übertragen. In diesem Sinne könnte man den Aufgabenkatalog in Art. 61 BVG einfach erweitern.

Für die Zuständigkeit des Gerichts ist auf Art. 73 BVG zu verweisen. Gemäss Art. 73 Abs. 1 BVG bezeichnet jeder Kanton ein Gericht, welches als letzte kantonale Instanz über Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten entscheidet. Des Weiteren sieht Art. 73 Abs. 1 BVG eine Auflistung der Streitigkeiten vor, über welche dieses Gericht auch entscheidet. Voraussetzung für den Rechtsweg nach Art. 73 Abs. 1 BVG ist, dass die Streitigkeiten zwischen dem Versicherten bzw. Anspruchsberechtigten und

---

<sup>176</sup> HÜRZELER, S. 226, 227.

der Vorsorgeeinrichtung die berufliche Vorsorge im engeren oder weiteren Sinn betreffen. Von einer solchen Streitigkeit wird gesprochen, wenn sie das Vorsorgeverhältnis zwischen dem Anspruchsberechtigten und der Vorsorgeeinrichtung betrifft und spezifisch den Rechtsbereich der beruflichen Vorsorge anbelangt. Das Gericht ist nach Art. 73 BVG auch zuständig für Beitragsstreitigkeiten und Ansprüche auf Versicherungsleistungen.<sup>177</sup> Bei Observationen handelt es sich um Abklärungen bezüglich des Erbringens einer Leistung. Werden aufgrund von Observationen Leistungen gekürzt oder eingestellt und will sich ein Versicherungsnehmer dagegen wehren, handelt es sich um eine Streitigkeit zwischen dem Anspruchsberechtigten und der Vorsorgeeinrichtung. Dabei betrifft die Streitigkeit die berufliche Vorsorge im weiteren Sinn, wenn nicht sogar die berufliche Vorsorge im engeren Sinn. Es geht bei dieser Streitigkeit um Ansprüche auf Versicherungsleistungen. Aus den genannten Gründen wäre bei einem Streit betreffend Observation durch eine Vorsorgeeinrichtung das vom Kanton bezeichnete Gericht nach Art. 73 BVG zuständig.

Gemäss Art. 73 Abs. 2 BVG stellt der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Der Untersuchungsgrundsatz beherrscht auch hier das Verfahren.<sup>178</sup> Auch hier findet das Prinzip der freien Beweiswürdigung seine Anwendung, obwohl es in Art. 73 BVG nicht ausdrücklich erwähnt wird.<sup>179</sup> Da der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat und das Prinzip der freien Beweiswürdigung gilt, könnte dem Gericht ein Antrag auf Durchführung einer Observation gestellt werden. Bei dieser Lösung würde eine entsprechende Ergänzung des BVG genügen. Der Gesetzestext könnte wie folgt lauten: *«Die Vorsorgeeinrichtung kann beim Versicherungsgericht einen Antrag auf Durchführung einer Observation stellen, wenn a. der Verdacht auf unrechtmässigen Leistungsbezug oder ein Versuch dazu besteht, b. die Invalidenversicherung keine genügenden Abklärungen vorgenommen hat, auf die sich die Vorsorgeeinrichtung stützen könnte und c. die eigenen Abklärungen der Vorsorgeeinrichtungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden.»*

### 5.2.2 Art. 28 ZGB

Vorsorgeeinrichtungen können gemäss Art. 48 Abs. 2 BVG als Stiftungen oder als Einrichtungen des öffentlichen Rechts errichtet werden. Das Gesetz schreibt zwecks Sicherung des Sparvermögens die Verselbständigung des Rechtsträgers vor. Die Personalvorsorgestiftung funktioniert grundsätzlich nach Art. 80 ff. ZGB.<sup>180</sup> Es stellt sich die Frage, ob man Observationen in

<sup>177</sup> BGE 130 V 111 E. 3.1.2 S. 113; VETTER-SCHREIBER, Art. 73 N 6 f.

<sup>178</sup> MEYER/UTTINGER, Art. 73 N 85; VETTER-SCHREIBER, Art. 73 N 30.

<sup>179</sup> MEYER/UTTINGER, Art. 73 N 101.

<sup>180</sup> RIEMER-KAFKA, S. 319 f.

der beruflichen Vorsorge nicht mittels Art. 28 ZGB rechtfertigen könnte, da die Vorsorgeeinrichtungen als Stiftungen organisiert sind.

Nimmt ein privater Versicherer, der keine öffentlichen Aufgaben wahrnimmt, eine Observation vor oder gibt er sie in Auftrag, bestimmen sich die Zulässigkeit und Grenzen der Observation nach Art. 28 ZGB.<sup>181</sup> Liegt jedoch kein privatrechtliches, sondern ein öffentlich-rechtliches Verhältnis vor, so ist der Anwendungsbereich von Art. 28 ff. ZGB nicht mehr betroffen. In diesem Fall ist der öffentlich-rechtliche Persönlichkeitsschutz von Bedeutung, welcher durch die Grundrechte und verschiedene öffentlich-rechtliche Erlasse gewährleistet ist.<sup>182</sup>

Das Unterstellungsverhältnis im obligatorischen Bereich ist ein öffentlich-rechtliches, weshalb die Anwendung von Art. 28 ZGB nicht in Betracht fällt. Im überobligatorischen Bereich ist das Rechtsverhältnis privatrechtlicher Natur.<sup>183</sup> Art. 28 ZGB ist somit im überobligatorischen Bereich anwendbar. Im obligatorischen Bereich fehlt aber eine rechtliche Grundlage, auf die sich die Vorsorgeeinrichtungen zur Rechtfertigung eigener Observationen stützen könnten.

Ausserdem gibt es grundsätzlich keine Vorsorgeeinrichtungen, die ausschliesslich das strikte Obligatorium in ihren Beiträgen und Leistungen abbilden, was bedeutet, dass meist über das Obligatorium hinausgehende Leistungen erbracht werden.<sup>184</sup> Dies hat zur Folge, dass es grundsätzlich für keine Vorsorgeeinrichtung eine gesetzliche Grundlage zur Observation gibt, da die erbrachten Leistungen oft den obligatorischen und überobligatorischen Bereich gleichzeitig betreffen.

### 5.2.3 Observation durch Strafbehörden

Art. 7 der Strafprozessordnung sieht den Verfolgungszwang der Strafbehörden vor. Konkret sind die Strafbehörden gemäss Art. 7 Abs. 1 StPO dazu verpflichtet, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten ein Verfahren einzuleiten und durchführen, wenn ihnen Straftaten oder auf Straftaten hinweisende Verdachtsgründe bekannt werden. Das Legalitätsprinzip in Art. 7 StPO befasst sich mit der Frage, wann konkretes Aktivwerden der Strafbehörden gefordert ist. Die Strafverfolgungsbehörden sind grundsätzlich im Sinne des Willkürverbots und des Rechtsgleichheitsgebots dazu verpflichtet, einem hinreichenden Verdacht auf Tat und Täter nachzugehen. Der

---

<sup>181</sup> AEBI-MÜLLER, S. 155.

<sup>182</sup> AEBI-MÜLLER, S. 155.

<sup>183</sup> RIEMER-KAFKA, S. 95.

<sup>184</sup> STAUFFER, S. 142 N 451.

Staat hat Straftaten dementsprechend von Amtes wegen zu verfolgen. Ausnahmen sind Antragsdelikte und die Einschränkungen gemäss Art. 7 Abs. 2 StPO.<sup>185</sup>

Ein Teil der Lehre äusserte seine Bedenken zu Art. 43a ATSG. Dabei waren die Autoren der Meinung, dass die Sozialversicherungsträger keine Kompetenz zur Durchführung von Observationen haben sollten, da die Strafbehörden gemäss Art. 7 StPO bereits verpflichtet seien, einem hinreichenden Verdacht auf eine Straftat nachzugehen, und zusätzlich nicht interessengesteuert seien.<sup>186</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht ist es von Vorteil, dass die Sozialversicherungsträger eine besondere Nähe zum Sachverhalt aufweisen. Sie kennen die versicherte Person, den Leistungsfall und dessen Hintergrund. Dies ermöglicht es dem Sozialversicherungsträger, einen unrechtmässigen Leistungsbezug schneller zu erkennen und schneller darauf zu reagieren. Die Strafverfolgungsbehörden werden dadurch zudem entlastet.

Da die beruflichen Vorsorgeeinrichtungen keine gesetzliche Kompetenz zur Überwachung haben, benötigen sie die Hilfe von Behörden, welche die gesetzliche Kompetenz haben, Observationen durchzuführen. Die Strafverfolgungsbehörden können gemäss Art. 282 Abs. 1 StPO Personen und Sachen an allgemein zugänglichen Orten verdeckt beobachten und dabei Bild- oder Tonaufzeichnungen machen. Damit Strafverfolgungsbehörden Observationen vornehmen dürfen, müssen gemäss Art. 282 Abs. 1 lit. a StPO konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass ein Verbrechen oder Vergehen begangen worden ist, und gemäss lit. b die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden. Werden unrechtmässig Leistungen eines Sozialversicherungsträgers bezogen, kann entweder der Tatbestand des Betrugs nach Art. 146 StGB oder der Tatbestand unrechtmässigen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe nach Art. 148a StGB erfüllt sein. Art. 146 StGB stellt ein Verbrechen dar und Art. 148a StGB ein Vergehen. Folglich fallen beide Tatbestände unter die Deliktskategorien von Art. 282 Abs. 1 lit. a StPO. Liegt also ein Verdacht auf unrechtmässigen Leistungsbezug vor und sind die anderen Voraussetzungen nach Art. 282 StPO erfüllt, kann die Strafverfolgungsbehörde eine Observation durchführen.<sup>187</sup> Art. 282 StPO wurde bewusst offen gefasst, damit die Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit haben, Observationen bereits zu Beginn der Ermittlungshandlungen durchzuführen.<sup>188</sup> Wird keine besondere gesetzliche

---

<sup>185</sup> PIETH, S. 41.

<sup>186</sup> Vgl. zum Ganzen HEUSSER, S. 206 ff.

<sup>187</sup> A.M. MOHLER, S. 10 f.: Der unrechtmässige Leistungsbezug sei noch nicht strafbar und deswegen sei nicht die StPO, sondern das Polizeigesetz anwendbar. Es handle sich um eine Polizeiaufgabe. Gemäss Verfassung sei die Polizeigesetzgebung keine Kompetenz des Bundes, weshalb er Art. 43a und b ATSG nicht hätte erlassen dürfen.

<sup>188</sup> GÄCHTER/MEIER, Observation, S. 8 Rz. 16.

Grundlage zur Durchführung von Observationen durch Vorsorgeeinrichtungen geschaffen, so sollten sie zumindest in vergleichbar schneller sachgerechter Weise zu Observationsergebnissen kommen wie andere Sozialversicherungsträger. Man könnte einen Artikel im BVG anbringen, der bei einem konkreten Verdacht der Vorsorgeeinrichtung auf unrechtmässigen Leistungsbezug auf die StPO verweist. Allerdings müssen die Strafverfolgungsbehörden ohnehin bei Verdacht auf unrechtmässigen Leistungsbezug handeln. Ins gleiche Muster fällt die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage im BVG, die die Vorsorgeeinrichtungen dazu verpflichtet, bei einem Verdacht auf unrechtmässigen Bezug einer Leistung Anzeige zu erstatten. Denn die Anzeigepflicht für Behörden wird gemäss Art. 302 Abs. 2 StPO bereits durch den Bund und die Kantone geregelt. Private Einrichtungen haben gemäss Art. 301 Abs. 1 StPO ein Anzeigerecht. Vorsorgeeinrichtungen können öffentlich-rechtliche Anstalten oder private Einrichtungen sein. Es spielt meines Erachtens jedoch keine Rolle, ob eine Anzeigepflicht oder ein Anzeigerecht besteht, denn es liegt im Interesse der Vorsorgeeinrichtungen, bei einem konkreten Verdacht auf unrechtmässigen Leistungsbezug Anzeige an die Strafbehörden zu stellen, damit diese eine Observation durchführen. Die Observation ist eine Zwangsmassnahme, da sie in der StPO unter dem 5. Titel über Zwangsmassnahmen geregelt wird. Gemäss Art. 196 StPO sind Zwangsmassnahmen Verfahrenshandlungen, die in die Grundrechte der Betroffenen eingreifen. Eine Observation wird durch eine Person der Strafbehörde vorgenommen, womit der Grundrechtseingriff durch eine hoheitliche interessenneutrale Gewalt erfolgt, welche für die Durchführung von Observationen über eine gesetzliche Grundlage verfügt (Art. 282 StPO). Dabei müssen für die Observation resp. den Grundrechtseingriff die Voraussetzungen nach Art. 36 BV eingehalten werden. Um möglichst effizient und schnell mit der Strafuntersuchung voranzukommen, bedürfen die Strafbehörden Informationen und die damit verbundene fachliche Kompetenz der Vorsorgeeinrichtungen. Die Datenbekanntgabe der beruflichen Vorsorge an andere Behörden wie z.B. die Strafbehörde wird bereits in Art. 86a BVG geregelt, wonach Daten auf ein schriftliches und begründetes Gesuch hin bekanntgegeben werden dürfen, wenn keine überwiegenden Privatinteressen entgegenstehen.

Die verschiedenen Rechte und Pflichten im Verhältnis zwischen den Strafbehörden und den Sozialversicherern<sup>189</sup> sind also bereits umfassend in den entsprechenden Gesetzen geregelt, weshalb eine ergänzende Normierung unnötig erscheint.

---

<sup>189</sup> Vgl. zum Ganzen VAN DER STROOM.

### 5.2.4 Schlussfolgerungen

Da die berufliche Vorsorge nicht unter das ATSG fällt, sind die Art. 43a und 43b ATSG sowie die ATSV nicht anwendbar, weshalb für die beruflichen Vorsorgeeinrichtungen keine gesetzliche Grundlage zur Durchführung eigener Observationen besteht. Die Schaffung einer eigenen gesetzlichen Grundlage im BVG würde den Vorsorgeeinrichtungen die Kompetenz einräumen, selbst Observationen durchzuführen. Dies wäre im Sinne der Anwendung die einfachste Lösung. Jedoch ist der Weg zu einer neuen gesetzlichen Grundlage lang und immer wieder mit Barrieren und Hürden versehen. Art. 28 ZGB ist für die berufliche Vorsorge nur im weitergehenden Bereich anwendbar, weshalb dies keine befriedigende Lösung darstellt. Das Überlassen der Observation an die Strafbehörden erscheint als eine praktikable Lösung. Folglich haben die Vorsorgeeinrichtungen zwei Möglichkeiten, wie sie bei einem Verdacht auf unrechtmässigen Leistungsbezug vorgehen können: Entweder sie informieren die Invalidenversicherung oder die Unfallversicherung, welche die Kompetenz haben, Observationen durchzuführen, oder sie erstatten eine Anzeige an die Strafuntersuchungsbehörden gemäss Art. 301 f. StPO. Damit könnte man sich ein langwieriges Gesetzgebungsverfahren ersparen und die Kompetenz zur Observation würde in den Händen einer interessenneutralen Behörde bleiben, welche gesetzlich dazu legitimiert ist. Für die Rückforderung unrechtmässig bezogener Leistungen kann sich die berufliche Vorsorge jedoch nicht als Privatklägerin am Strafverfahren beteiligen. Gemäss Art. 122 Abs. 1 StPO können nur zivilrechtliche Ansprüche adhäsionsweise im Strafverfahren geltend gemacht werden. Beim Rückforderungsanspruch der beruflichen Vorsorge nach Art. 35a BVG handelt es sich jedoch, zumindest im obligatorischen Bereich der beruflichen Vorsorge, um einen Anspruch öffentlich-rechtlicher Natur, welcher beim kantonalen Versicherungsgericht geltend gemacht werden muss.<sup>190</sup> Die Beteiligung am Strafverfahren als geschädigte Person im Sinne von Art. 119 Abs. 2 lit. a StPO erscheint aber im Hinblick auf das versicherungsgerichtliche Verfahren als sinnvoll, da das Strafurteil als Grundlage für den Entscheid des Versicherungsgerichts dienen könnte.

## 6. Zusammenfassung

Zur Aufklärung des unrechtmässigen Leistungsbezugs im Versicherungswesen führen Versicherungsträger schon seit geraumer Zeit Observationen durch. Observationen bedeuten einen

---

<sup>190</sup> KAHIL-WOLFF HUMMER, Art. 35a N 15; Urteil des BGer 6B\_1324/2018, 6B\_22/2019 vom 22. März 2019 E. 4 ff.; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. November 2018 SB 170498 E. 7.1 f. (Internetpublikation).

Eingriff in die Grundrechte und bedürfen dementsprechend einer Rechtfertigung nach Art. 36 BV. Die gesetzliche Grundlage für die Rechtmässigkeit der Durchführung von Observationen war Art. 43 ATSG. Der europäische Gerichtshof für Menschenrechte entschied im Jahre 2016, dass diese gesetzliche Grundlage den Anforderungen der EMRK an ein faires Verfahren nicht gerecht werde. In der Folge wurden in der Schweiz neue Bestimmungen ausgearbeitet. Am 25. November 2018 wurden die Gesetzesvorlagen zu den neuen Bestimmungen Art. 43a und 43b ATSG sowie die dazugehörenden Bestimmungen in der ATSV vom Volk angenommen. Die neuen Artikel wurden am 1. Oktober 2019 in Kraft gesetzt. Die Meinungen in der Lehre zu den neuen Bestimmungen im ATSG gehen auseinander. Für die berufliche Vorsorge ist das ATSG sowie deren Verordnung nicht anwendbar. Sie kann sich folglich im Rahmen der Durchführung eigener Observationen nicht auf Art. 43a und 43b ATSG stützen. Nun stellt sich die Frage, ob die Schaffung einer eigenen gesetzlichen Grundlage im BVG zur Durchführung von Observationen durch Vorsorgeeinrichtungen eine praktikable Lösung wäre. Der hier vertretenen Ansicht nach kann man diesen Gesetzgebungsprozess vermeiden, indem man die bestehenden Möglichkeiten besser ausnutzt. Die berufliche Vorsorge hat im Fall des Verdachts auf unrechtmässigen Leistungsbezug zwei Möglichkeiten: Sie kann je nach Sachverhalt die Invaliden- oder Unfallversicherung benachrichtigen oder sie macht eine Anzeige bei den Strafbehörden, damit diese eine Strafuntersuchung einleiten. Die Durchführung einer Observation bleibt damit in den Händen einer staatlichen Behörde, welche bereits gesetzlich dazu legitimiert ist.

Ich bestätige mit meiner Unterschrift, dass ich die vorliegende Masterarbeit selbständig und ohne Verwendung von unerlaubten Hilfsmitteln verfasst und in der Arbeit alle verwendeten Quellen angegeben habe. Ich willige darin ein, dass meine Arbeit mittels Plagiatserkennungssoftware überprüft werden kann, und nehme zur Kenntnis, dass im Falle eines Plagiats oder der Inanspruchnahme fachlicher Mitarbeit von Drittpersonen der Dekan gemäss § 53 Abs. 2 StuPO 2016 auf Note 1 erkennen kann. Vorbehalten bleiben Sanktionen der Universität gemäss § 36 des Universitätsstatuts und die Strafverfolgung.

Ort Zürich

Datum 10.12.2019

Unterschrift

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "A. Kien", is written on a light green rectangular background.