



Skript

Rechtskenntnisse für Observationsspezialistinnen und -spezialisten nach ATSG

Version 1

Stand: 6. August 2019

Inhalt

I	Einleitung	3
II	Grundlegendes zum Staatsrecht, Sozialversicherungsrecht und Auftragsrecht	4
1	Schweizerisches Bundesstaatsrecht	4
1.1	Rechtsquellen	4
1.2	Aufbau und Grundprinzipien der Bundesverfassung	4
1.3	Bundesgesetze und Verordnungen	6
1.4	Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht	7
2	Grundlagen Sozialversicherungsrecht	8
2.1	Grundzüge des Sozialversicherungssystems	8
2.2	Die Abklärung im Sozialversicherungsverfahren	12
3	Die Sozialversicherungsträger als Auftraggeber	13
3.1	Die Sozialversicherungen gemäss ATSG	13
3.2	Zuständige Stelle für die Anordnung beim Sozialversicherungsträger	13
3.3	Bewilligungspflicht für Observationsspezialistinnen und -spezialisten in den Sozialversicherungen	14
3.4	Befristung der Bewilligung, Meldepflichten und Bewilligungsentzugsgründe	15
3.5	Auftragsrechtliches Verhältnis zwischen Versicherungsträger und extern Observationsspezialistinnen bzw. -spezialisten	16
III	Was steht auf dem Spiel – Grundrechte	18
1	Überblick über die verschiedenen Grundrechte	18
1.1	Freiheitsrechte	18
1.2	Gleichheitsrechte	18
1.3	Soziale Grundrechte	19
1.4	Politische Rechte	19
1.5	Verfahrensgrundrechte	19

2	Die Verwirklichung der Grundrechte	19
3	Einschränkung von Freiheitsrechten durch den Staat (Artikel 36 BV)	20
3.1	Voraussetzungen	20
3.2	Am Beispiel der Observationen durch Sozialversicherungen.....	21
IV	Rechtliche Rahmenbedingungen und Schranken für die Observation	23
1	Einleitendes	23
2	Abgrenzung vom Strafprozessrecht	23
3	Observationsbestimmungen im ATSG und in der ATSV	24
3.1	Voraussetzungen für eine Observation	24
3.2	Ort der Observation	25
3.3	Mittel der Observation.....	26
3.4	Dauer der Observation.....	28
3.5	Aufbewahrung und Vernichtung des Observationsmaterials.....	28
4	Verfassungsrechtlicher und zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz	29
4.1	Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz.....	29
4.2	Zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz	30
5	Strafrechtliche Schranken	32
5.1	Allgemeines.....	32
5.2	Strafbare Handlungen gegen den Geheim- und Privatbereich (Art. 179-179 ^{novies} StGB).....	32
5.3	Vergehen und Verbrechen gegen die Freiheit.....	34
5.4	Verbrechen und Vergehen gegen die Rechtspflege (Hinweise).....	34
6	Datenschutz, Amtsgeheimnis und Schweigepflicht nach ATSG	34
6.1	Grundlagen Datenschutzrecht in der Schweiz.....	35
6.2	Amtsgeheimnis und Schweigepflicht	36
6.3	Fazit	37
V	Literaturverzeichnis	38

I Einleitung

Das Schweizer Parlament hat am 16. März 2018 neue gesetzliche Grundlagen für die Überwachung von Versicherten im Sozialversicherungsbereich im Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000¹ über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (Art. 43a und 43b ATSG) verabschiedet.² Dazu hat der Bundesrat am 7. Juni 2019 Ausführungsbestimmungen in der Verordnung vom 11. September 2002³ über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (Art. 7a ff. ATSV) erlassen.⁴

Diese neuen Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen regeln einerseits die Voraussetzungen und Modalitäten für Observationen (wie Anordnungscompetenz, zulässige Orte, Mittel und Dauer) in den obligatorischen Sozialversicherungen, auf die das ATSG anwendbar ist. Andererseits enthalten sie auch Bestimmungen über die Anforderungen an die Spezialistinnen und Spezialisten, die für die Versicherungsträger Observationen durchführen dürfen. Dabei sehen sie unter anderem eine Bewilligungspflicht für Observationsspezialistinnen und -spezialisten vor (Art. 7a ATSV).⁵ Die Bewilligungsgesuche werden vom Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) geprüft.

Eine der Bewilligungsvoraussetzungen (Art. 7b Abs. 1 Bst. d ATSV) ist, dass die gesuchstellende Person die für die rechtskonforme Durchführung der Observation erforderlichen Rechtskenntnisse in einer geeigneten Aus- oder Weiterbildung erworben hat. Die verlangten Rechtskenntnisse sind im Leitfaden des BSV zum Bewilligungsverfahren⁶ näher definiert worden.

Das vorliegende Skript dient als Hilfsmittel dazu, sich diese erforderlichen Rechtskenntnisse anzueignen. Es soll im Sinne eines Leitfadens den Umfang und die Gewichtung der einzelnen Rechtsgebiete aufzeigen. Es ist zu betonen, dass das Skript lediglich eine Kurzdarstellung der Rechtskenntnisse enthält und diese in zusammengefasster Form wiedergibt. Es erhebt keinen Anspruch auf eine lückenlose Darstellung der betreffenden Rechtsgebiete und es stellt auch keinen Ersatz für eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Thematik und mit der (auch zukünftigen) Gerichtspraxis dar.

Es wird im Text auf zahlreiche Fundstellen verwiesen, die ergänzend zu konsultieren sind. Bei offenen Fragen ist es zudem angezeigt, weitere Literatur (zum Beispiel juristische Lehrbücher, Aufsätze oder Bundesgerichtsurteile, etc.) zu studieren.

Die (zukünftigen) Observationsspezialistinnen und -spezialisten sind insbesondere auch gehalten, stets die aktuellsten Fassungen von Gesetz, Verordnung und dieses Skripts zu beachten und sich entsprechend auf dem Laufenden zu halten. Die Fundstellen sind in den Fussnoten enthalten und es wird empfohlen, regelmässig die Website des BSV zum Thema zu besuchen (vgl. Links in den Fussnoten 4 und 5).

¹ SR 830.1

² <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20180029> > Link bei "Schlussabstimmungstext" anwählen (Bundesblatt BBl 2018 1491).

³ SR 830.11

⁴ Vgl. auch www.bsv.admin.ch > Sozialversicherungen > Überblick > Observationen in den Sozialversicherungen <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/ueberblick/observationen.html>

⁵ Detaillierte Informationen zum Bewilligungsverfahren sowie ein Onlinetool zur Einreichung von Bewilligungsgesuchen finden sich auf der Website des BSV: www.bsv.admin.ch > Sozialversicherungen > Überblick > Observationsspezialistinnen und -spezialisten

<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/ueberblick/observationen/observationsspezialisten.html>.

⁶ Vgl. Link in Fussnote 5.

II Grundlegendes zum Staatsrecht, Sozialversicherungsrecht und Auftragsrecht

Im vorliegenden Kapitel sollen wichtige Grundlagen zum Schweizerischen Staatsrecht, Sozialversicherungsrecht und Auftragsrecht sowie die Kriterien für die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht vermittelt werden.

1 Schweizerisches Bundesstaatsrecht

1.1 Rechtsquellen

Das schweizerische Bundesstaatsrecht umfasst alle Rechtsnormen, die die staatliche Aufgabenerfüllung, die Organisation, die Zuständigkeiten und das Verfahren der obersten Staatsorgane sowie die grundlegenden Rechte und Pflichten der Einzelnen beinhalten. Die wichtigsten grundlegenden Normen befinden sich im Verfassungsrecht, bzw. in der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999⁷ (BV), die die Grundzüge der staatlichen Ordnung regelt. Staatsrechtliche Normen finden sich aber auch in Bundesgesetzen und Verordnungen, in denen die verfassungsrechtlichen Grundzüge konkretisiert und ergänzt werden.

Auch das Völkerrecht beeinflusst die schweizerische Rechtsordnung (zum Beispiel die *Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten* vom 4. November 1950⁸, EMRK). Und die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts entwickelt das Recht durch Konkretisierung und Fortbildung der Verfassung weiter. Bedeutsam ist auch die Rechtsprechung z.B. des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu völkerrechtlichen Verträgen, die die Schweiz ratifiziert hat.

1.2 Aufbau und Grundprinzipien der Bundesverfassung

Die wichtigsten grundlegenden Normen des schweizerischen Bundesstaatsrechts finden sich in der BV.

Diese ist in folgende Teile gegliedert:

1.2.1 Grundprinzipien der Bundesverfassung

Das Schweizerische Verfassungsrecht beruht auf den nachfolgenden Grundprinzipien (sie werden auch Strukturprinzipien genannt). Diese sind hauptsächlich in der Präambel der BV und im ersten Titel der BV festgehalten:

- Prinzip der Rechtsstaatlichkeit
- Prinzip der Demokratie
- Prinzip des Bundesstaats
- Prinzip des Sozialstaats

Das **Prinzip der Rechtsstaatlichkeit** beinhaltet die folgenden Teilelemente:

Gewaltenteilung: Die staatliche Gewalt ist aufgeteilt auf die drei Organe Legislative (Rechtsetzende Organe, Parlament), Exekutive (Gesetzesvollziehende bzw. rechtsanwendende Organe, Regierung) und Judikative (Rechtsprechende Organe, Gerichte). Diese drei Staatstätigkeiten müssen sowohl organisatorisch wie auch personell voneinander getrennt und unabhängig sein.

⁷ SR 101
⁸ SR 0.101

Legalitätsprinzip (auch Gesetzmässigkeitsprinzip genannt): Der in Artikel 5 BV verankerte Grundsatz verlangt, dass jede staatliche Tätigkeit auf einer gültigen gesetzlichen Grundlage beruht und auch nicht darüber hinausgeht. Die gesetzliche Grundlage muss eine generell-abstrakte Regelung sein, die auch genügend bestimmt ist, so dass das Handeln der staatlichen Organe für den Einzelnen voraussehbar und überprüfbar ist. Die wichtigsten Rechtsnormen müssen – damit demokratisch legitimiert – in "Gesetzen im formellen Sinn" erlassen werden (das gibt Art. 164 Abs. 1 BV vor). Die Übertragung von Rechtsetzungskompetenz (Delegation) von der Legislative etwa an den Bundesrat (Exekutive) als Verordnungsgeber darf nur unter bestimmten Voraussetzungen erfolgen (Art. 164 Abs. 2 BV).

Grundrechtsbindung: Gesetzgeber wie auch Rechtsanwender sind direkt an die Grundrechte gebunden. Näheres dazu wird in Kapitel III ausgeführt.

Rechtstaatliche Grundsätze sind das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 BV), das Willkürverbot und der Vertrauensschutz (Art. 9) sowie die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV).

- Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip muss eine staatliche Massnahme immer *geeignet, erforderlich und zumutbar sein*, um das (im öffentlichen Interesse liegende) Ziel zu erreichen. Das heisst, die Massnahme muss sachlich erforderlich sein, darf nicht über das Ziel hinaus-schiessen und muss räumlich und zeitlich auf das Nötige beschränkt sein. Zudem muss eine Abwägung der privaten gegenüber den öffentlichen Interessen erfolgen. Diese muss so ausfallen, dass das mit der Massnahme verfolgte Ziel in einem vernünftigen Verhältnis zum Eingriff in die Privatinteressen steht.
- Willkürverbot und Vertrauensschutz bedeutet: Jeder hat Anspruch darauf, vom Staat ohne Willkür behandelt zu werden. Das heisst, der Staat darf keine groben Fehler bei der Feststellung des Sachverhalts machen, keine Gesetze verletzen oder allgemeine Rechtsgrundsätze missachten, keine groben Ermessensfehler machen (wo ihm überhaupt ein Ermessensspielraum zur Verfügung steht) und es dürfen keine schwerwiegenden Verstösse gegen das Gerechtigkeitsempfinden erfolgen. Die Behörden müssen vertrauenswürdig handeln und dürfen sich nicht widersprüchlich oder missbräuchlich verhalten (zum Beispiel ohne sachlichen Grund den Standpunkt wechseln).
- Rechtsgleichheit: Der Grundsatz bedeutet, dass bei der Gesetzgebung wie auch bei der Gesetzesanwendung "Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich" und "Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich" zu behandeln ist. Mit anderen Worten darf nur dort eine rechtliche Unterscheidung vorgenommen werden, wo auch die relevanten Tatsachen sich erheblich unterscheiden, also ein vernünftiger Grund dafür besteht. Konkrete Ausprägungen sind die in Artikel 8 BV ebenfalls enthaltenen Grundsätze des Diskriminierungsverbots und der Gleichstellung der Geschlechter.

Das **Prinzip der Demokratie** bedeutet, dass die Staatsgewalt zum Wohl der Bürger vom Volk ausgeübt wird und sich letztendlich vom Volk ableitet. Konkret bedeutet dies insbesondere:

- Die Verfassung ist durch das Volk legitimiert.
- Die Mitglieder des Parlaments (Legislative) werden vom Volk in Wahlen bestimmt.
- Die demokratisch legitimierten Gesetze gehen den Verordnungen der Exekutive vor.
- Die Bürger können auf das Handeln der Staatsorgane Einfluss nehmen (sei es via Parteien, Verbände oder anderen Organisationen).
- Das Parlament bestimmt die Mitglieder der Exekutive und der Gerichte. Damit hat das Volk mittelbaren Einfluss auf die Besetzung der obersten Staatsorgane.

In der direkten Demokratie beschränken sich die Teilnahmerechte des Volks nicht nur auf die periodische Wahl des Parlaments, sondern es verfügt auch über verschiedenste Mitwirkungsrechte (siehe dazu nachfolgende Ziffer 1.2.4).

Das **Prinzip des Bundesstaats** bedeutet, dass die Schweiz als Bundesstaat aufgebaut ist. Das heisst, die Schweiz ist ein Gesamtstaat, der sich aus mehreren Gliedstaaten (Kantone) zusammensetzt, wobei die Souveränität beim Bund liegt und die Bundesverfassung bestimmt, wer welche Kompetenzen hat.

Das **Prinzip des Sozialstaats** findet einerseits Ausdruck in den Sozialzielen gemäss Artikel 41 BV, woraus auch die Sozialversicherungen resultieren: Bund und Kantone müssen sich gemäss Artikel 41 Absatz 2 BV dafür einsetzen, dass jede Person gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität, Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit, Mutterschaft, Verwaisung und Verwitwung gesichert ist. Andererseits findet das Prinzip des Sozialstaats Ausdruck in den sozialen Grundrechten, aus denen direkt Ansprüche abgeleitet werden können (Anspruch auf Hilfe in Notlagen nach Art. 12 BV, Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht nach Art. 19 BV).

1.2.2 Grundrechte

Der zweite Titel der BV regelt insbesondere die Grundrechte (Art. 7-36 BV). Grundrechte sind von der Verfassung und von internationalen Menschenrechtskonventionen gewährleistete grundlegende Rechte des Einzelnen gegenüber dem Staat. Sie schützen Private vor ungerechtfertigten Eingriffen seitens der Behörden. Weitere Ausführungen dazu erfolgen in Kapitel III.

1.2.3 Aufbau der Eidgenossenschaft (Bund, Kantone, Gemeinden)

Im dritten Titel (Art. 42-135 BV) wird der dreistufige Aufbau der Eidgenossenschaft geregelt. Zentrale Punkte sind die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen. Auch die Gemeindeautonomie ist dort erwähnt.

1.2.4 Mitwirkungsrechte des Volks an der Verfassungs- und Gesetzgebung (Volk und Stände)

Im vierten Titel (Art. 136-142 BV) werden die politischen Rechte geregelt, das heisst namentlich die Mitwirkungsrechte der Bürgerinnen und Bürger am Verfassungs- und Gesetzgebungsprozess (Initiativ- und Referendumsrecht). Gewisse Bestimmungen über die Gesetzgebung finden sich auch noch im fünften Titel.

1.2.5 Organisation und Verfahren der obersten drei Bundesbehörden

Im fünften Titel (Art. 143-191c BV) sind die Organisation und die Verfahren der obersten drei Bundesbehörden geregelt, das heisst der Bundesversammlung (Parlament), des Bundesrats und des Bundesgerichts.

1.2.6 Revision der Bundesverfassung

Im sechsten Titel (Art. 192-195 BV) schliesslich sind Bestimmungen über das Verfahren der Revision der Verfassung enthalten.

1.3 Bundesgesetze und Verordnungen

Da die BV die Grundzüge des Staatsrechts regelt, sind weiterführende Bestimmungen auf der Stufe von Bundesgesetzen und Verordnungen erlassen worden.

Als wichtige Beispiele zu nennen sind etwa das Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976⁹ (BPR), das die Details zum Referendum regelt, das Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz) vom 13. Dezember 2002¹⁰ (ParlG), welches das Verfahren der Gesetzgebung regelt und das Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997¹¹ (RVOG).

Viele, eher untergeordnete Normen des Bundesstaatsrechts finden sich in Verordnungen der Bundesbehörden (vor allem in Verordnungen des Bundesrates, an den deren Erlass delegiert wurde). So ergänzt beispielsweise die Verordnung vom 24. Mai 1978¹² über die politischen Rechte die Regelungen des oben erwähnten, gleichnamigen Gesetzes.

1.4 Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

Das öffentliche Recht regelt die Beziehungen zwischen dem Privaten und dem Staat. Der Staat tritt bei der Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben gegenüber dem Privaten hoheitlich auf. Typischerweise erlässt er dabei (einseitig) Verfügungen über Rechte und Pflichten des Privaten. Beispiele sind das Staatsrecht, das gesamte Verwaltungsrecht wie etwa Steuerrecht oder das Sozialversicherungsrecht, das öffentliche Prozessrecht sowie das Straf- und Strafprozessrecht. Das öffentliche Recht ist zwingend, das heisst, die konkreten Verpflichtungen ergeben sich direkt aus den Gesetzen: so ist etwa in den Steuergesetzen die Steuerpflicht oder in den Sozialversicherungsgesetzen wie im Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946¹³ über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG), Bundesgesetz vom 19. Juni 1959¹⁴ über die Invalidenversicherung (IVG) oder Bundesgesetz vom 20. März 1981¹⁵ über die Unfallversicherung (UVG) und den dazugehörigen Verordnungen die Pflicht der Versicherten zur Beitragszahlung verankert. Diese Pflichten bestehen unabhängig vom Willen der Privaten.

Demgegenüber regelt das Privatrecht die Rechtsbeziehungen der Privaten untereinander als gleichgestellte Subjekte. Beispiele dafür sind das gesamte Handels- und Vertragsrecht (wie etwa das Kaufrecht¹⁶, das Mietrecht¹⁷, das Arbeitsrecht¹⁸ oder das Auftragsrecht¹⁹), aber auch das Privatversicherungsrecht (vgl. insbesondere das Versicherungsvertragsgesetz vom 2. April 1908²⁰; VVG). Das Privatrecht ist nicht zwingend und es herrscht der Grundsatz der Vertragsfreiheit – auch wenn in gewissen Bereichen wiederum öffentlich-rechtliche Normen in einen Bereich hineinwirken: Zu denken ist beispielsweise an die teilweise zwingenden Bestimmungen im Arbeits- und Mietrecht des Obligationenrechts, von denen die privaten Vertragsparteien nicht abweichen dürfen, oder auch an die Vorgaben des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964²¹ (ArG) betreffend Höchststarbeits- und Ruhezeiten.

Die Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht erfolgt in der Praxis nach den folgenden Kriterien:

- Subordinationstheorie: Wenn der Staat als Träger der Staatsgewalt einer Privatperson gegenübertritt, besteht ein Über-/Unterordnungsverhältnis.
- Interessentheorie: Diejenigen Rechtsnormen, die ausschliesslich oder vorwiegend aus öffentlichem Interesse erlassen wurden, werden dem öffentlichen Recht zugerechnet.

⁹ SR **161.1**

¹⁰ SR **171.10**

¹¹ SR 172.010

¹² SR **161.11**

¹³ SR **831.10**

¹⁴ SR **831.20**

¹⁵ SR **832.20**

¹⁶ Artikel 184 ff. Obligationenrecht vom 30. März 1911 (OR, SR **220**)

¹⁷ Artikel 253 ff. OR

¹⁸ Artikel 319 ff. OR

¹⁹ Artikel 394 ff. OR

²⁰ SR 221.229.1

²¹ SR **822.11**

- Funktionstheorie: Dient eine Norm der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben, wird sie ebenfalls dem öffentlichen Recht zugeordnet (nicht klar abgrenzbar von der Interessentheorie).
- Modale Theorie: Wenn die Ausführung oder die Sanktion (für eine Verletzung) einer bestimmten Norm dem Verwaltungsträger übertragen ist, gehört sie zum öffentlichen Recht.

Wichtig ist die Unterscheidung auch deshalb, weil die Bestimmungen, je nachdem ob sie öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sind, in unterschiedlichen Verfahren durchzusetzen sind: Für Erstere gibt es öffentlich-rechtliche Beschwerdewege gemäss öffentlichem Prozessrecht von Bund und Kantonen (gegen Verfügungen, Einsprache- oder Beschwerdeentscheide einer Behörde). Für Letztere stehen bei Streitigkeiten privatrechtliche Klageverfahren vor den Zivilgerichten gemäss der Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008²² (ZPO) offen.

Soweit ein Versicherungsträger öffentlich-rechtlich organisiert ist bzw. öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnimmt – was im Rahmen der obligatorischen Sozialversicherungen zutrifft (siehe auch nachfolgende Ziffern 2 und 3) – untersteht eine durch diesen angeordnete Observation dem öffentlichen Recht²³. Die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen über die Observations gemäss ATSG und ATSV müssen auch von den beigezogenen privaten Observations spezialistinnen und -spezialisten eingehalten werden.

Beispiel: Eine kantonale IV-Stelle bzw. Sozialversicherungsanstalt oder ein Unfallversicherungsträger im Bereich der obligatorischen Unfallversicherung erteilt einen Auftrag zur Observation an eine oder einen (interne/n oder externe/n) Observations spezialistin bzw. -spezialisten. Diese Observation untersteht immer dem öffentlichen Recht, sie wird durch ATSG und ATSV geregelt. Die externen Observations spezialistinnen und -spezialisten werden als "Hilfsperson" für die Sozialversicherung tätig. Die versicherte Person kann gegen eine unrechtmässige Observation mit öffentlich-rechtlichen Rechtsmitteln gegen den Versicherungsträger vorgehen.

Auf privatrechtliche Versicherungen demgegenüber findet nicht das ATSG Anwendung. So bestehen beispielsweise im Bereich von nicht-obligatorischen Krankentaggeldversicherungen oder Haftpflichtversicherungen privatrechtliche Vertragsbeziehungen gemäss VVG. Eine allfällige Observation in diesen Bereichen richtet sich nicht nach dem ATSG. Wenn es zu Streitigkeiten kommt, müssen die Zivilgerichte angerufen werden. (Davon wiederum zu unterscheiden ist die vertragliche Beziehung zwischen dem auftraggebenden Sozialversicherungsträger und den beauftragten *externen* Observations spezialistinnen bzw. -spezialisten, denn hierbei handelt es sich um privatrechtliche, vertragliche Auftragsverhältnisse; siehe dazu Kapitel II Ziffer 3.5).

2 Grundlagen Sozialversicherungsrecht

2.1 Grundzüge des Sozialversicherungssystems

In der Schweiz sorgt ein weitverzweigtes Netz an Sozialversicherungen für die existenzielle Absicherung und schützt Personen, die in der Schweiz leben und arbeiten, sowie ihre Familienangehörigen vor sozialen Risiken, deren finanzielle Folgen sie nicht alleine tragen könnten.

Verschiedene soziale Risiken hängen mit dem Gesundheitszustand zusammen (Invalidität, Unfall, Krankheit, Tod, Alter, Mutterschaft). Hinzu kommen atypische soziale Risiken wie Arbeitslosigkeit,

²² SR 272

²³ Die Einordnung der neuen Observationsbestimmungen in das ATSG bedeutet, dass die Regelung nicht nur für die Unfall- und die Invalidenversicherung gilt, sondern auch für die Arbeitslosenversicherung, die Krankenversicherung (ohne Zusatzversicherung), die Militärversicherung, die Ergänzungsleistungen, den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft sowie die AHV (wobei die Observationsartikel nicht für alle diese Versicherungen gleich wichtig sind, in der Vergangenheit haben nur die Invalidenversicherung und die Unfallversicherungen Observations durchgeführt). Nicht anwendbar sind die Bestimmungen des ATSG auf die berufliche Vorsorge. Weiteres dazu in Kapitel II Ziffer 2.1.10.

Kurzarbeit, Schlechtwetterentschädigung, Insolvenz des Arbeitgebers, Militärdienst und Kosten für Pflege und Erziehung der Kinder.

Die Sozialversicherungen decken die Risiken durch finanzielle Leistungen (in Form von Renten, Erwerbsersatz oder Familienzulagen) oder durch Kostenübernahme (bei Krankheit, Mutterschaft oder Unfall).

Die Sozialversicherungsleistungen gliedern sich in zwei Kategorien: Sachleistungen und Geldleistungen.

Mit den Sachleistungen kann das eingetretene Risiko behandelt oder beeinflusst werden. Hierbei handelt es sich insbesondere um medizinische Versorgung, Pflege, Transportkosten, medizinische Massnahmen, berufliche Eingliederungsmassnahmen und Assistenzbeitrag. Auch die Hilfsmittel fallen in diese Kategorie, wobei sie das Risiko nicht beeinflussen, sondern die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung mildern.

Mit den Geldleistungen sollen Lohnausfälle ausgeglichen oder neu entstandene Kosten aufgefangen werden. Hierbei handelt es sich insbesondere um Renten, Taggelder, Arbeitslosenentschädigungen, Mutterschaftsentschädigungen, Hilflosenentschädigungen, Integritätsentschädigungen, Familienzulagen und Ergänzungsleistungen. Geldleistungen werden meist regelmässig ausbezahlt, in Ausnahmefällen kann es sich aber auch um eine einmalige Leistung handeln (Integritätsentschädigung).

2.1.1 Alters- und Hinterlassenenversicherung

Die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) bildet die erste Säule des schweizerischen Sozialversicherungssystems. Ihr Ziel ist es, die durch Alter oder Tod hervorgerufene Verminderung oder den Verlust des Erwerbseinkommens zumindest teilweise zu kompensieren.

Als allgemeine, obligatorische Versicherung umfasst die AHV alle Personen, die in der Schweiz leben oder arbeiten. Zusammen mit der Invalidenversicherung (dazu nächste Ziffer) bildet sie die erste Säule.

Leistungen:

- Renten (Altersrente, Kinderrente, Witwen- oder Witwerrente, Waisenrente)
- Hilflosenentschädigungen
- Hilfsmittel

2.1.2 Invalidenversicherung

Die Invalidenversicherung (IV) ist eine obligatorische Versicherung, deren Eingliederungsmassnahmen die Invalidität verhindern, vermindern oder beheben sollen. Über Geldleistungen wird die Existenzgrundlage von Versicherten, die invalid geworden sind, sichergestellt.

Alle Personen, die in der Schweiz wohnen oder erwerbstätig sind, sind obligatorisch in der IV versichert.

Leistungen:

- Frühinterventionsmassnahmen
- Früherkennung
- Eingliederungsmassnahmen
- Taggeld
- Übergangsleistung
- Hilflosenentschädigung
- Assistenzbeitrag
- Invalidenrente
- Kinderrente

2.1.3 Ergänzungsleistungen

Die Ergänzungsleistungen (EL) zur AHV und IV werden gewährt, wenn die Renten und das Einkommen nicht die minimalen Lebenskosten decken. Zusammen mit der AHV und IV gehören die EL zum sozialen Fundament unseres Staates.

Personen mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz haben Anspruch auf EL, sofern sie während mindestens sechs Monaten eine AHV- oder IV-Rente, eine Hilflosenentschädigung oder ein Taggeld der IV beziehen.

Ausländische Staatsangehörige haben nur Anspruch auf EL, wenn sie sich rechtmässig in der Schweiz aufhalten. Sie müssen sich unmittelbar vor der EL-Anmeldung während zehn Jahren ununterbrochen in der Schweiz aufgehalten haben (Karenzfrist). Für Flüchtlinge und Staatenlose beträgt die Karenzfrist in jedem Fall fünf Jahre. Schweizer Staatsangehörigen sowie Staatsangehörigen eines EU- oder EFTA-Staates (die der Verordnung [EWG] 883/04 unterstellt sind) ist die EL ohne Rücksicht auf eine bestimmte Wohn- oder Aufenthaltsdauer in der Schweiz zu gewähren.

2.1.4 Obligatorische Krankenversicherung

Die Krankenversicherung (KV) bietet Versicherungsdeckung bei Krankheit, Mutterschaft und Unfall und sorgt im Krankheitsfall für eine allen zugängliche Grundversorgung.

Jede Person mit Wohnsitz in der Schweiz muss sich innert drei Monaten nach der Wohnsitznahme oder der Geburt in der Schweiz für Krankenpflege versichern.

Die obligatorische Krankenpflegeversicherung übernimmt die Kosten für Leistungen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen (z. B. ärztliche Behandlung, Medikamente, Spitalaufenthalt, Präventionsmassnahmen).

Die freiwillige Taggeldversicherung deckt vorübergehende Lohnausfälle bei ganzer oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit aufgrund von Krankheit, Schwangerschaft oder Unfall.

Das Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994²⁴ sieht vor, dass die Kantone den Versicherten in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen Prämienverbilligungen gewähren, an denen sich der Bund beteiligt.

2.1.5 Versicherung gegen Unfälle und Berufskrankheiten

Die obligatorische Unfallversicherung (UV) ist eine Personenversicherung, die sich mit den wirtschaftlichen Folgen von Berufsunfällen, Nichtberufsunfällen und Berufskrankheiten befasst. Mit ihren Leistungen hilft sie, den Schaden wiedergutzumachen, der bezüglich Gesundheit und Erwerbstätigkeit entsteht, wenn Versicherte verunfallen oder beruflich erkranken.

Alle in der Schweiz angestellten Personen sind obligatorisch versichert.

Leistungen:

- Pflegeleistungen und Kostenvergütungen
- Taggeld
- Invalidenrente
- Integritätsentschädigung
- Hinterlassenenrenten
- Hilflosenentschädigung

²⁴ SR 832.10

2.1.6 Militärversicherung

Die Militärversicherung (MV) gewährleistet dienstleistenden Personen einen Versicherungsschutz.

Sie deckt dienstpflichtige Personen sowie Berufsmilitärs ab.

Leistungen:

- Taggeld
- Invaliden- und Altersrenten
- Hinterlassenenrenten
- Integritätsschadenrente
- Genugtuungen
- Bestattungsentschädigungen
- Entschädigungen für Berufsausbildungskosten
- Heilbehandlung, Hauspflege und Kuren
- Übernahme von Hilfsmitteln
- Erstattung von Reise- und Bergungskosten

2.1.7 Erwerbsersatzordnung für Dienstleistende und bei Mutterschaft

Die Erwerbsersatzordnung (EO) bietet einen Ersatz für den Erwerbsausfall bei Dienstpflicht und Mutterschaft.

Obligatorisch versichert sind alle Personen, die in der Schweiz leben oder arbeiten.

Leistungen:

- Entschädigungen für Dienstleistende
- Mutterschaftsentschädigung

2.1.8 Familienzulagen

Die Familienzulagen (FamZ) gleichen die finanzielle Belastung durch Kinder teilweise aus.

Obligatorisch versichert sind Arbeitnehmende, Selbstständigerwerbende, Nichterwerbstätige mit bescheidenem Einkommen sowie in der Landwirtschaft tätige Personen.

Leistungen:

- Kinderzulage
- Ausbildungszulage
- (Die Kantone können zusätzlich Geburts- und Adoptionszulagen ausrichten.)

2.1.9 Arbeitslosenversicherung

Die Arbeitslosenversicherung (ALV) bietet Versicherungsdeckung bei Erwerbsausfall.

Die ALV erbringt Leistungen bei Arbeitslosigkeit, wetterbedingten Arbeitsausfällen, Kurzarbeit und bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers. Ausserdem bezahlt sie Wiedereingliederungsmassnahmen.

Bei der ALV sind alle Personen versichert, die in der Schweiz arbeiten.

Leistungen:

- Arbeitslosenentschädigung
- Entschädigung für die Teilnahme an arbeitsmarktlichen Massnahmen
- Kurzarbeitsentschädigung
- Schlechtwetterentschädigung
- Insolvenzentschädigung

2.1.10 Berufliche Vorsorge

Die berufliche Vorsorge (bV) erfüllt eine wichtige Funktion in der schweizerischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, die auf dem Dreisäulenprinzip beruht. Die 1. Säule setzt sich zusammen aus der AHV und IV. Die berufliche Vorsorge bildet die 2. Säule, die die 1. Säule ergänzt. Bei der 3. Säule handelt es sich um die Selbstvorsorge, diese wird hier nicht weiter thematisiert.

Die bV bzw. 2. Säule wird von Arbeitnehmenden und Arbeitgebern finanziert und richtet ergänzend zur AHV und zur IV Leistungen bei Alter und im Invaliditäts- oder Todesfall aus. Die berufliche Vorsorge umfasst damit alle Massnahmen auf kollektiver Basis, die den älteren Menschen, den Hinterbliebenen und Invaliden bei Eintritt eines Versicherungsfalles (Alter, Tod oder Invalidität) zusammen mit den Leistungen der AHV/IV die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise erlauben.

In der beruflichen Vorsorge obligatorisch versichert sind nur Erwerbstätige, die beim gleichen Arbeitgeber einen Jahreslohn von mindestens 21 330 Franken beziehen. Für Selbstständigerwerbende ist die berufliche Vorsorge freiwillig. Das Bundesgesetz vom 25. Juni 1982²⁵ über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) legt eine obligatorische Mindestvorsorge fest. Im Rahmen der erweiterten Vorsorge können Pensionskassen über das vom Gesetz geforderte Minimum hinauszugehen.

Leistungen:

- Altersleistungen (Altersrente, Kinderrente)
- Hinterlassenenleistungen (Witwen- oder Witwerrente, Waisenrente)
- Invaliditätsleistungen (Invalidenrente, Kinderrente)

2.2 Die Abklärung im Sozialversicherungsverfahren

Im Sozialversicherungsverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz, wonach der Versicherungsträger die Begehren prüft, die notwendigen Abklärungen von Amtes wegen vornimmt und die erforderlichen Auskünfte einholt (vgl. Art. 43 Abs. 1 ATSG). Diese Untersuchungspflicht dauert so lange, bis über die für die Beurteilung des streitigen Anspruchs erforderlichen Tatsachen hinreichende Klarheit besteht (Bundesgerichtsurteil 8C_364/2007 vom 19. November 2007, E. 3.2). Im Rahmen des Sozialversicherungsverfahrens verfügt der Versicherer über viel Ermessensspielraum, was die Notwendigkeit, den Umfang und die Angemessenheit der Beweiserbringung anbelangt.

Zur Abklärung des massgebenden Sachverhalts können die Sozialversicherer bei den beteiligten Personen und Stellen (z. B. Arbeitgeber, Ärzteschaft) Auskünfte einholen sowie Unterlagen, Abklärungsberichte oder Gutachten anfordern (vgl. Art. 28 ATSG). Ausserdem ist der Versicherungsträger berechtigt, Abklärungen vor Ort vorzunehmen. Der Untersuchungsgrundsatz wird eingeschränkt durch die Pflicht der Parteien, zur Aufklärung des Sachverhalts beizutragen. Dies beinhaltet insbesondere die Pflicht, im Rahmen des Zumutbaren durch Hinweise zum Sachverhalt oder durch Bezeichnung von Beweisen am Verfahren mitzuwirken. Werden die Beweise nicht erbracht, müssen sie gegebenenfalls die Folgen tragen (BGE 125 V 192 E. 2 und Referenzen; vgl. BGE 130 I 180 E. 3.2).

Besteht Verdacht auf Missbrauch durch unrechtmässigen Bezug von Leistungen müssen die Sozialversicherer zunächst die üblichen Abklärungsmassnahmen einsetzen: ärztliche Untersuchung, unangekündigter Hausbesuch bei der versicherten Person, Überprüfung beim Arbeitgeber, Zusammentragen von Angaben zum Einkommen oder Befragen der Nachbarn (auch über Internet). Nur in Ausnahmefällen, in denen die erheblichen Zweifel nicht beseitigt werden können, wird die Observation als letztes Mittel eingesetzt, um Klarheit zu schaffen und allfällige Widersprüche zu den bisher aktenkundigen Aussagen, Berichten oder Gutachten beweisen zu können. Observationen werden grundsätzlich

²⁵ SR 831.40

bei regelmässigen Geldleistungen in Betracht gezogen (z. B. bei Erwerbsersatzleistungen in Form einer Rente).

3 Die Sozialversicherungsträger als Auftraggeber

3.1 Die Sozialversicherungen gemäss ATSG

Die Regelung im ATSG gilt für alle Sozialversicherungen des Bundes (mit Ausnahme der beruflichen Vorsorge), jedoch nicht für die Sozialhilfe. Die Sozialhilfe liegt in der Kompetenz und Verantwortung der Kantone und Gemeinden. Die Sozialhilfebehörden können somit Observationen durchführen, wenn die kantonale oder kommunale Gesetzgebung dies vorsieht und regelt.

Gestützt auf die Regelung im ATSG dürfen private Versicherungen, die Sozialversicherungen des Bundes durchführen, in diesem Rahmen auch Observationen durchführen. Das trifft in der obligatorischen Unfall- und der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu.

Ausserdem dürfen die Krankenversicherungen mit verdeckten Ermittlungen kontrollieren, ob jemand krank ist oder sich aus anderen Gründen von der Arbeit fernhält. So gelten die neuen Observationsbestimmungen im ATSG auch für Taggeldversicherungen nach dem KVG, weil das KVG in den Geltungsbereich des ATSG fällt. Für die Krankenzusatz- und Erwerbsausfallversicherungen nach dem VVG, die den weitaus grösseren Teil der Taggeldversicherungen ausmachen, gelten sie hingegen nicht.

Bei anderen Versicherungsverhältnissen, etwa der Kranken- und Unfall*zusatz*versicherung, der *privaten Krankentaggeldversicherung* oder den Schadensversicherungen (Haushaltversicherung, Motorfahrzeugversicherung, Haftpflichtversicherung usw.) finden die Observationsartikel im ATSG jedoch keine Anwendung.

In der obligatorischen beruflichen Vorsorge sind die neuen Observationsbestimmungen ebenfalls nicht anwendbar, da das BVG nicht in den Geltungsbereich des ATSG fällt. Vorsorgeeinrichtungen dürfen daher keine Observationen durchführen, wenn es um Leistungen nach dem BVG geht. Dies ist in der Praxis allerdings auch nicht notwendig, denn bezüglich Rentenentscheiden besteht zwischen der IV und der obligatorischen beruflichen Vorsorge ein enger Zusammenhang. Wenn die IV eine Invalidenrente gewährt, so muss auch die Vorsorgeeinrichtung eine Invalidenrente ausrichten. Wenn die IV eine Rente aufgrund von Erkenntnissen aus einer Observation kürzt oder aufhebt, so kann auch die Vorsorgeeinrichtung ihre Invalidenrente kürzen oder aufheben. Deshalb sind die Vorsorgeeinrichtungen nicht auf eigene Observationen angewiesen. Wollen Vorsorgeeinrichtungen bei Leistungen der überobligatorischen beruflichen Vorsorge das Mittel der Observation einsetzen, brauchen sie dafür eine klare reglementarische Grundlage.

3.2 Zuständige Stelle für die Anordnung beim Sozialversicherungsträger

Gemäss Artikel 43a Absatz 2 ATSG ist für die *Anordnung* einer Observation eine Person mit Direktionsfunktion im fallbearbeitenden Bereich oder im Bereich Leistungen des Versicherungsträgers zuständig.

Zusätzlich ist in Fällen, wo sogenannte technische Instrumente zur Standortbestimmung eingesetzt werden sollen, eine gerichtliche Genehmigung weitere Voraussetzung (Art. 43a Abs. 3 i. V. m. Art. 43b ATSG).

Bei der Erteilung eines Auftrags an eine bzw. einen Observationsspezialistin bzw. -spezialisten ist also sicherzustellen, dass die notwendige Anordnung, und zwar von der zuständigen Person sowie gegebenenfalls auch die richterliche Genehmigung vorliegt.

Daneben müssen auch die materiellen Voraussetzungen, damit überhaupt eine Observation angeordnet werden darf, erfüllt sein (vgl. dazu unten Kapitel IV). Dies liegt zwar in der Verantwortung des Versicherungsträgers, aber eine Observationsspezialistin bzw. ein Observationsspezialist sollte auf jeden Fall überprüfen, dass er eine entsprechende Bestätigung des Versicherungsträgers hat, dass dieser das Vorliegen aller materiellen Voraussetzungen geprüft hat und als gegeben erachtet.

3.3 Bewilligungspflicht für Observationsspezialistinnen und -spezialisten in den Sozialversicherungen

3.3.1 Bewilligungserteilung

Mit der Prüfung der persönlichen und fachlichen Voraussetzungen, Fähigkeiten und Kenntnisse im Rahmen eines Bewilligungsverfahrens soll sichergestellt werden, dass Observationen im Sozialversicherungsbereich nur durch fachlich und persönlich dafür geeignete Personen durchgeführt werden.

Die mit der Observation betrauten Spezialistinnen und Spezialisten können Mitarbeitende des Versicherungsträgers sein, das heisst Personen, die in einem Arbeitsverhältnis zum Versicherungsträger stehen. Es können aber auch externe Personen sein, die vom Versicherungsträger vertraglich mit der Observation betraut werden (Art. 43a Abs. 6 ATSG). Die Artikel 43a und 43b ATSG regeln die Zulässigkeit der Anordnung und Durchführung von Observationen durch Versicherungsträger unabhängig davon, ob der Versicherungsträger mit der Durchführung interne oder externe Spezialistinnen und Spezialisten beauftragt. Die in der ATSV geregelten Anforderungen gelten für sämtliche Personen, die Observationen durchführen, gleichermassen, weil mit der Überwachung von Versicherten ein sehr sensibler Bereich betroffen ist. Eine Unterscheidung zwischen internen und externen Spezialistinnen bzw. Spezialisten liesse sich sachlich nicht rechtfertigen. Es muss bei sämtlichen Personen, die die Observationen durchführen, gewährleistet sein, dass sie die notwendige persönliche und fachliche Eignung besitzen, um solche Observationen sachgerecht und rechtskonform auszuführen.²⁶

Die Bewilligung kann nur natürlichen Personen erteilt werden. Erteilt ein Versicherungsträger einen Auftrag zur Observation an ein Unternehmen, muss er selber vertraglich sicherstellen, dass die Observation nur durch solche Mitarbeitende des Unternehmens durchgeführt wird, welche über eine entsprechende Bewilligung des BSV verfügen.

Detaillierte Informationen zum Bewilligungsverfahren, den einzelnen Anforderungen sowie ein Online-tool zur Einreichung von Bewilligungsgesuchen finden sich auf der folgenden Website des BSV:

www.bsv.admin.ch > Sozialversicherungen > Überblick > Observationen in den Sozialversicherungen > Observationsspezialistinnen und -spezialisten²⁷.

3.3.2 (Kumulative) kantonale Bewilligungspflichten

Etliche Kantone kennen in ihren Polizeigesetzen oder anderen spezifischen kantonalen Regelungen eine Bewilligungspflicht für sogenannte Detektivtätigkeiten. Dies zum Schutz der Polizeigüter. Andere Kantone kennen eine solche Bewilligungspflicht dagegen nur für Sicherheitsunternehmen.

An einer allfälligen kantonalen Bewilligungspflicht ändert auch die vorgesehene Regelung im Bereich ATSG und ATSV nichts. Die Bewilligung nach den Artikeln 7a ff. ATSV legitimiert die Inhaberin bzw. den Inhaber zwar dazu, für Sozialversicherungsträger Observationen gemäss ATSG durchzuführen, sie ersetzt aber nicht jene allenfalls zusätzlich notwendigen kantonalen Bewilligungen, mit welchen die

²⁶ Vgl. Änderung der ATSV, Ausführungsbestimmungen zur Überwachung von Versicherten, Erläuternden Bericht (nach der Vernehmlassung) vom 7. Juni 2019; abrufbar unter www.bsv.admin.ch > Sozialversicherungen > Überblick > Observationen in den Sozialversicherungen.

²⁷ <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/ueberblick/observationen/observationsspezialisten.html> (Stand 24.07.2019).

betreffenden Kantone die Bewilligungsinhaberinnen und -inhaber zur Vornahme entsprechender Handlungen auf ihrem Hoheitsgebiet ermächtigen.

Die Bewilligung des BSV entbindet also mit anderen Worten die betreffenden Personen nicht davon, abzuklären, ob sie auch noch allfällige kantonale Bewilligungspflichten benötigen und diese gegebenenfalls einzuholen, wenn für die Auftragsausführung notwendig. Damit obliegt es (weiterhin) auch den Versicherungsträgern, im Rahmen der Auftragserteilung an Spezialistinnen und Spezialisten ihrerseits sicherzustellen, dass sie nur Personen mit Observationen betrauen, welche nebst einer Bewilligung des BSV auch über allfällig notwendige kantonale Bewilligungen verfügen.

3.3.3 Kein geschützter Berufstitel, Werbeverbot

Die Zulassung als Observationsspezialistin bzw. -spezialist führt nicht zu einer geschützten Berufsbezeichnung oder einem anerkannten Berufstitel (wie dies etwa für Berufe, welche unter das eidgenössische Berufsbildungsgesetz²⁸ fallen, der Fall ist). Die Bewilligung darf dementsprechend nicht in der Berufsbezeichnung genannt werden und nicht zu Werbezwecken verwendet werden (Art. 7d Abs. 2 ATSV). Sie erlaubt es der Inhaberin bzw. dem Inhaber insbesondere nicht, einen «Titel» wie «amtlich bewilligt» oder «amtlich/offiziell zugelassener Sozialversicherungsdetektiv» oder ähnlich zu führen bzw. eine solche Bezeichnung auf der Visitenkarte oder auf dem Briefpapier zu führen.

Es ist der Person erlaubt, sich gegenüber dem Versicherungsträger mit der Bewilligung auszuweisen. Es ist ihr aber nicht erlaubt, *mit der Bewilligung* zu werben. Das heisst, diese Regelung verbietet es der Inhaberin bzw. dem Inhaber nicht, für die von ihr bzw. ihm *angebotenen Dienstleistungen* zu werben, sondern einzig, dabei auf die Bewilligung hinzuweisen.

3.3.4 Observationen im Ausland

Festzuhalten ist schliesslich, dass die Regeln des ATSG und der ATSV nur in Bezug auf Observationen gelten, die in der Schweiz durchgeführt werden. Im Ausland können generell nur dann Abklärungen zur Bekämpfung des Versicherungsmissbrauchs gemacht werden, wenn dies in einem Sozialversicherungsabkommen zwischen der Schweiz und dem entsprechenden Staat vorgesehen ist. Das Vorgehen richtet sich in diesem Fall nach dem Abkommen.

3.4 Befristung der Bewilligung, Meldepflichten und Bewilligungsentzugsgründe

Die Bewilligung wird, bei gegebenen Voraussetzungen, in Form einer Verfügung erteilt. Sie ist auf fünf Jahre befristet (Art. 7d ATSV). Da sich die Umstände jederzeit ändern können und sich sowohl die massgebenden rechtlichen Grundlagen als auch die Observationstechnik weiterentwickeln, ist eine periodische Überprüfung der Voraussetzungen und damit eine Befristung der Bewilligungen erforderlich. Daher wurde eine Befristung der Bewilligung auf 5 Jahre vorgesehen. Das bedeutet, dass zu gegebener Zeit jeweils ein neues Bewilligungsgesuch zu stellen ist.

Gemäss Artikel 7e Absatz 1 ATSV sind Bewilligungsinhaberinnen und -inhaber dazu verpflichtet, dem BSV unverzüglich alle wesentlichen Änderungen in den für die Bewilligungserteilung massgebenden Verhältnissen zu melden. Dies gilt insbesondere auch, sobald sie (neu) in ein Strafverfahren oder ein Zivilverfahren wegen einer Persönlichkeitsverletzung nach den Artikeln 28–28b ZGB verwickelt ist, das einen Bezug zur bewilligungspflichtigen Tätigkeit erkennen lässt und die Gewähr für eine einwandfreie Ausübung dieser Tätigkeit und den guten Ruf beeinträchtigen kann (und das bei der Ge-

²⁸ SR 412.10

suchseinreichung noch nicht hängig war. Schon bei der Gesuchseinreichung muss nämlich eine entsprechende Erklärung über sämtliche abgeschlossenen und laufenden Verfahren abgegeben werden).

Nur so kann sichergestellt werden, dass das BSV die geeigneten Massnahmen treffen und, falls notwendig, eine Bewilligung auch entziehen kann (Art. 7e Abs. 2 und 3 ATSV). Fällt die Änderung der massgeblichen Verhältnisse in eine Zeit, während der die Spezialistin bzw. der Spezialist für einen Versicherungsträger eine Observation durchführt, so hat sie bzw. er darüber auch den Versicherungsträger zu informieren.

Die Bewilligung wird entzogen, wenn:

- eine der Voraussetzungen nach Artikel 7b nicht mehr erfüllt ist;
- die Meldepflicht nach Absatz 1 verletzt wird; oder
- nachträglich Tatsachen festgestellt werden, aufgrund deren sie hätte verweigert werden müssen, insbesondere, weil die Erklärung nach Artikel 7b Absatz 1 Buchstabe b (betr. Straf- und Zivilverfahren) wahrheitswidrig war.

Sie *kann* – unter Beachtung der Verhältnismässigkeit – entzogen werden, wenn die BewilligungsinhaberIn oder der Bewilligungsinhaber

- gegen das Werbeverbot nach Artikel 7d Absatz 2 verstösst; oder
- eine Observation nicht rechtmässig durchführt.

Um einen Verdacht oder Hinweise darauf, dass ein Entzugsgrund nach den Absätzen 2 oder 3 vorliegt, überprüfen zu können, kann das BSV von der betreffenden Person verlangen, dass sie aktuelle Nachweise oder Belege vorlegt, welche eine Überprüfung ermöglichen. Das BSV kann dazu auch Auskünfte beim verantwortlichen Sozialversicherungsträger einholen.

3.5 Auftragsrechtliches Verhältnis zwischen Versicherungsträger und externen Observationsspezialistinnen bzw. -spezialisten

Soweit eine Observationsspezialistin bzw. ein Observationsspezialist nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Sozialversicherungsträger steht, handelt es sich beim Rechtsverhältnis zwischen Sozialversicherungsträger und Observationsspezialistin bzw. -spezialist typischerweise um ein Auftragsverhältnis i.S.v. Artikel 394 ff. OR.

Im Gegensatz zu einem Werkvertrag i.S.v. Artikel 363 ff. OR zeichnet sich das Auftragsverhältnis dadurch aus, dass der Beauftragte dem Auftraggeber nicht die Erreichung eines bestimmten Ziels oder Erfolgs schuldet, sondern seine vertraglichen Verpflichtungen dadurch erfüllt, dass er seine Dienstleistung nach den Regeln der Kunst (wie eine Anwältin oder Ärztin) erbringt.

In Bezug auf die oder den beauftragten Observationsspezialistin bzw. -spezialisten bedeutet dies, dass sie bzw. er dem Auftraggeber nicht den Nachweis eines Versicherungsmissbrauchs schuldet, sondern die Beweissicherung in Bezug auf den Verdacht gegenüber der Zielperson, unabhängig davon, ob sich der Verdacht letztendlich bestätigt oder nicht. Für diese Dienstleistung schuldet der Sozialversicherungsträger der oder dem beauftragten Observationsspezialistin bzw. -spezialisten Auslagenersatz und ein Honorar, das sich nach dem zeitlichen Aufwand seiner Dienstleistung bemisst.

Um sicherzustellen, dass die beidseitigen Verpflichtungen und Rahmenbedingungen der Zusammenarbeit klar festgehalten sind, formuliert der Sozialversicherungsträger den Auftrag schriftlich und hält dabei *insbesondere* fest,

- wer die Zielperson ist und welche Angaben der Zielperson mittels Observation überprüft werden sollen;
- dass die Voraussetzungen für die Observation gemäss Artikel 43a und 43b ATSG erfüllt sind;

- welche Observationsmittel eingesetzt werden sollen (bzw. dürfen);
- welche Rahmenbedingungen/Auflagen vom Beauftragten erfüllt werden müssen.

Charakteristisch für das Auftragsverhältnis ist die im Gesetz vorgesehene jederzeitige Kündbarkeit (Art. 404 OR) sowie insbesondere auch die Rechenschafts- und Herausgabepflicht des Auftragnehmers.

III Was steht auf dem Spiel – Grundrechte

Bei der Observationstätigkeit stehen verschiedene Rechtsgüter auf dem Spiel. Eine Observation tangiert insbesondere die Grundrechte der persönlichen Freiheit und des Anspruchs auf Schutz der Privatsphäre der betroffenen Person(en), aber auch wichtige Verfahrensgrundrechte können berührt sein. Die Versicherer gemäss ATSG üben eine öffentlich-rechtliche Tätigkeit aus und sind an die Grundrechte gebunden.

In diesem Kapitel wird ein Überblick über die Grundrechte und das System des Grundrechtsschutzes in der Schweiz vermittelt. (Der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz wird in Kapitel IV Ziffer 4.1 ausführlicher behandelt).

Die Grundrechte schützen elementare Rechte des Einzelnen, sie widerspiegeln die Aspekte des menschlichen Daseins, die sich als besonders verletzlich und schutzbedürftig erwiesen haben. Dabei geht es vor allem um den Schutz einer Freiheitssphäre vor Eingriffen des Staates, aber auch um die Gleichbehandlung, um verfahrensmässige Garantien und um soziale Gerechtigkeit. Auch die politischen Rechte werden mitunter den Grundrechten zugerechnet. Die meisten Grundrechte gehören zu den Freiheitsrechten.

1 Überblick über die verschiedenen Grundrechte

1.1 Freiheitsrechte

Durch die Freiheitsrechte wird der Einzelne vor Eingriffen des Staates in seine Freiheitssphäre geschützt. Er kann solche Eingriffe abwehren, und der Staat wird zu einem Dulden oder Unterlassen verpflichtet. In dieser Abwehrfunktion liegt die wichtigste Funktion der Freiheitsrechte. Beispiele sind die persönliche Freiheit (Art. 10 BV), der Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV), die Meinungs-, Informations- und Medienfreiheit (Art. 16 und 17 BV), das Recht auf Ehe (Art. 10 BV), die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV), die Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV) oder die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Freiheitsrechte haben einen sogenannten «Schutzbereich». Innerhalb dieses bestehen bestimmte Ansprüche: die Träger des Grundrechts sind daher beispielsweise frei, bestimmte Handlungen vorzunehmen (eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, Versammlungen abhalten) oder Tätigkeiten – im Sinne einer negativen Freiheit – zu unterlassen (keine Arbeit ausüben, keiner Glaubensgemeinschaft angehören, nicht an einer Kundgebung teilnehmen, nicht Vereinsmitglied sein). Die so vermittelte Freiheitssphäre darf der Staat nur unter bestimmten Voraussetzungen einschränken.

1.2 Gleichheitsrechte

Während die Freiheitsrechte den Einzelnen in bestimmten Lebensbereichen schützen, gewährleisten die Gleichheitsrechte in sämtlichen Bereichen staatlicher Tätigkeit ein Mindestmass an fairer und gleicher Behandlung. Typische Gleichheitsrechte der Bundesverfassung sind die Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) und die Diskriminierungsverbote (Art. 8 Abs. 2 und 3 BV). Artikel 8 BV wird als Gleichheitssatz bezeichnet. Die Rechtsgleichheit vermittelt den Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung. Die Gleichheitsrechte verpflichten den Staat zur richtigen Differenzierung bei der Behandlung der Einzelnen. Soll Gleiches gleich behandeln, aber auch Ungleiches "nach Massgabe seiner Ungleichheit" ungleich behandeln. Es gibt auch einige grundsätzliche Gerechtigkeitsprinzipien und Verfahrensgarantien, die selbständige Grundrechte darstellen und die im weiteren Sinn auch zu den Gleichheitsrechten zählen: etwa das Willkürverbot und die Wahrung von Treu und Glauben (Art. 9 BV; vgl. dazu bereits weiter vorn). Auch die Verfahrensgrundrechte in Artikel 29 ff. BV (s. dazu weiter unten) haben einen engen Bezug dazu, soweit sie gleich faire Verfahren für alle garantieren.

1.3 Soziale Grundrechte

Soziale Grundrechte sind in der BV verankerte Ansprüche auf staatliche Leistungen. Selten räumt die BV dem Einzelnen unmittelbare Ansprüche auf staatliche Leistungen ein. Grundsätzlich ist die Durchsetzung der sozialen Grundrechte in einem gerichtlichen Verfahren erst möglich, wenn der Gesetzgeber die Voraussetzungen und den Umfang der staatlichen Leistungen näher geregelt hat. Folgende drei Sozialrechte sind gerichtlich durchsetzbar: die Garantie der Nothilfe (Art. 12 BV), der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht (Art. 19 BV) und der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV).

1.4 Politische Rechte

Politische Rechte gewährleisten dem Individuum den Anspruch auf Teilhabe am politischen (Entscheidungs-) Prozess und auf aktive Mitwirkung an der staatlichen Willensbildung (Wahlen und Abstimmungen, Initiativen und Referenden). Auf allen Ebenen des Gemeinwesens ausdrücklich geschützt ist die freie politische Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe (Art. 34 Abs. 2 BV). Darüber hinaus gewährleistet die BV in Art. 34 Abs. 1 ganz generell «die politischen Rechte», das bedeutet, die politischen Rechte, die die Verfassung und Gesetzgebung in Bund, Kantonen und Gemeinden garantiert sind, werden vor Beeinträchtigungen geschützt.

Politische Rechte haben auch abwehrrechtliche Aspekte (Anspruch auf freie Willenskundgebung und unverfälschte Stimmabgabe), Leistungsaspekte (Anspruch auf Zustellung der Wahl- und Abstimmungsunterlagen) und dienen insgesamt dem Funktionieren eines demokratischen Staatswesens.

1.5 Verfahrensgrundrechte

Die Verfahrensgrundrechte sind Mittel zum Schutz anderer Rechte. Typische Verfahrensgrundrechte der BV sind der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), die Garantie des unabhängigen und unparteiischen Richters (Art. 30 Abs. 1 BV) oder der Anspruch auf gerichtliche Überprüfung eines Freiheitsentzugs (Art. 31 BV). Sie können den betroffenen Personen Wahlfreiheiten einräumen (z.B. das Recht, einen selber gewählten Anwalt mit der Vertretung zu betrauen) oder Leistungen des Staates erfordern (z.B. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn die betroffene Person bedürftig ist). Verfahrensgrundrechte stellen sicher, dass die Verfahrensbeteiligten in den sie betreffenden Verfahren mitwirken können und schützen vor unfairer Behandlung. Denn die Legitimität hoheitlicher (und damit zwangsweise durchsetzbarer) Anordnungen des Staates beruht wesentlich auf der Fairness des vorangehenden Verfahrens. Die Verfahrensgrundrechte sind besonders bedeutsam etwa im Zusammenhang mit Freiheitsentziehungen oder im Strafverfahren.

2 Die Verwirklichung der Grundrechte

Die Grundrechte gelten in der gesamten Rechtsordnung (Art. 35 Abs. 1 BV) und wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV).

Das bedeutet zum einen, dass kein Rechtsgebiet von der Grundrechtsbindung ausgenommen ist. Grundrechte spielen nicht nur im öffentlichen Recht, sondern auch im Privat- und im Strafrecht eine Rolle. Es bedeutet zum anderen, dass Gesetzgeber wie auch Rechtsanwender direkt an die Grundrechte gebunden sind. Die Grundrechte sind also von der Regierung und von den Verwaltungsbehörden bei der Anwendung der Gesetze, bei der Beurteilung verwaltungsinterner Rekurse, bei der Vorbereitung von Gesetzen und beim Erlass von Verordnungen zu beachten. Der Gesetzgeber muss auch dort für eine grundrechtsfreundliche Rechtsordnung sorgen, wo er nicht direkt (durch subjektive Ansprüche der Einzelnen) zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verpflichtet ist. Gesetze und Verordnungen sind daher so auszugestalten, dass die Anliegen der Grundrechte beachtet werden und ihre volle Verwirklichung erreicht wird. Und schliesslich müssen auch die Gerichte müssen bei ihrer Rechtsfindung den Grundrechten Rechnung tragen.

Nicht die Art der Behörde oder des Organs, sondern die Art der Aufgabenerfüllung ist dafür ausschlaggebend ist, inwiefern eine Bindung an die Grundrechte besteht. Unter gewissen Voraussetzungen können auch Private unmittelbar an die Grundrechte gebunden sein, die für den Staat handeln. Nämlich dann, wenn der Staat die Aufgabenerfüllung an einen Privaten überträgt. Denn eine Staatsaufgabe bleibt eine solche, auch wenn sie nicht vom Staat selber verrichtet, sondern ausgelagert wird.

Beispiele: Die Kompetenzen von privaten Sicherheitskräften in Sportstadien sind durch das staatliche Gewaltmonopol begrenzt. Erlaubt etwa ein Konkordat die Durchsuchung von Besucherinnen und Besuchern von Sportveranstaltungen durch private Sicherheitskräfte, erfüllen diese eine staatliche Aufgabe und sind deshalb an die Grundrechte gebunden (BGE 140 I 2 E. 10.2.2). Krankenkassen müssen im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung die Grundrechte beachten, weil sie in diesem Bereich staatliche Aufgaben wahrnehmen (BGE 141 V 557 E. 5.2).

3 Einschränkung von Freiheitsrechten durch den Staat (Artikel 36 BV)

3.1 Voraussetzungen

Grundrechtliche Abwehransprüche gelten – abgesehen von den Kerngehaltsgarantien – nicht absolut in dem Sinne, dass dem Einzelnen ein unter allen Umständen durchsetzbares Recht eingeräumt ist. Das heisst, unter gewissen Voraussetzungen dürfen sie beschränkt werden. Aber der Staat ist *gezwungen, jede Beschränkung eines grundrechtlichen Anspruchs bzw. Freiheitsrechts zu rechtfertigen*.

Artikel 36 BV zählt die von der Rechtsprechung und Lehre entwickelten Voraussetzungen auf, die kumulativ erfüllt sein müssen, damit ein Grundrecht *eingeschränkt* werden darf:

- **Gesetzliche Grundlage**
- **Öffentliches Interesse**
- **Verhältnismässigkeit**
- **Respektierung des Kerngehalts**

Wenn diese Voraussetzungen von Artikel 36 BV (bzw. schon eine davon) *nicht* eingehalten wurden, liegt eine *unzulässige Einschränkung bzw. ein unzulässiger Eingriff und damit eine Verletzung* des Grundrechts vor.

Die *gesetzliche Grundlage* für einen Grundrechtseingriff muss sich auf ein Gesetz oder eine Verordnung stützen können und diese Norm muss (im Sinne der Rechtssicherheit) auch genügend bestimmt sein. Schwerwiegende Einschränkungen müssen in einem formellen Gesetz vorgesehen sein, das heisst einem vom Parlament verabschiedeten Erlass (und nicht etwa in einer Verordnung der Exekutive).

Es muss auch ein *öffentliches Interesse* für den Eingriff vorliegen. Das öffentliche Interesse ist aus den BV-Kapiteln über die Zuständigkeiten zu ermitteln. Öffentliche Interessen sind etwa die öffentliche Gesundheit, die öffentliche Sicherheit, sozialpolitische Interessen, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr oder die öffentliche Ruhe.

Verhältnismässigkeit (vgl. bereits weiter vorn) bedeutet: Die eingreifende Massnahme muss geeignet, erforderlich und zumutbar sein. Das heisst, sie muss zunächst einmal tauglich sein für die Erreichung des Ziels, und es darf auch kein anderes geeignetes *milderes* Mittel als diese Massnahme verfügbar sein. Schliesslich muss eine Interessenabwägung erfolgen, bei der geprüft werden muss, ob im konkreten Fall ein angemessenes Verhältnis zwischen Zweck und Wirkung des Eingriffs besteht.

Beispiel: Gemäss einem Urteil des Bundesgerichts²⁹ ist das Verlangen einer absolvierten *Naturheilkundeprüfung* für den Erhalt einer *Berufsausübung als Akupunkteur* in einem bestimmten Kanton zwar *geeignet*, um die Allgemeinheit von mangelhaft ausgebildeten Akupunkteuren zu schützen (sie vermittelt unter anderem auch für diesen Beruf wichtiges Grundlagenwissen), aber diese Prüfung ist *nicht erforderlich* zur Erreichung dieses Ziels, da sie sich auch auf diverse Bereiche erstreckt, die mit dem Beruf Akupunkteur *in keinerlei Zusammenhang* stehen. Damit ist das Verlangen dieser Prüfung nicht das "mildeste" geeignete Mittel. Der Eingriff in das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit ist unzulässig.

Kerngehalt: Der sogenannte Kerngehalt jedes Grundrechts ist *unantastbar*. Er darf unter keinen Umständen eingeschränkt werden, denn er verkörpert das Wesen des jeweiligen Grundrechts. Beispiel: Der Kerngehalt der persönlichen Freiheit ist das Verbot der Todesstrafe, derjenige der Glaubensfreiheit das Verbot der Bestrafung wegen Glaubensansichten und des Zwangs zum Beitritt zu einer Religionsgemeinschaft, zur Vornahme religiöser Handlungen oder zur Teilnahme an religiösem Unterricht.

3.2 Am Beispiel der Observationen durch Sozialversicherungen

Die Anordnung einer Observation und die die Verwertung der Observationsergebnisse tangieren den Schutzbereich des Grundrechts auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV). Wie dargelegt, gilt dieser Schutz nicht absolut, da Grundrechte gemäss den oben genannten Voraussetzungen von Artikel 36 BV eingeschränkt werden dürfen.

Das Bundesgericht hat ausgeführt, dass eine regelmässige Observation versicherter Personen jedenfalls dann, wenn sie sich insbesondere auf den öffentlichen Raum beschränkt, einen relativ geringfügigen Eingriff in die grundrechtlichen Positionen der überwachten Personen darstelle, und dass durch eine solche Überwachung der *Kerngehalt von Art. 13 BV* nicht angetastet werde (vgl. BGE 135 I 169, E. 5.4.2).

Wo eine Observation durch staatliche Behörden erlaubt sein soll, bedarf es zunächst einer rechtlichen Grundlage. Damit beispielsweise Polizei und Staatsanwaltschaft bei der Aufklärung von strafbaren Handlungen observieren dürfen, hat der Gesetzgeber die entsprechenden Rechtsgrundlagen in Artikel 282 der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007³⁰ (StPO) geschaffen. Im **Sozialversicherungsbereich** bilden neu die Art. 43a und 43b ATSG und die Bestimmungen in der ATSV die *gesetzlichen Grundlagen* für Observationen durch die Sozialversicherungsträger gemäss ATSG.

Das Bundesgericht führte im genannten Urteil (Erwägungen E 5.5 ff) weiter aus, das *öffentliche Interesse* an der Einschränkung des Schutzes der Privatsphäre durch eine Observation liege darin, keine nicht geschuldeten Leistungen zu erbringen, um die Gemeinschaft der Versicherten nicht zu schädigen. Auch im Sozialversicherungsrecht bestehe ein Interesse an einer wirksamen Missbrauchsbekämpfung und der Aufdeckung bzw. Verhinderung von Versicherungsbetrug.

Zu betonen ist, dass in jedem konkreten Einzelfall eine Abwägung vorgenommen werden muss zwischen diesem öffentlichen Interesse und den betroffenen Privatinteressen und ein Grundrechtseingriff nur gerechtfertigt sein kann, wenn Erstere überwiegen.

Schliesslich verlangt der *Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, dass der Grundrechtseingriff zur Erreichung des angestrebten Zieles geeignet und erforderlich ist, und dass das verfolgte Ziel in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln (das heisst, zu den konkreten Freiheitsbeschränkungen) steht. Auch dies muss bei jeder einzelnen Observation sorgfältig geprüft werden.

Schliesslich urteilte das Bundesgericht in jenem konkreten Fall, dass die Anordnung einer Observation zur Erreichung des angestrebten Zieles (wirksame Bekämpfung von Missbräuchen) geeignet und

²⁹ Urteil des Bundesgerichts vom 17.05.2002, in ZBI 104 (2003) 322.

³⁰ SR 312.0

auch erforderlich sei. Denn nur diese Beweismittel können - beispielsweise bei offensichtlich bestehenden Anhaltspunkten einer effektiv bestehenden Arbeitsfähigkeit - eine unmittelbare Wahrnehmung wiedergeben. Es betrachtete auch die "Verhältnismässigkeit im engeren Sinn" als gegeben, weil bezüglich der Möglichkeit, als Ersatz für die Observation weitere medizinischer Abklärungen vorzunehmen, zu beachten sei, dass auch solche - soweit sie überhaupt geeignet wären - ebenfalls einen nicht leichtzunehmenden Eingriff in die grundrechtlichen Positionen der versicherten Person voraussetzen würden.

Dieses Urteil erging, als die neuen Gesetzesgrundlagen im ATSG noch nicht existierten, und noch vor dem Urteil des EGMR im 2016, der entschied, dass keine genügende Rechtsgrundlage für Observationen bestanden hat.

IV Rechtliche Rahmenbedingungen und Schranken für die Observation

1 Einleitendes

Die Tätigkeit als Observationsspezialistin bzw. -spezialist gemäss ATSG und ATSV darf nur innerhalb klarer rechtlicher Grenzen ausgeübt werden. Diese Grenzen ergeben sich – nebst den bereits im vorangehenden Kapitel behandelten Grundrechten – auch aus verschiedenen weiteren Rechtsgebieten.

Im vorliegenden Kapitel sollen fundierte Kenntnisse über die weiteren, für die Observationstätigkeit zentralen rechtlichen Rahmenbedingungen und Schranken vermittelt werden:

- Observationsbestimmungen des ATSG und der ATSV (inkl. Abgrenzung der sozialversicherungsrechtlichen Observation von strafprozessualen Tätigkeiten der Strafbehörden)
- Verfassungs- und zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz
- Strafrechtliche Schranken
- Datenschutzrecht, Amtsgeheimnis und sozialversicherungsrechtliche Schweigepflicht

Es ist unabdingbar, dass sich Observationsspezialistinnen bzw. -spezialisten innerhalb der gesetzlichen Normen bewegen. Sie bewegen sich in einem sehr sensiblen Bereich und unrechtmässige Aktivitäten würden nicht nur die Rechtsgüter der betroffenen Personen verletzen, sondern auch die Interessen der Sozialversicherungen schädigen. Gleichzeitig dürfen rechtswidrig erlangte "Beweise" auch nicht verwertet werden.

2 Abgrenzung vom Strafprozessrecht

Die Tätigkeit der Observationsspezialistinnen und -spezialisten gemäss ATSG ist klar von der Tätigkeit staatlicher Ermittlungsbehörden wie Polizei oder Staatsanwaltschaft abzugrenzen. Da Observationsspezialistinnen bzw. -spezialisten gemäss ATSG keine Organe der Strafverfolgung oder -rechterpflege sind, besitzen sie selbstredend auch keine polizeilichen oder staatsanwaltlichen Befugnisse.

Den Observationsspezialistinnen bzw. -spezialisten gemäss ATSG kommen grundsätzlich keine Vorrechte zu im Vergleich zu jeder anderen Privatperson, sie unterliegen denselben Rechtsnormen wie diese. Ihre Stellung unterscheidet sich einzig dadurch, dass sie – bei gegebenen Voraussetzungen und unter der Bedingung, dass sie im Besitz einer gültigen Bewilligung gemäss ATSG sind – zur Durchführung von sozialversicherungsrechtlichen Observationen zugelassen sind. Dabei dürfen sie aber nur die im ATSG und in der ATSV vorgegebenen Handlungen vornehmen.

Denn es geht hierbei letztendlich um die *Abklärung von sozialversicherungsrechtlichen Ansprüchen* durch die *Sozialversicherungsträger* als Verwaltungsbehörden. Die Sozialversicherungsträger (und die von ihnen beigezogenen Drittpersonen wie Observationsspezialistinnen bzw. -spezialisten) sind nie für *strafrechtliche Ermittlungen* zuständig – auch wenn ein unrechtmässiger Bezug von Sozialversicherungsleistungen auch einen *Straftatbestand* erfüllen kann (Art. 148a Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937³¹, StGB) und auch wenn das Observationsmaterial eines Sozialversicherungsträgers aus dem Sozialversicherungsverfahren unter Umständen Eingang in ein Strafverfahren finden kann.

Das *Strafprozessrecht* dagegen gilt für Verfahren, die die Durchsetzung von Strafansprüchen (=Strafrecht) zum Ziel haben. Zuständig dafür sind einzig die Straf(verfolgungs)behörden, der Grundsatz des Justizmonopols des Staates schliesst private Strafverfahren aus. Für die Strafverfolgungsbehörden gilt der Untersuchungsgrundsatz, sie müssen mögliche Straftaten von Amtes wegen verfolgen. In der

³¹ SR 311.0

Praxis können sie dies nur, soweit sie von solchen auch Kenntnis erhalten und sie sind dementsprechend auf Hinweise angewiesen. Eine Anzeigepflicht besteht für Strafbehörden, für Privatpersonen besteht jedoch keine Anzeigepflicht (vgl. Art. 301 Abs. 1 und Art. 302 Abs. 1 StPO). Die Anzeigepflicht anderer Behörden kann vorgesehen werden, sie ist von Bund und Kantonen speziell zu regeln (Art. 302 Abs. 2 und 3 StPO). Die Strafverfolgungsbehörden müssen den entlastenden Umständen mit der gleichen Sorgfalt nachgehen wie den belastenden (Art. 6 Abs. 2 StPO). In Bezug auf den Beschuldigten gilt grundsätzlich, dass er nichts unternehmen muss, um das Strafverfahren gegen ihn zu fördern. Es gilt das Verbot des Selbstbelastungszwanges bzw. das Recht zu schweigen und sich nicht selbst mit Aussagen belasten zu müssen. Infolge des Grundsatzes der Unschuldsvermutung ist es allein an den Strafbehörden, alle für die Verurteilung bzw. Bestrafung notwendigen Umstände nachzuweisen. Eine Verurteilung darf nur erfolgen, wenn die Schuld mit hinreichender Sicherheit erwiesen ist.

Auch *verwaltungsrechtliche Verfahren* sind zwar in der Regel vom Untersuchungsgrundsatz (Behörde stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest) geprägt, aber dies wird regelmässig durch die Mitwirkungspflicht der Parteien relativiert. Das heisst, die Parteien müssen – und das eben auch im Sozialversicherungsrecht – bei der Feststellung des Sachverhalts mitwirken. Dies stellt einen gewichtigen Unterschied gegenüber den Strafverfahren dar.

3 Observationsbestimmungen im ATSG und in der ATSV

Die konkreten Vorgaben zur Anordnung und Durchführung sozialversicherungsrechtlicher Observationen finden sich im ATSG und in der ATSV (Art. 43a und 43b ATSG, Art. 7a ff. ATSV).

Umfangreiche Materialien zur Entstehung der neuen Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen sind auf den Webseiten des BSV sowie des Parlaments publiziert³².

Als Observation gilt die systematische Überwachung von Tätigkeiten einer Person während einer bestimmten Zeit und die Aufzeichnung der Resultate im Hinblick auf deren Verwendung im Rahmen des Abklärungsverfahrens.

3.1 Voraussetzungen für eine Observation

Gemäss Artikel 43a Absatz 1 ATSG dürfen Versicherungsträger versicherte Personen observieren, wenn:

- aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass die versicherte Person unrechtmässig Leistungen bezieht oder zu erhalten versucht (Bst. a); und
- die Abklärungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden (Bst. b).

Mit diesen Voraussetzungen wurde klar geregelt, dass – im Sinne der Verhältnismässigkeit – Observationsmassnahmen nur "ultima ratio", also als "letztes Mittel" eingesetzt werden dürfen:

Der Begriff der konkreten Anhaltspunkte, aufgrund derer anzunehmen ist, dass die versicherte Person unrechtmässig Leistungen bezieht oder zu beziehen versucht, wurde aus Artikel 282 Absatz 1 Buchstabe a Strafprozessordnung (StPO) sowie der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 137 I 327 E. 5.4.2.1; 136 III 410 E. 4.2.1) übernommen.

³² www.bsv.admin.ch > Sozialversicherungen > Überblick > Observationen in den Sozialversicherungen; <http://www.parlament.ch> > Eingabe der Geschäftsnummer 16.479 in das Suchfeld > Parlamentarische Initiative - Gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten. (Stand 24.07.2019).

3.2 Ort der Observation

Gemäss Artikel 43a Absatz 4 ATSG darf die versicherte Person nur observiert werden, wenn sich diese

- an einem allgemein zugänglichen Ort befindet (Bst. a); oder
- an einem Ort befindet, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist (Bst. b).

Artikel 7h ATSV sowie die Erläuterungen des Bundesrates führen dies näher aus:

Nach Artikel 7h Absatz 1 ATSV gilt als allgemein zugänglicher Ort gemäss dem obigen Gesetzesartikel öffentlicher oder privater Grund und Boden, bei dem in der Regel geduldet wird, dass die Allgemeinheit ihn betritt.

Das bedeutet, die Zielperson darf gemäss ATSG einerseits dann observiert werden, wenn sie sich an einem allgemein zugänglichen Ort befindet. Dies kann ein öffentlicher Ort sein, das heisst öffentlicher Grund, der sich im Eigentum des Gemeinwesens (Gemeinde, Kanton, Bund) befindet. Ein allgemein zugänglicher Ort kann aber auch ein privates Grundstück sein, auf welchem der Zutritt durch die Allgemeinheit in der Regel geduldet oder sogar erwünscht ist, wie dies beispielsweise in einem Einkaufsladen der Fall ist. In der Regel geduldet ist das Betreten von privaten Grundstücken dann, wenn diese nicht nur einem begrenzten Personenkreis offenstehen.

Nach Artikel 7h Absatz 2 ATSV gilt ein Ort als nicht von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar, wenn er zur geschützten Privatsphäre der zu observierenden Person gehört, insbesondere:

- das Innere eines Wohnhauses, einschliesslich die von aussen durch ein Fenster einsehbaren Räume (Abs. 2 Bst. a);
- unmittelbar zu einem Haus gehörende umfriedete Plätze, Höfe und Gärten, die üblicherweise Blicken von aussen entzogen sind (Abs. 2 Bst. b).

Mit diesem Wortlaut im Einleitungssatz wurden die *nicht* als frei einsehbar geltenden Orte bewusst nicht abschliessend aufgezählt («insbesondere») und durch die Definition «wenn er zur geschützten Privatsphäre der zu observierenden Person gehört» wird festgehalten, dass man sich immer an der geschützten Privatsphäre orientieren muss. Dies bedeutet:

Zunächst ist dafür vorausgesetzt, dass ein Ort weder durch einen Sichtschutz gegen Einblicke besonders geschützt noch durch eine Hausfassade oder Fensterscheiben abgetrennt ist. Die Observation ist in keinem Fall erlaubt, wenn sich die zu observierende Person an einem Ort befindet, der zur geschützten Privatsphäre gehört, wenn sich der Vorgang also beispielsweise in geschlossenen, gegen den Einblick Aussenstehender abgeschirmten Räumen und Örtlichkeiten abspielt. Zur geschützten Privatsphäre gehören *insbesondere* das Innere eines Wohnhauses, einschliesslich die von aussen durch ein Fenster einsehbaren Räume (vgl. Buchstabe a) sowie die unmittelbar zu einem Haus gehörenden umfriedeten Plätze, Höfe und Gärten, die üblicherweise Blicken von aussen entzogen sind (vgl. Bst. b).

Aber auch wenn ein vorhandener Sichtschutz vorübergehend aufgehoben ist, gilt der dahinterliegende Ort deswegen nicht als frei einsehbar (beispielsweise führt ein temporär geöffnetes Garagentor, das üblicherweise geschlossen ist, nicht dazu, dass das Innere der Garage als frei einsehbar gilt). Es ist auch nicht relevant, wie effektiv eine Abschirmung ist. Entscheidend ist, ob Vorkehrungen getroffen wurden, welche offensichtlich dazu dienen, die Privatheit zu schützen. Es wäre also beispielsweise nicht zulässig, durch eine Hecke hindurch zu filmen, auch wenn eine Lücke dies ermöglichen würde, denn massgebend ist die Erkennbarkeit der Abgrenzung, nicht deren Lückenlosigkeit. Ein abgeschlossener, privater Garten gehört zur Privatsphäre. Der Ort muss zudem von einem allgemein zugänglichen Ort aus *ohne Weiteres* frei einsehbar sein, und das heisst, es dürfen auch keine sogenannten "rechtlich-moralischen Schranken" überwunden werden müssen für eine Observation.

Müssen körperliche oder rechtlich-moralische Schranken überwunden werden, um damit in die Privatsphäre im engeren Sinn fallende Tatsachen aufzunehmen, sind die Tatsachen nicht mehr "ohne weiteres" jedermann zugänglich. Als rechtlich-moralisches Hindernis gilt eine Grenze, die nach den hierzulande allgemein anerkannten Sitten und Gebräuchen ohne die Zustimmung der Betroffenen nicht überschritten wird (BGE 137 I 327 E. 6.1, mit Verweis auf BGE 118 IV 41 E. 4e, S. 49 f.).

Kein allgemein zugänglicher Ort ist beispielsweise auch der Luftraum. Müssten, um Aufnahmen von der versicherten Person machen zu können, Hilfsmittel wie zum Beispiel Leitern eingesetzt werden, wäre dies nicht zulässig. Der Innenbereich eines Wohnhauses bildet keinen ohne weiteres öffentlich frei einsehbaren Raum und eine hierin erfolgte Observation ist unzulässig, weshalb z.B. die Überwachung im Treppenhaus oder in der Waschküche nicht gestattet ist (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 8C_829/2011 vom 9. März 2012 E. 8.4). Fassade und Fenster bilden die Schranken. Diese Schranke bleibt auch bestehen, wenn das Fenster beispielsweise geöffnet ist. Ebenso gehört ein Wintergarten zum Innenbereich eines Hauses. Während das Innere eines *Wohnhauses* ausdrücklich zur geschützten Privatsphäre gehört, bedeutet dies gleichzeitig nicht, dass das Innere von sämtlichen anderen Gebäuden geschützt ist, insbesondere etwa nicht das Innere von Gebäuden, die dem breiten Publikum zugänglich sind wie zum Beispiel Hallenbäder, Bahnhöfe, Einkaufsläden, etc.

Im Urteil zum sogenannten "Balkon-Fall" (sozialrechtliche Abteilung des Bundesgerichts, BGE 137 I 327 aus dem Jahr 2011) wurde gesagt, Videoaufnahmen der versicherten Person, die sie bei alltäglichen Verrichtungen (Haushaltsarbeiten) auf dem frei einsehbaren Balkon zeigen, seien zulässig und es dürfe «bei einer Person, die bei freiwillig ausgeübten, von blossem Auge beobachtbaren Alltagsverrichtungen in einem von jedermann öffentlich einsehbaren Bereich gefilmt wird, [...] angenommen werden, sie habe insoweit auf einen Schutz der Privatheit verzichtet und in diesem Umfang ihre Privatsphäre der Öffentlichkeit ausgesetzt». Dies mit der zusätzlichen Begründung, dass es zwar den Privatbereich tangierte, aber dass sämtliche Handlungen faktisch von jedermann ohne weiteres wahrnehmbar waren und es sich dabei um Tatsachen handle, die ohne Überwindung einer physischen oder psychologischen Schranke zugänglich waren. Ausserdem lagen gemäss Urteil keine besonders persönlichkeitssträchtigen Szenen, sondern freiwillig ausgeübte Alltagsverrichtungen vor. Die Aufnahmen wiesen deshalb keinen engen Bezug zur Privatsphäre auf, weshalb bei der Observation nicht gegen Art. 179^{quater} StGB verstossen wurde.

In Urteilen der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts wurde zum geschützten Privatbereich gemäss Artikel 179^{quater} StGB ausgeführt, dass *durch Art. 179^{quater} StGB auch der unmittelbar an ein Wohnhaus angrenzende Bereich geschützt ist, und zwar unabhängig davon, ob dieser im Sinne von Art. 186 StGB umfriedet ist oder nicht und ob er bei Vorliegen einer Umfriedung ohne Mühe oder erst nach Überwindung des physischen Hindernisses einsehbar ist*. Zum Privatbereich im engeren Sinne gehört demnach nicht nur, was sich im Haus selbst, sondern auch, was sich in dessen unmittelbarer Umgebung abspielt, die von den Hausbewohnern bzw. von Drittpersonen ohne weiteres als faktisch noch zum Haus gehörende Fläche in Anspruch genommen bzw. anerkannt wird (Urteile des Bundesgerichts 6B_569/2018 vom 20. März 2019, E. 3.3, 6B_1149/2013 vom 13. November 2014, E. 1.2f. und BGE 118 IV 41 E. 4f.; vgl. dazu detaillierter unten in Ziffer 5.2).

Es wird insbesondere auch durch die zukünftige Rechtsprechung der Gerichte weiter zu klären sein, wo genau die Schranken in den einzelnen Fällen liegen.

3.3 Mittel der Observation

Bei der Observation dürfen gemäss ATSG Bild- und Tonaufzeichnungen gemacht werden. Mit einer entsprechenden richterlichen Genehmigung dürfen zudem auch technische Instrumente zur Standortbestimmung eingesetzt werden.

Artikel 7i ATSV regelt zu den zulässigen Mitteln Folgendes:

Mittel der Observation

Absatz 1: Für Bildaufzeichnungen dürfen keine Instrumente eingesetzt werden, die das natürliche menschliche Wahrnehmungsvermögen wesentlich erweitern, namentlich keine Nachtsichtgeräte.

Absatz 2: Für Tonaufzeichnungen dürfen keine Instrumente eingesetzt werden, die das natürliche menschliche Hörvermögen erweitern, namentlich keine Wanzen, Richtmikrofone und Tonverstärkungsgeräte. Aufzeichnungen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes dürfen nicht verwertet werden; sind diese Aufzeichnungen in Bildaufzeichnungen enthalten, so sind die Bildaufzeichnungen ohne die Tonaufzeichnungen dennoch verwertbar.

Absatz 3: Zur Standortbestimmung sind nur Instrumente zulässig, die nach ihrem bestimmungsgemässen Gebrauch der Standortbestimmung dienen, namentlich satellitenbasierte Ortungsgeräte. Es dürfen keine Fluggeräte eingesetzt werden.

Für Bildaufzeichnungen dürfen keine technischen Geräte eingesetzt werden, welche das menschliche Wahrnehmungsvermögen wesentlich erweitern. Verboten sind damit alle Geräte, die etwas sichtbar machen, was für eine Person mit einem durchschnittlichen menschlichen Sehvermögen zu gegebener Tageszeit und Position nicht sichtbar ist. Namentlich aufgezählt sind Nachtsichtgeräte. Nicht zulässig wären beispielsweise auch grosse Teleobjektive, mit welchem man Aufnahmen einer Person machen kann, welche von blossem Auge über die entsprechende Distanz nicht erkennbar wären. Ebenfalls nicht zulässig sind Bildaufzeichnungen mithilfe von Fluggeräten wie zum Beispiel Drohnen. Mit dem Wort «wesentlich» wird aber klargestellt, dass technische Instrumente, welche nur geringfügig vergrössern, zulässig sind.

Auch bei den Tonaufzeichnungen sind dieselben Mittel wie im Geltungsbereich des Artikels 282 StPO zuzulassen. Entsprechend dürfen für akustische Aufzeichnungen keine Instrumente eingesetzt werden, die das natürliche menschliche Hörvermögen erweitern; namentlich keine Wanzen, Richtmikrofone, Tonverstärkungs- und Abhörgeräte. Ebenfalls nicht zulässig ist der Einsatz von Fluggeräten. Auch soll das nicht öffentlich gesprochene Wort nicht verwendet werden dürfen. Zur Abgrenzung des privaten vom öffentlich gesprochenen Wort ist auf die Rechtsprechung zu Artikel 179^{bis} StGB abzustellen. Der öffentliche oder nichtöffentliche Charakter eines Gesprächs hängt dabei wesentlich davon ab, ob es in einem privaten oder allgemein zugänglichen Umfeld stattfindet. Ob das Umfeld privat oder allgemein zugänglich ist, kann sich sowohl aus dem Ort des Gesprächs als auch aus dem Kreis der Gesprächsteilnehmenden ergeben.

Muss einem aufgezeichneten Gespräch der öffentliche Charakter aberkannt werden, dürfen die davon aufgezeichneten Gesprächsinhalte nicht verwertet werden. Sollten solche nicht öffentlichen Gespräche zusammen mit (zulässigen) Bildaufzeichnungen aufgezeichnet worden sein, so beeinträchtigen diese – nicht verwertbaren – Tonaufzeichnungen per se nicht die Verwertbarkeit jener (zulässigen) Bildaufzeichnungen.

Als technische Instrumente zur Standortbestimmung schliesslich dürfen Instrumente eingesetzt werden, die nach ihrem Sinn und Zweck für die Standortbestimmung vorgesehen sind, namentlich Ortungsgeräte. Darunter sind Empfängergeräte für globale Satellitensysteme (GPS, GLONASS, Galileo, etc.) zu verstehen, welche Geolokalisierungs- und Zeitdaten empfangen können und umgangssprachlich häufig GPS-Tracker genannt werden. Die Standortbestimmung darf nicht mit Geräten geschehen, mit denen man unter anderem auch noch eine Person oder Sache orten könnte, wie beispielsweise mit Drohnen oder durch Erfassen von Daten von Mobiltelefonen (z.B. mittels sogenannten IMSI-Catchern, etc.) oder durch die Verknüpfung von Daten.

Wie einleitend gesagt, dürfen die technischen Instrumente zur Standortbestimmung nur eingesetzt werden, wenn zuvor eine richterliche Genehmigung erfolgt ist. Das Genehmigungsverfahren ist im Detail in Artikel 43b ATSG geregelt. Damit soll gewährleistet werden, dass eine ausserhalb des Versicherungsträgers stehende, richterliche Instanz das Vorliegen der Voraussetzungen für die Durchführung einer Observation prüft. Dies ist notwendig, da es sich um eine geheime Überwachung handelt, die in verfassungsrechtlich geschützte Privatsphäre eingreift. Das Genehmigungsverfahren drängte sich

umso mehr auf, als Überwachungen bzw. Observationen nicht nur von öffentlichen Institutionen, sondern auch von privaten Versicherungsgesellschaften durchgeführt werden.

3.4 Dauer der Observation

Gemäss Artikel 43a Absatz 5 ATSG darf eine Observation an höchstens 30 Tagen innerhalb von sechs Monaten ab dem ersten Observationstag stattfinden.

Dieser Zeitraum kann um höchstens weitere sechs Monate verlängert werden, wenn hinreichende Gründe dafür bestehen. Dies bedeutet, unter Umständen kann eine Verlängerung der sechsmonatigen Frist um weitere sechs Monate – aber unter Beibehaltung der insgesamt 30 Observationstage – erfolgen.

Durch die klare Festlegung der maximalen Dauer der Observation wurde den Erfordernissen der Voraussehbarkeit wie auch der Verhältnismässigkeit Rechnung getragen.

Zum Vergleich: Im Strafverfahren dürfen Observationen höchstens einen Monat dauern, eine Fortsetzung darüber hinaus bedarf der Genehmigung der Staatsanwaltschaft (Art. 282 Abs. 2 StPO). Und laut Zollgesetz vom 18. März 2005³³ bedarf die Fortsetzung einer Observation der Genehmigung der Oberzolldirektion, wenn die Observation 30 Tage gedauert hat.

3.5 Aufbewahrung und Vernichtung des Observationsmaterials

Im Sozialversicherungsbereich gilt eine umfassende Schweigepflicht und auch das Datenschutzrecht enthält strikte Vorgaben zum Umgang mit (Personen)daten. (Vgl. Details in Ziffer 6 dieses Kapitels).

Beauftragt der Versicherungsträger für die Observation eine externe Spezialistin bzw. einen externen Spezialisten, so hat er vertraglich sicherzustellen, dass diese bzw. dieser sämtliche im Rahmen des Auftrags anfallenden Daten in datenschutzkonformer Weise bearbeiten (d.h. auch aufbewahren) und die Schweigepflicht befolgen muss. Weiter ist zu regeln und auch sicherzustellen, dass dem Versicherungsträger nach Ausführung bzw. Abschluss des Auftrags – in allen Fällen – das gesamte (Roh-)Material ausgehändigt wird und die Spezialistin bzw. der Spezialist selbst keine Kopien davon aufbewahrt.

Hinzuweisen ist auch darauf, dass für den Fall, dass durch die Observation die konkreten Anhaltspunkte auf unrechtmässigen Leistungsbezug nicht bestätigt werden konnten, Artikel 43a Absatz 8 ATSG festhält, dass das Material (innert einer bestimmten Frist und wenn nicht die versicherte Person selbst ausdrücklich das Gegenteil verlangt) vernichtet werden muss. Es ist nicht zulässig, dass der Versicherungsträger Observationsmaterial, das nicht unmittelbar als Beweismaterial für eine Leistungsänderung benötigt wird, in den Akten behält, auch nicht, um damit beispielsweise zu einem späteren Zeitpunkt Vergleiche anstellen zu können. Solches Observationsmaterial, das heisst sämtliche Bild- und Tonaufzeichnungen sowie Aufzeichnungen von Standortbestimmungsinstrumenten, ist gesamthaft zu vernichten.

Ergeht dagegen im Nachgang zur erfolgten Observation eine Verfügung über die Leistung, so ist das Observationsmaterial für das entsprechende Verfahren massgeblich und deshalb gemäss Artikel 46 ATSG vom Versicherungsträger systematisch zu erfassen.

³³ SR 631.0

4 Verfassungsrechtlicher und zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz

Viele Tätigkeiten im Rahmen einer Observation können zu Verletzungen der Persönlichkeitsrechte von betroffenen Personen führen. Um was es beim Persönlichkeitsschutz geht, wird nachfolgend erläutert.

4.1 Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz

Bereits die BV garantiert den Persönlichkeitsschutz in den Artikeln 10 (Recht auf persönliche Freiheit) und 13 (Recht auf Schutz der Privatsphäre).

Das Recht auf *persönliche Freiheit* (Art. 10) enthält die Rechte auf *körperliche und psychische Unversehrtheit*, die *Bewegungsfreiheit* und die *Garantie der Entfaltung der elementaren Erscheinungsformen* der Persönlichkeit. Diese Rechte sind beispielsweise betroffen bei einer Festnahme, bei Ausgangssperren, wenn im Rahmen eines Strafprozesses eine Blut- oder Speichelentnahme oder bei einer inhaftierten Person eine Zwangsmedikation angeordnet wird, wenn einem Strafgefangenen der Spaziergang im Freien untersagt wird, oder wenn zu Lebzeiten nicht über den eigenen Körper nach dem Tod verfügt werden kann (Art der Bestattung oder Organentnahme). Als Kerngehalte dieses Grundrechts gelten das Recht auf Leben bzw. das Verbot der vorsätzlichen staatlichen Tötung bzw. der Todesstrafe, das Verbot von Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung sowie das Verbot der Ausschaffung bei drohender Folter oder unmenschlicher und erniedrigender Behandlung.

Der *Schutz der Privatsphäre* (Art. 13 BV) umfasst die Ansprüche auf *Achtung des Privat- und Familienlebens*, auf *Achtung der Wohnung und Korrespondenz* sowie auf *informationelle Selbstbestimmung*.

Die Zulässigkeit von Eingriffen in die geschützten Bereiche richtet sich auch hier nach Artikel 36 BV. Besondere Herausforderungen ergeben sich bei verdeckten Massnahmen (z.B. im polizeilichen oder strafprozessualen Bereich, oder eben auch bei sozialversicherungsrechtlichen Observationen), denn hier gibt sich der Staat auf besonders grundrechtssensibles Terrain.

Der Anspruch auf *Achtung des Privatlebens* garantiert einen persönlichen Bereich, in dem der Staat den Privaten in Ruhe lassen muss. Dies umfasst nicht nur private oder gar intime Bereiche, sondern auch Handlungen, die sich in der Öffentlichkeit abspielen. Beispiele für Beschränkungen sind Videoüberwachung von öffentlichen Plätzen, die Fahndung mithilfe von GPS-Ortung eines Fahrzeugs oder die Beschlagnahmung eines Tagebuchs. Es gehört zum Privatleben, dass sich der Einzelne unbeobachtet von Staatsorganen in der Öffentlichkeit und im Privatbereich bewegen kann.³⁴

Der *Anspruch auf Achtung des Familienlebens* garantiert, dass der Einzelne mit seiner Familie zusammenleben kann und die persönlichen Beziehungen zu den Familienmitgliedern pflegen kann.

Beispiel für eine mögliche Beschränkung ist eine Anordnung, das Land zu verlassen, wenn dies zur Trennung der Familie führt.

Die Ansprüche auf *Achtung der Wohnung und der Korrespondenz* schützen vor unrechtmässigem Eindringen, Ausspähen und Aushorchen privater Räume sowie vor der Ausforschung der Kommunikation durch den Staat. Damit wird die innerste Privatsphäre des Einzelnen geschützt. Als Wohnung in diesem Sinne gelten alle Räume mit privatem Charakter, auch Balkone, Gartenhäuser, Innenhöfe, eingezäunte Gärten, ein Hotelzimmer und ausnahmsweise auch Geschäftsräume (wie Anwaltskanzleien oder Arztpraxen). Im Rahmen der Kommunikation ist der Anspruch z.B. betroffen bei einer Abhörung

³⁴ Vgl. zum Thema insbesondere auch das Urteil des EGMR Vukota-Bojic gegen Schweiz (Nr. 61838/10) vom 18. Oktober 2016, N 52 und BGE 143 I 477 E. 3.1 sowie BGE 143 IV 387 E. 4.1.

von Telefonverkehr, einer Postüberwachung oder einer Überwachung von elektronischem Verkehr wie Mobilfunk- oder Mailkommunikation.

Das *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* schliesslich garantiert den Schutz vor Missbrauch der persönlichen Daten, aber auch das Recht, selber zu bestimmen, welche persönlichen Daten den Behörden zur Verfügung gestellt werden. Es umfasst jede Bearbeitung von Personendaten. Es gibt dem Einzelnen die Teilansprüche auf Auskunft über die (bearbeiteten) eigenen Personendaten, auf Berichtigung unrichtig erfasster Daten und auf Löschung widerrechtlich beschaffter Daten. Jeder Umgang mit Personendaten muss den Voraussetzungen von Artikel 36 BV genügen, also insbesondere auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, erforderlich und verhältnismässig sein (vgl. dazu auch zum Datenschutzrecht, das den Persönlichkeitsschutz ergänzt, die nachfolgende Ziffer 6). Beispiele für Fälle, in denen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen ist: Sammeln von Daten, Anlegen von Datenbanken, Anlegen von DNA-Profilen, Weiterleitung einer Krankengeschichte, Videoaufnahmen individuell erkennbarer Personen.

4.2 Zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz

Auch im Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907³⁵ (ZGB) ist der Persönlichkeitsschutz verankert, dies in den Artikeln 28 ff. Der Zweck der Bestimmungen ist der Schutz natürlicher und juristischer Personen vor persönlichkeitsverletzenden (faktischen) Beeinträchtigungen durch Dritte.

Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz wird durch den öffentlich-rechtlichen und den strafrechtlichen Schutz ergänzt.

Im öffentlich-rechtlichen Verhältnis können die ZGB-Artikel allerdings nicht angerufen werden, sondern dort muss die Verletzung von Grundrechten geltend gemacht werden (vgl. zur Abgrenzung etwa BGE 134 I 229). Beispiel: der Patient in einem Privatspital kann sich auf Artikel 28 ZGB berufen, nicht aber der Patient in einem öffentlichen Spital (BGE 122 III 101 E. 1). Die Abgrenzung ist je nachdem schwierig, aber mit Blick auf den Rechtsweg notwendig.

Einzelne Persönlichkeitsbereiche werden zusätzlich auch durch Bestimmungen des Strafrechts geschützt (vgl. nachfolgende Ziffer 5).

Die Lehre und Praxis haben verschiedene Ausprägungen der im Rahmen des ZGB umfassend geschützten Persönlichkeit als «Persönlichkeitsgüter» anerkannt, die folgendermassen eingeteilt werden können:

- die physische Persönlichkeit (Leben und körperliche Unversehrtheit);
- die affektive/emotionale Persönlichkeit (psychische Unversehrtheit);
- die Ehre (inkl. berufliches und gesellschaftliches Ansehen); die informationelle Privatheit mit den Teilbereichen
 - o Recht am eigenen Bild, an der eigenen Stimme und am eigenen Wort;
 - o Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Datenschutz);
 - o Recht auf Achtung der Privatsphäre (Geheimbereich, Privatbereich und Öffentlichkeitsbereich).

Näher einzugehen ist hier auf den letzten Punkt, das heisst auf die Privatsphäre. Nach der sogenannten Sphärentheorie werden drei Teilgebiete des menschlichen Lebensbereiches unterschieden, nämlich der Geheimbereich, der Privatbereich und der Öffentlichkeitsbereich (BGE 97 II 97 E. 2; 118 IV 41 E. 4; 119 II 222).

³⁵ SR 210

- Der *Geheimbereich* umfasst Lebensvorgänge, die eine Person mit niemandem oder nur mit ganz bestimmten anderen Personen teilen will (vgl. BGE 118 IV 41 E. 4). Beispielsweise Personendaten einer Patientenkartei, psychische Befindlichkeit einer Person.
- Der *Privatbereich* umfasst Lebensäusserungen, die der Einzelne nur mit nahe verbundenen Personen teilen will (vgl. BGE 118 IV 41 E. 4). Die darunter fallenden Tatsachen und Lebensvorgänge werden vor öffentlicher Bekanntmachung geschützt. Zu diesem Bereich gehören das Haus einer Person, ihre politische Gesinnung oder ihre finanziellen Verhältnisse (vgl. BGE 97 II 97; 138 II 346, Regeste, E. 10.7 und 14.3 [betr. Google Street View]).
- Tatsachen, die dem *Öffentlichkeitsbereich* unterstehen, dürfen ohne Weiteres wahrgenommen werden und auch verbreitet werden. Darunter fallen grundsätzlich etwa Adresse oder Beruf einer Person oder Tatsachen, die in einem öffentlichen Register vermerkt sind.

Nicht jede Beeinträchtigung der Persönlichkeit stellt schon eine Verletzung im rechtlichen Sinne dar. Die Beeinträchtigung der Persönlichkeit muss eine gewisse *Intensität* aufweisen (vgl. BGE 125 III 70; 129 III 715). Harmlose («sozialadäquate») Beeinträchtigungen, die sich notwendigerweise aus den Grundbedingungen des menschlichen Zusammenlebens ergeben, sind keine Persönlichkeitsverletzungen im Rechtssinne.

Ob eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, beurteilt sich nach einem *objektiven Massstab*, nicht aufgrund der subjektiven Empfindung der betroffenen Person (BGE 105 II 161 E. 2). Das heisst etwa im Kontext der Berichterstattung in der Presse, dass jeweils zu prüfen ist, ob für einen Durchschnittsleser das gesellschaftliche Ansehen einer Person als beeinträchtigt erscheint (BGE 105 II 161 E. 2).

Es können verschiedene Fallgruppen unterschieden werden, so beispielsweise das unbefugte Ausforschen des Privatlebens durch Beobachtung des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz, systematisches Horchen an der Tür eines Nachbarn, Abhören privater Unterhaltungen durch versteckte Abhörgeräte, Festhalten von Szenen des Privatlebens durch Ton- oder Bildträger, schrankenloses Durchleuchten der persönlichen Verhältnisse durch Fragebogen (zum Beispiel im Vorfeld eines Vertragsschlusses). Auch das unbefugte Weiterverbreiten personenbezogener Tatsachen oder die Speicherung «sensibler» persönlichkeitsrelevanten Daten können Persönlichkeitsverletzungen darstellen.

Eine Persönlichkeitsverletzung ist widerrechtlich, wenn sie gegen geschriebene oder ungeschriebene Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen (BGE 107 II 1 E. 2). Ob ein widerrechtliches Verhalten vorliegt, kann häufig nur durch Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen beurteilt werden (BGE 97 II 97 E. 4).

Im Grundsatz ist jede Verletzung der Persönlichkeit widerrechtlich, weil Persönlichkeitsrechte absolute Rechte sind. Ein Eingriff in die Persönlichkeitsrechte einer Person ist allerdings dann rechtmässig, wenn ein *Rechtfertigungsgrund* dafür vorliegt. Rechtfertigungsgründe sind die *Einwilligung des Betroffenen*, ein *überwiegendes privates oder öffentliches Interesse* oder eine *Gesetzesgrundlage* (vgl. Art. 28 Abs. 2 ZGB).

Gesetzliche Rechtfertigungsgründe sind zum Beispiel Notwehr (Art. 52 Abs. 1 OR), die pflichtgemässe Ausübung eines Amtes oder die Mitwirkungspflicht bei der gerichtlichen Abstammungsuntersuchung (Art. 296 Abs. 2 ZPO).

Für Bildaufnahmen im Rahmen einer Observation durch einen Sozialversicherungsträger findet sich der Rechtfertigungsgrund in der Gesetzesgrundlage im ATSG und in den Ausführungsbestimmungen dazu in der ATSV. Für eine Observation durch (beispielsweise) eine private Haftpflichtversicherung hingegen muss der Rechtfertigungsgrund des überwiegenden privaten oder öffentlichen Interesses vorliegen (BGE 136 III 410, E. 4.1).

5 Strafrechtliche Schranken

5.1 Allgemeines

Die Privatsphäre wird im schweizerischen Recht auch durch das Strafrecht geschützt. Unter dem Titel «Strafbare Handlungen gegen die Ehre und den Geheim- oder Privatbereich» stellt der Gesetzgeber eine Reihe von Handlungen und Verhaltensweisen unter Strafe, mit denen ein zu starker Eingriff in die Privatsphäre der betroffenen Person vorgenommen wird. Für Personen, die Observationen für Sozialversicherungen durchführen, sind insbesondere die strafbaren Handlungen gegen den Geheim- und Privatbereich (Art. 179- 179^{novies} StGB) wie beispielsweise das Aufnehmen und Abhören fremder Gespräche oder die Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte von Bedeutung.

Die sozialversicherungsrechtlichen Observationsbestimmungen sind quasi in die strafrechtlichen Bestimmungen eingebettet. Während die strafrechtlichen Bestimmungen definieren, was nicht getan werden darf, umschreiben die Observationsartikel nach ATSG und ATSV positivrechtlich, was, wo und wie observiert werden darf.

Im Zusammenhang mit sozialversicherungsrechtlichen Observationen sind auch die Straftatbestände Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) und gegebenenfalls Drohung (Art. 180 StGB) und Nötigung (Art. 181 StGB) sowie die Vergehen und Verbrechen gegen die Rechtspflege (Art. 303-309 StGB) relevant.

5.2 Strafbare Handlungen gegen den Geheim- und Privatbereich (Art. 179-179^{novies} StGB)

5.2.1 Abhören und Aufnehmen fremder Gespräche (Art. 179^{bis} StGB) und unbefugtes Aufnehmen von Gesprächen (Art. 179^{ter} StGB)

Nach Artikel 179^{bis} StGB ist es verboten, ein fremdes, nichtöffentliches Gespräch ohne Einwilligung aller daran Beteiligten abzuhören oder auf einen Tonträger aufzunehmen. Ein Gespräch ist dann fremd, wenn jene Person, welche das Gespräch abhört oder aufzeichnet, nicht daran beteiligt ist.

Demgegenüber stellt der Gesetzgeber aber in Artikel 179^{ter} StGB auch das Aufnehmen von Gesprächen ohne die Einwilligung aller daran Beteiligten unter Strafe, das heisst, wenn eine am Gespräch beteiligte Person die Aufnahmen macht und das Gespräch für den Betroffenen damit kein «fremdes» ist. Da der Observationsspezialist in den Sozialversicherungen jedoch im Rahmen der Observation nicht mit der versicherten Person in Kontakt treten darf, dürfte dieser Artikel für die Sozialversicherungsspezialisten nicht von Relevanz sein.

Schwieriger ist die Frage, wann ein Gespräch öffentlich bzw. nichtöffentlich ist. Ein Gespräch ist nicht-öffentlich, wenn die Gesprächsteilnehmer in der begründeten Erwartung ein Gespräch führen, dass ohne technische Hilfsmittel nicht mitgehört werden kann. Diese Erwartung kann sich sowohl aus dem Ort, wo das Gespräch geführt wird, ergeben, oder eben auch aus dem Teilnehmerkreis. Bei Letzterem stellt sich die Frage, ob dieser persönlich oder sachlich begrenzt oder beliebig offen ist. Der öffentliche oder nichtöffentliche Charakter eines Gesprächs hängt daher auch wesentlich davon ab, ob es in einem privaten oder allgemein zugänglichen Umfeld stattfindet (BGE 133 IV 253). Die Tatsache, ob der Ort des Geschehens sachenrechtlich ein öffentlicher oder privater Ort ist, reicht demnach aber nicht aus, um die Öffentlichkeit bzw. Nichtöffentlichkeit eines Gesprächs zu beurteilen.

5.2.2 Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte (Art. 179^{quater} StGB)

Schutzobjekt von Artikel 179^{quater} StGB bilden Tatsachen, die den Geheimbereich eines Menschen betreffen oder dem Privatbereich angehören und nicht jedermann ohne Weiteres zugänglich sind. Wer

solche Tatsachen ohne Einwilligung des Betroffenen mit einem Aufnahmegerät beobachtet oder auf einen Bildträger aufnimmt, macht sich strafbar.

Der Geheimbereich eines Menschen umfasst seine Intimsphäre und umfasst jene Lebensvorgänge, die eine Person der Wahrnehmung und dem Wissen aller Mitmenschen entziehen oder nur mit ganz bestimmten teilen will. Tatsachen aus dem Geheimbereich eines Menschen sind geschützt, davon dürfen keine Aufnahmen gemacht werden.

Ebenfalls dürfen keine Aufnahmen von Tatsachen gemacht werden, welche dem Privatbereich einer Person angehören und nicht ohne Weiteres zugänglich, also der geschützten Privatsphäre zuzurechnen sind. Die geschützte Privatsphäre ist von der ungeschützten Privatsphäre abzugrenzen.

Zur geschützten Privatsphäre gehören grundsätzlich alle Vorgänge in geschlossenen, gegen den Einblick Aussenstehender abgeschirmten Räumen und Örtlichkeiten (BGE 137 I 335) sowie Örtlichkeiten, an denen Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) begangen werden kann. Der Innenbereich eines Hauses, in dem die versicherte Person wohnt, bildet keinen ohne Weiteres öffentlich frei einsehbaren Raum (Urteil des Bundesgerichts 8C_829/2011 vom 9. März 2012). Das Bundesgericht stellt aber nicht einzig auf die Überwindung physischer Schranken ab. Zur geschützten Privatsphäre gehören auch Orte, an denen für die Aufnahme von Tatsachen rechtlich-moralische Schranken überwunden werden müssen. Als rechtlich-moralisches Hindernis gilt eine Grenze, die nach den hierzulande allgemein anerkannten Sitten und Gebräuchen ohne die Zustimmung der Betroffenen nicht überschritten wird (BGE 137 I 327).

Das Bundesgericht hielt im Urteil 6B_569/2018 vom 20. März 2019 (das auch Bezug nimmt auf den Leitentscheid BGE 118 IV 41) fest: Wichtig für die Abgrenzung der Privatsphäre im engeren Sinne von anderen Bereichen ist, ob ohne weiteres, d.h. ohne körperliche oder rechtlich-moralische Hindernisse durchbrechen zu müssen, von den betreffenden Lebensvorgängen Kenntnis genommen werden kann. Dazu gehöre auch der gemäss dem Tatbestand des Hausfriedensbruchs in Art. 186 StGB geschützte private Bereich, also ein Haus, eine Wohnung, ein abgeschlossener Raum eines Hauses oder ein unmittelbar zu einem Haus gehörender umfriedeter Platz, Hof oder Garten.

Dringe der Täter physisch in den durch Art. 186 StGB geschützten privaten Bereich ein, um darin eine Tatsache mit einem Aufnahmegerät zu beobachten oder auf einen Bildträger aufzunehmen, so erfülle er den Tatbestand der Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte nach Art. 179^{quater} StGB. Strafbar sei nach dessen Sinn und Zweck das Beobachten oder die Aufnahme einer im Hausfriedensbereich stattfindenden Tatsache mit einem Aufnahmegerät *aber auch dann*, wenn dazu die örtliche Grenze des Hausfriedensbereichs durch den Täter *nicht* physisch überschritten werden muss. Durch Art. 179^{quater} StGB ist auch der unmittelbar an ein Wohnhaus angrenzende Bereich geschützt, und zwar unabhängig davon, ob dieser im Sinne von Art. 186 StGB umfriedet ist oder nicht und ob er bei Vorliegen einer Umfriedung ohne Mühe oder erst nach Überwindung des physischen Hindernisses einsehbar ist. Zum Privatbereich im engeren Sinne gehört demnach nicht nur, was sich im Haus selbst, sondern auch, was sich in dessen unmittelbarer Umgebung abspielt, die von den Hausbewohnern bzw. von Drittpersonen ohne weiteres als faktisch noch zum Haus gehörende Fläche in Anspruch genommen bzw. anerkannt wird. Zu dieser Umgebung gehört insbesondere auch der Bereich unmittelbar vor der Haustüre eines Wohnhauses. Der Hausbewohner, der vor die Haustüre tritt, um beispielsweise einen dort abgestellten Gegenstand oder die Post ins Haus zu holen, begibt sich dadurch nicht in den privatöffentlichen Bereich, sondern verbleibt in der Privatsphäre im engeren Sinne, die durch Art. 179^{quater} StGB jedenfalls geschützt ist. Dasselbe gelte für den Hausbewohner, der vor seine Haustüre tritt, um jemanden zu begrüssen bzw. zu empfangen.

5.3 Vergehen und Verbrechen gegen die Freiheit

5.3.1 Drohung (Art. 180 StGB) und Nötigung (Art. 181 StGB)

Es ist verboten, jemanden durch schwere Drohung in Schrecken oder Angst zu versetzen oder jemanden durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile oder durch andere Beschränkungen seiner Handlungsfreiheit zu nötigen, etwas zu tun, zu dulden oder zu unterlassen.

Längeres Hindern an der Wegfahrt, Blockierung bestimmter Verkehrswege oder drängendes und gefährlich nahes Auffahren an einen Autolenker durch einen nachfolgenden Automobilisten im Tunnel könnte zum Beispiel eine Nötigung sein.

5.3.2 Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB)

Der Tatbestand des Hausfriedensbruches schützt das Recht, «in bestimmten Räumen ungestört zu herrschen und darin den eigenen Willen frei zu betätigen» (BGE 112 IV 33). Es schützt die Privatsphäre des Einzelnen, gegen dessen Wille der geschützte Ort nicht betreten werden darf. Ein Ort ist z.B. bereits dann betreten, wenn sich ein Fuss der unerwünschten Person im geschützten Raum befindet (BGE 87 IV 121f.).

Geschützt sind Wohnungen, ebenso abgeschlossene Räume, die aber nicht verschlossen zu sein brauchen (BGE 90 IV 77). Geschützt ist auch das unmittelbare Umfeld des Hauses, wenn der Garten oder Platz «umfriedet» und damit erkennbar abgegrenzt ist.

Hausfriedensbruch kann auch in öffentlichen Gebäuden durch zweckwidrigen Aufenthalt begangen werden, wenn ein Verbot, solche Räumlichkeiten zu betreten bzw. das Gebot, sie zu verlassen, nicht willkürlich oder unverhältnismässig ist.

5.4 Verbrechen und Vergehen gegen die Rechtspflege (Hinweise)

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass man sich auch durch Widerhandlungen gegen die Rechtspflege strafbar machen kann. Im vorliegenden Zusammenhang sind dabei insbesondere die falsche Anschuldigung (Art. 303 StGB), die Irreführung der Rechtspflege (Art. 304 StGB), die Begünstigung (Art. 305 StGB), die falsche Beweisaussage der Partei (Art. 306 StGB) und falsches Zeugnis, falsches Gutachten und falsche Übersetzung (Art. 307 StGB) relevant.

6 Datenschutz, Amtsgeheimnis und Schweigepflicht nach ATSG

Da es sich bei Sozialversicherungsdaten in der Regel um sehr sensible Daten handelt, ist der Umgang mit diesen Daten und damit auch die Weitergabe an Dritte restriktiv geregelt. Eine Datenbekanntgabe darf in den meisten Fällen nur auf schriftliche und begründete Anfrage hin erfolgen, verlangt eine gesetzliche Grundlage und sie muss sich auf die Daten, die für den in Frage stehenden Zweck erforderlich sind, beschränken.

6.1 Grundlagen Datenschutzrecht in der Schweiz

6.1.1 Zweck und Anwendungsbereich

Das Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz³⁶ (DSG) bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte derjenigen Personen, über welche Daten bearbeitet werden (d.h. Personendaten). Damit soll unter anderem verhindert werden, dass unrichtige Daten existieren oder Missbrauchsgefahr durch Dritte entsteht. Datenbearbeitungen durch staatliche Behörden erfordern immer einen "Rechtfertigungsgrund" (in der Regel eine gesetzliche Grundlage, oder z.B. auch die Einwilligung der betroffenen Person) und unterliegen strengen Rahmenbedingungen.

Das DSG gilt für das Bearbeiten von Personendaten natürlicher und juristischer Personen **durch private Personen** oder **durch Bundesorgane** (vgl. Art. 2 DSG).

6.1.2 Grundlagen und Begriffe

Nebst dem Bundesgesetz über den Datenschutz bestehen kantonale Gesetze und Bestimmungen zum Datenschutz. Zusätzlich ist es auch möglich, dass einzelne Spezialgesetze Datenschutzbestimmungen für das jeweilige spezifische Thema definieren. Dieses Skript fokussiert auf die Normen auf Bundesebene. Hier stehen das DSG, die Verordnung vom 14. Juni 1993³⁷ zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG) sowie das ATSG im Vordergrund.

Das DSG und die VDSG sind einfach lesbar und verständlich formuliert. Es wird nachdrücklich empfohlen, diese Gesetze vollständig durchzulesen. Nachfolgend wird auf einige Schwerpunkte hingewiesen.

Wichtige, im Datenschutzrecht verwendete Begriffe, deren Bedeutung zu kennen ist, sind etwa Folgende:

Personendaten sind alle Angaben, die sich auf bestimmte oder bestimmbare Person beziehen. Diese können sich auf eine natürliche Person (z. B. Hans Muster) oder eine juristische Person (z. B. eine Firma) beziehen (vgl. insb. Art. 3 lit. a und b DSG).

Besonders schützenswerte Personendaten: Daten über die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit, über Massnahmen der sozialen Hilfe, oder über religiöse, weltanschauliche, politische oder gewerkschaftliche Ansichten oder Tätigkeiten sind nach DSG besonders schützenswert (vgl. Art. 3 lit. c DSG), es gelten deshalb für deren Bearbeitung strengere gesetzliche Anforderungen.

Die Datenbearbeitung umfasst jeden Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren. Dazu zählt beispielsweise das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Bekanntgeben oder Vernichten von Daten (vgl. insb. Art. 3 lit. e und f DSG). Dabei muss die Datensicherheit jederzeit gewährleistet sein (vgl. insb. Art. 7 DSG).

Ein Persönlichkeitsprofil ist eine Zusammenstellung von Informationen, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit erlaubt. Auch sie gelten als besonders schützenswert, auch wenn sie keine Gesundheitsdaten enthalten (vgl. insb. Art. 3 lit. d DSG).

Als Datensammlung gilt jeder Bestand von Personendaten, der so aufgebaut ist, dass die Daten nach betroffenen Daten erschliessbar sind (vgl. insb. Art. 3 lit. g DSG). Für diese besteht eine Anmeldepflicht durch den Inhaber (vgl. insb. Art. 11a DSG). Jede Person kann von Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden (vgl. insb. Art. 8 DSG).

³⁶ SR 235.1

³⁷ SR 235.11

6.1.3 Grundsätze

Bei der Bearbeitung von Personendaten im Alltag sind verschiedene Grundsätze zu berücksichtigen: Rechtmässigkeit, Treu und Glauben, Verhältnis- und Zweckmässigkeit, Erkennbarkeit der Datenbearbeitung (vgl. Art. 4 DSG) sowie die Richtigkeit der Daten (vgl. Art. 5 DSG) sind zentral.

6.1.4 Datenbearbeitung durch Dritte

Wird die Datenbearbeitung Dritten übertragen, dürfen die Daten auch dann nur so bearbeitet werden, wie der Auftraggeber es selbst tun dürfte. Dies bedeutet in der Praxis, dass bei einem Observationsauftrag durch einen Unfallversicherer auch der oder dem Observationsspezialistin bzw. -spezialisten nur diejenige Datenbearbeitung erlaubt ist, die dem Unfallversicherer selber von Gesetzes wegen erlaubt ist (vgl. Art. 10a DSG).

6.1.5 Rechte betroffener Personen und Sanktionen

Wenn Rechte von betroffenen Personen verletzt werden, können sich diese dagegen wehren. So bestehen im Datenschutzgesetz Strafbestimmungen betreffend die Verletzung der Auskunfts-, Melde- und Mitwirkungspflicht (vgl. Art. 34 DSG) sowie der beruflichen Schweigepflicht (vgl. Art. 35 DSG). Die jeweiligen Sanktionen richten sich dabei nach der Schwere der Verstösse und werden in der Regel mit Bussen bestraft. Zusätzlich steht es der betroffenen Person frei, eine Klage zum Schutz der Persönlichkeit nach ZGB einzureichen. Dabei kann insbesondere die Datenbearbeitung gesperrt, eine Datenweitergabe an Dritte verhindert oder die Berichtigung bzw. Löschung der Personendaten verlangt werden (vgl. Art. 15 DSG).

6.2 Amtsgeheimnis und Schweigepflicht

Auch das strafrechtlich geschützte Amtsgeheimnis gemäss Art. 320 StGB sowie die im ATSG geregelte (sozialversicherungsrechtliche) Schweigepflicht gemäss Art. 33 ATSG bezwecken den Schutz von Daten. Dabei sind einerseits die soeben erläuterten *Personendaten* mit eingeschlossen, die Bestimmungen gehen aber noch weiter und schützen andererseits auch *viele weitere Angaben resp. Tatsachen*.

6.2.1 Amtsgeheimnis (StGB)

Artikel 320 StGB regelt: Wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Mitglied einer Behörde oder als Beamter anvertraut worden ist, oder das er in seiner amtlichen oder dienstlichen Stellung wahrgenommen hat, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Die Verletzung des Amtsgeheimnisses ist auch nach Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses strafbar. Der Täter ist nicht strafbar, wenn er das Geheimnis mit schriftlicher Einwilligung seiner vorgesetzten Behörde geoffenbart hat.

Um ein *Amtsgeheimnis* handelt es sich dann, wenn nach dem für die Ausübung eines Amtes massgebenden Gesetz eine Geheimhaltungspflicht besteht und es sich materiell um ein Geheimnis handelt; Das *Geheimnis* bezieht sich auf nicht allgemein bekannte oder zugängliche, also nur einem beschränkten Personenkreis vertraute Tatsachen, deren Schutz vor Preisgabe der Berechtigte (Geheimnisherr) will und an deren Geheimhaltung ein objektives Interesse besteht. Der Umstand, dass ein beschränkter Kreis in das Geheimnis eingeweiht ist, hebt dessen Charakter nicht auf.

Voraussetzung einer Amtsgeheimnisverletzung im Sinne des Strafgesetzbuches ist, dass die Täterin oder der Täter weiss, dass ein Geheimnis vorliegt, und dieses Geheimnis mit Absicht unbefugten Personen bekannt gibt.

6.2.2 Schweigepflicht (ATSG)

Artikel 33 ATSG regelt: Personen, die an der Durchführung sowie der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung der Sozialversicherungsgesetze beteiligt sind, haben gegenüber Dritten Verschwiegenheit zu bewahren.

Die Schweigepflicht erfasst einen sehr weiten Personenkreis. Es reicht aus, wenn eine Person an der Durchführung einer der erwähnten Funktionen auch bloss beteiligt ist, damit sie davon erfasst ist. Damit gilt die Schweigepflicht insbesondere auch für *externe Personen*, die von den Versicherungen beigezogen werden. Dies hält auch der neue Artikel 43a Absatz 6 ATSG ausdrücklich fest: «*Der Versicherungsträger kann externe Spezialistinnen und Spezialisten mit der Observation beauftragen. Diese unterliegen der Schweigepflicht nach Artikel 33 und dürfen die gesammelten Informationen ausschliesslich im Rahmen ihres Auftrags verwenden. [...]».*

Die Schweigepflicht beinhaltet *jede Kenntnis*, die die betreffenden Personen bei ihrer Tätigkeit erlangen, sei es aus den Akten, aus den Abklärungen selbst oder auf anderem Weg. Die Schweigepflicht gilt gegenüber sämtlichen Dritten, und sie gilt auch zwischen einem Sozialversicherungsträger und einem mit diesem rechtlich oder faktisch verbundenen anderen Versicherer (z.B. eine Zusatzversicherung oder Haftpflichtversicherung). Auch innerhalb einer Behörde gilt grundsätzlich, dass die Schweigepflicht zu beachten ist (soweit dies nicht die Durchführung der Sozialversicherung verunmöglicht). Denn es geht auch hier unter anderem um den Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Personen.

Ausnahmen von der Schweigepflicht müssen gesetzlich vorgesehen sein: Solche Ausnahmen stellen etwa die Amts- und Verwaltungshilfe nach Art. 32 ATSG, die Akteneinsicht nach Art. 47 ATSG, die Ermächtigung zur Auskunftserteilung durch die betroffene Person nach Art. 28 Abs. 3 ATSG und vor allem auch zahlreiche *einzelgesetzliche Bestimmungen* (z.B. im AHVG, IVG, UVG, usw.) oder auch in anderen Bundesgesetzen dar, die genau regeln, wer, unter welchen Bedingungen, wem und was bekanntgeben darf.

6.3 Fazit

In der Praxis bedeutet dies für Observationsspezialistinnen und -spezialisten insbesondere, dass sie gegenüber keinerlei Drittpersonen über die jeweiligen Aufträge bzw. Abklärungen irgendeine Auskünfte erteilen dürfen. Alle Kenntnisse, die sie im Rahmen der Auftragserteilung bzw. -ausführung erlangen müssen absolut vertraulich behandelt werden, es ist darüber strikte Verschwiegenheit zu wahren. Weiter müssen auch sämtliche Unterlagen bzw. Daten stets mit der gebotenen Sorgfalt behandelt, und insbesondere auch sicher aufbewahrt werden (bis zu erforderlichen Rückgabe bzw. Aushändigung an den Auftraggebenden).

V Literaturverzeichnis

AEBI-MÜLLER, REGINA, in: BREITSCHMID PETER/JUNGO, ALEXANDRA (HRSG.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band I: Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz [Art. 1-456 ZGB und PartG], 3. Auflage, Zürich 2016 (*Kommentar zu Artikel 28 ZGB*)

BIAGGINI, GIOVANNI (HRSG.), Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2., überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 2017

BOLLIER, GERTRUD/CONRAD, BEAT, Leitfaden schweizerische Sozialversicherung, Band II, 15., überarbeitete Auflage, Zürich 2018 (herausgegeben vom Verein Zürcher Gemeindeschreiber und Verwaltungsfachleute)

BÜCHLER, ANDREA, in: KREN KOSTKIEWICZ, JOLANTA/WOLF, STEPHAN/AMSTUTZ, MARC/FANKHAUSER, ROLAND (HRSG.), Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3., überarbeitete Auflage, Zürich 2016 (*Kommentar zu Artikel 28 ZGB*)

DONATSCH, ANDREAS, in: DONATSCH, ANDREAS (HRSG.), STGB/JStG Kommentar, 20., überarbeitete Auflage, Zürich 2018 (*Kommentar zu Artikel 186 StGB*)

DUPONT, ANNE-SYLVIE/MOSER-SZELESS, MARGIT (HRSG.), Commentaire romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales, Bâle 2018 (*Kommentar zu Artikel 14 ATSG*)

FREI, LAURA S., Grundlagen und Grenzen der Observation, Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, Masterarbeit Universität Zürich 2018

HÄFELIN, ULRICH/HALLER, WALTER/KELLER, HELEN/THURNHERR, DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016

HÄNER, ISABELLE/TÖNDURY-ALBRECHT SABINA/KEUSEN, ULRICH/LANZ KNEISSLER KATHRIN, Repetitorium Verwaltungsrecht. 3., überarbeitete Auflage, Zürich 2012

ISENRING BERNHARD, in: DONATSCH, ANDREAS (HRSG.), STGB/JStG Kommentar, 20., überarbeitete Auflage, Zürich 2018 (*Kommentar zu Artikel 320 StGB*)

JOSITSCH, DANIEL, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Auflage, Zürich 2017

KAYSER, MARTIN, Repetitorium Staatsrecht, 2., überarbeitete Auflage, Zürich 2012

KIENER, REGINA/KÄLIN, WALTER/WYTTENBACH, JUDITH, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018

KIESER, UELI, ATSG Kommentar, 3. Auflage, Bern/St. Gallen/Zürich, 2015

RAMEL, RAFFAEL/ VOGELSANG, ANDRÉ, in: NIGGLI, ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER, HANS (HRSG.), Basler Kommentar Strafrecht, Band II, 4. Auflage, Basel 2019 (*Kommentar zu Art. 179^{bis} und 179^{quater} StGB*)

SCHAUB, ROLAND, Der Privatdetektiv im Schweizerischen Recht, Zürich/St. Gallen 2011

TEICHMANN FABIAN/WEISS, MARCO, Die Verwertbarkeit von Observationen durch Privatdetektive im Verfahrensrecht, in: ZBJV 155/2019, S. 137ff.