

Benjamin Weibel

Observationen im Sozialversicherungsrecht

Überlegungen zur operationellen Umsetzung der neuen Bestimmungen

Die Einführung und die damit zusammenhängende Umsetzung der neuen Observationsbestimmungen im Sozialversicherungsrecht führte und führt weiterhin zu erheblicher Rechtsunsicherheit bei Sozialversicherern, Behörden und Observanten. Da es dem expliziten Wunsch des Gesetzgebers entsprach, «lediglich» die bislang geltende Rechtsprechung zu kodifizieren, werden in diesem Beitrag die neuen Bestimmungen im ATSG bzw. in der ATSV auch vor diesem Hintergrund beleuchtet. Damit soll auf Knackpunkte in der Umsetzung hingewiesen, weitere Klärungen vorgenommen und damit besonders für die operative Praxis eine Auslegungshilfe geboten werden.

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Sozialversicherungsrecht

Zitiervorschlag: Benjamin Weibel, Observationen im Sozialversicherungsrecht, in: Jusletter 24. Februar 2020

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Voraussetzungen der Observation
 - 2.1. Im Allgemeinen
 - 2.2. Observation (Art. 43a Abs. 1 ATSG)
 - 2.2.1. Definition
 - 2.2.1.1. Abgrenzung der Vorermittlung zur Observation
 - 2.2.1.2. Beobachten
 - 2.2.1.3. Systematisch
 - 2.2.1.4. Gewisse Dauer
 - 2.2.1.5. Registrieren
 - 2.2.2. Beweisverwertung von Ergebnissen der Vorermittlung
 - 2.3. Konkrete Anhaltspunkte (Art. 43a Abs. 1 lit. a ATSG)
 - 2.4. Subsidiarität (Art. 43a Abs. 1 lit. b ATSG)
 - 2.5. Anordnung, Direktionsfunktion (Art. 43a Abs. 2 ATSG)
3. Dauer der Observation (Art. 43a Abs. 5 ATSG)
4. Ort der Observation (Art. 43a Abs. 4 ATSG i.V.m. Art. 7h ATSV)
 - 4.1. Im Allgemeinen
 - 4.2. Allgemein zugänglicher Ort
 - 4.3. Von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar
5. Mittel der Observation (Art. 43a Abs. 1 ATSG i.V.m. Art. 7i ATSV)
6. Schluss

1. Einleitung

[1] Das Referendum gegen die Änderungen im Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG¹, gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten) wurde am 25. November 2018 von Volk und Ständen mit 64.7 % deutlich abgelehnt.² Eine gesetzliche Grundlage wurde wegen des Urteils EGMR VUKOTA-BOJIC gegen Schweiz vom 18. Oktober 2016 notwendig. In diesem Urteil verneinte der EGMR eine genügend bestimmte gesetzliche Grundlage für die Rechtfertigung der durch eine Observation verletzten Freiheitsrechte.³ Die neuen Bestimmungen über die Observation (u.a. Art. 43a und Art. 43b ATSG und die neuen Bestimmungen in der ATSV⁴ [u.a. Art. 7a–7i ATSV]) traten am 1. Oktober 2019 in Kraft, nachdem das Bundesgericht die in diesem Zusammenhang erhobenen Beschwerden abwies bzw. nicht darauf eintrat.⁵

[2] Die neuen Bestimmungen über die Observation haben in der Vergangenheit zu heftigen und teilweise sehr emotional geführten Diskussionen geführt. Dieser Beitrag soll jedoch nicht die im Abstimmungskampf aufgeführten Argumente aufwärmen und auch nicht der Frage nachgehen,

¹ Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000, SR 830.1.

² Vgl. die Resultate der Abstimmung auf der Homepage Bundesrates: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20181125/uberwachung-versicherte.html> (zuletzt besucht am 1. Februar 2020); Betreffend Entstehungsgeschichte der neuen Bestimmungen wird auf THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER, in: Basler Kommentar Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), Basel 2020, Art. 43a, Rz. 1 ff. (nachfolgend BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER) und THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER, Observation -- ein Rechtsinstitut unter Beobachtung, in: Jusletter 11. Dezember 2017, Rz. 5 ff., verwiesen.

³ Vgl. Urteil des EGMR (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte) VUKOTA-BOJIC gegen Schweiz Nr. 61838/10 vom 18. Oktober 2016.

⁴ Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV) vom 11. September 2002, SR 830.11.

⁵ Vgl. die Entscheide des Bundesgerichts 1C_389/2018, 1C_543/2018 und 1C_649/2018 (letzterer zur Publikation vorgesehen) vom 8. August 2019 ab.

ob die beiden Bestimmungen (Art. 43a und Art. 43b ATSG) genügend bestimmt sind, um rechtstaatlichen Grundsätzen zu genügen, zumal mit den Art. 7h f. ATSV bereits eine Konkretisierung stattfand.⁶ Ebenfalls nicht Teil dieses Beitrages ist das Bewilligungsverfahren, das ein Observant⁷ beim Bundesamt für Sozialversicherungen durchlaufen muss, wenn er im Anwendungsbereich des ATSG Observationen durchführen will (vgl. Art. 43a Abs. 6 und Abs. 9 lit. c ATSG i.V.m. Art. 7a–7g ATSV), oder die Frage, ob eine Observation im Allgemeinen verhältnismässig ist oder nicht. Ferner nicht erörtert werden «verfahrensrechtliche» Fragen (wie beispielsweise: wann muss welche Verfügung erlassen werden, Fragen zur Akteneinsicht, mögliches Beweisverwertungsverbot⁸ usw.).

[3] In diesem Beitrag sollen vielmehr die neuen, häufig unbestimmten Bestimmungen im ATSG und in der ATSV in Relation zur bestehenden Rechtsprechung (Durchführung der Observation) gesetzt werden. Weiter soll eine zusätzliche Auslegungshilfe zu bislang ungeklärten Fragen bei unbestimmten Rechtsbegriffen geboten werden.⁹ Dies auch vor dem Hintergrund, dass Gesetzgeber und Bundesrat mit den Bestimmungen über die Observation die bisherige Rechtsprechung kodifizieren wollten bzw. explizit auf die bis anhin geltende Rechtsprechung verweisen. Ferner entspricht – wie noch aufgezeigt wird – der Wortlaut der neuen Bestimmungen weitgehend der bis anhin geltenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung.¹⁰ Nicht zuletzt verweist auch das Bundesamt für Sozialversicherungen BSV bei der Auslegung zu den neuen Bestimmungen auf das Bundesgericht.¹¹ Aufgrund zweier aktueller Entscheide des Bundesgerichts, die noch unter der Ägide des «alten» ATSG ergingen, wäre es zumindest verwunderlich, wenn sich die zukünftige

⁶ Vgl. dazu mit den entsprechenden Hinweisen FABIAN TEICHMANN/MARCO WEISS, *Neue Rechtslage bei Observationen*, in: Jusletter 12. August 2019.

⁷ Der Einfachheit halber wird in diesem Beitrag von Observant gesprochen, obwohl in E-Art. 43a Abs. 6 und Abs. 9 lit. c ATSG sowie im 2. Kapitel, 1. Abschnitt ATSV von Spezialistinnen und Spezialisten, die Observationen durchführen, gesprochen wird.

⁸ Ein explizites Beweisverwertungsverbot im ATSG wurde im Nationalrat diskutiert. Der entsprechende Minderheitsantrag jedoch abgelehnt. Vgl. der Antrag im Nationalrat von NR Susanne Leutenegger Oberholzer, AB (Amtliches Bulletin der Bundesversammlung) 2018 S. 353 und die Voten im Nationalrat von NR Silvia Schenker AB 2018 S. 364 f.; Bundesrat Alain Berset, AB 2018 S. 368; Isabelle Moret, AB 2018 S. 370. Demgegenüber das Bundesamt für Sozialversicherungen BSV, Weisung über die Observation in den Sozialversicherungen (WOS, Observationsweisung), vom 15. November 2019 (nachfolgend Observationsweisung), Rz. 3001: «Observationsmaterial, welches nicht nach den Vorgaben von Art. 43a und 43b erhoben wurde, darf nicht verwertet werden.»

⁹ Zur Auslegung: BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 5 f.

¹⁰ Revision des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 22. Februar 2017, S. 10 (nachfolgend Erläuternder Bericht ATSG), abrufbar unter <https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/de/dokumente/themenebergreifend/vernehmlassungen/vernehmlassung-revision-atsg-bericht.pdf.download.pdf/vernehmlassung-revision-atsg-bericht-de.pdf> (zuletzt besucht am 1. Februar 2020); Parlamentarische Initiative, Gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates vom 7. September 2017, BBl 2017 7403, S. 7410 f. (nachfolgend Bericht des Ständerates); Parlamentarische Initiative, Gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates vom 7. September 2017, Stellungnahme des Bundesrates vom 1. November 2017, BBl 2017 7421, S. 7425 (nachfolgend Stellungnahme des Bundesrates); SR Paul Rechsteiner, AB 2017 S. 1007; SR Alex Kuprecht, AB 2017 S. 1011; Pirmin Bischof, AB 2017 S. 1011; Bundesrat Alain Berset anlässlich der Debatte im Ständerat, AB 2017 S. 1011; NR Ruth Humbel, AB 2018 S. 367; Isabelle Moret, AB 2018 S. 370; vgl. auch Erläuterungen des Bundesrates – Volksabstimmung vom 25. November 2018, Fn. 1 zu S. 29, abrufbar unter https://www.admin.ch/dam/gov/de/Dokumentation/Abstimmungen/November2018/Volksabstimmung_25.November2018_Erlaeuterungen_Bundesrat.pdf.download.pdf/Erlaeuterungen%20des%20Bundesrates%20zur%20Volksabstimmung%20vom%2025%20November%202018.pdf (zuletzt besucht am 1. Februar 2020).

¹¹ Hintergrunddokument Bundesamt für Sozialversicherungen BSV, *Der Schutz der Privatsphäre im Rahmen von Observationen*, vom 9. Oktober 2018, S. 2 und *Fakten und Hintergründe zu den Observationsartikeln im ATSG*, vom 7. November 2018, S. 4–6, beides abgerufen unter «Dokumente» auf <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/ueberblick/observationen.html> (zuletzt besucht am 1. Februar 2020).

Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Observationen im Anwendungsbereich des ATSG mit Inkrafttreten der neuen Bestimmungen im ATSG bzw. in der ATSV erheblich ändern würde. Dies umso mehr, als dem Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen zweimal eindeutig widersprochen wird.¹²

2. Voraussetzungen der Observation

2.1. Im Allgemeinen

[4] Gemäss Art. 43a Abs. 1 ATSG kann der Versicherungsträger eine versicherte Person verdeckt observieren und dabei Bild- und Tonaufzeichnungen machen und technische Instrumente zu Standortbestimmung einsetzen, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass die versicherte Person unrechtmässig Leistungen bezieht oder zu erhalten versucht und die Abklärungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden. Für die Anordnung der Observation ist eine Person mit Direktionsfunktion im fallbearbeitenden Bereich oder im Bereich Leistungen des Versicherungsträgers zuständig (Art. 43a Abs. 2 ATSG).

[5] Bereits diese beiden Gesetzesbestimmungen (Art. 43a Abs. 1 und Abs. 2 ATSG) enthalten diverse unbestimmte Rechtsbegriffe, deren korrekte Anwendung für eine rechtmässig durchgeführte Observation jedoch elementar ist. So ist bereits unklar, wann eine Observation vorliegt. Denn solange keine Observation im Sinne des ATSG vorliegt, sind die Bestimmungen des ATSG und der ATSV zur Observation nicht anwendbar. Auszulegen sind nebst dem Begriff der Observation die konkreten Anhaltspunkte (Art. 43a Abs. 2 lit. a ATSG), die Aussichtslosigkeit und das unverhältnismässige Erschweren (Art. 43a Abs. 2 lit. b ATSG). Ferner klärungsbedürftig ist, was mit der Anordnung und mit der Direktionsfunktion gemeint ist (Art. 43a Abs. 2 ATSG).

[6] Zur Auslegung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe drängt sich ein Vergleich zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)¹³ auf, weil die im ATSG bzw. in der ATSV neu verwendeten Begriffe (wie beispielsweise «Observation» oder «konkrete Anhaltspunkte») oftmals kongruent mit den Begriffen in der Strafprozessordnung sind, eine Kohärenz zwischen den verschiedenen Schweizer Rechtsordnungen geboten ist und während des Gesetzgebungsverfahrens unter anderem auf die Strafprozessordnung verwiesen wurde.¹⁴ Mithin war eine gewisse Kongruenz mit der Strafprozessordnung erklärtes Ziel.¹⁵ Dennoch sind Unterschiede zwischen einer Observation im Bereich des Strafrechts und einer im Bereich des Sozialversicherungsrechts erkennbar, was eine differenzierte Beurteilung rechtfertigt.¹⁶ Konkret auf die Observation bezogen sind die Strafverfolgungsbehörden regelmässig nicht an Vorgängen interessiert, welche sich im Garten oder im Haus der Zielperson abspielen, weil sie die Zielperson in flagranti bei Drogen-, Einbruch- oder

¹² Entscheid BGer 8C_837/2018 vom 15. Mai 2019 E. 4 ff.; Entscheid BGer 8C_810/2018 vom 16. April 2019 E. 5; vgl. auch ANDREAS TRAUB, Observation im IV-Verfahren: Fitnesscenter als frei einsehbarer Ort?, in: SZS 2019, S. 207.

¹³ Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007, SR 312.0.

¹⁴ Ausführlich zum Verhältnis zur StPO THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Rz. 11 ff.; vgl. auch BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 6.

¹⁵ Erläuternder Bericht ATSG (Fn. 10), S. 10 f.; Bericht des Ständerates (Fn. 10), BBl 2017 7403, S. 7408 und S. 7410 f.; Stellungnahme des Bundesrates (Fn. 10), BBl 2017 7421, S. 7424–7426; SR Hans Stöckli, AB 2017 S. 1011; Bundesrat Alain Berset anlässlich der Debatte im Nationalrat, AB 2018 S. 368; so auch THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Rz. 10.

¹⁶ Vgl. die Gegenüberstellung bei THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Rz. 19 ff.

Raubdelikten beobachten wollen.¹⁷ Diese Delikte spielen sich in den allermeisten Fällen ausserhalb des unmittelbaren Wohnbereichs der Zielperson ab. Allenfalls sind die Strafverfolgungsbehörden in diesen Fällen an Tonaufnahmen im Wohnbereich interessiert, wobei es in vielen Fällen ausreicht, wenn die Telefone der Zielperson abgehört werden. Demgegenüber hat ein Sozialversicherer ein hohes Interesse an (bildlichen) Feststellungen, welche die versicherte Person in unmittelbarer Nähe zum Wohnbereich (z.B. Balkon, Garten, Vorplatz) zeigen. Dort verhält sich eine versicherte Person – anders als an allgemein zugänglichen Orten – regelmässig weniger von ökonomischen Interessen motiviert.¹⁸

2.2. Observation (Art. 43a Abs. 1 ATSG)

2.2.1. Definition

2.2.1.1. Abgrenzung der Vorermittlung zur Observation

[7] Obwohl während des gesamten Gesetzgebungsverfahrens immer wieder von der Observation gesprochen wurde, blieb die Bedeutung dieses Begriffes weitgehend ungeklärt. Gemäss dem Gesetzeswortlaut ist davon auszugehen, dass eine Observation auch stattfinden kann, ohne dass dabei Bild- und Tonaufzeichnungen gemacht oder technische Instrumente zur Standortbestimmung eingesetzt werden. Vereinfacht gesagt liegt demnach gemäss Gesetzeswortlaut eine Observation bereits vor, wenn eine versicherte Person verdeckt und nur mit den Augen, d.h. ohne technische Hilfsmittel, beobachtet/überwacht wird.¹⁹ Diese enge Definition ginge zu weit, weil damit jede, somit auch jede kurzfristige (gezielte) Beobachtung/Überwachung der versicherten Person als Observation gälte (zur Definition der Observation sogleich).²⁰ In der Praxis wird vor einer allfälligen Observation regelmässig als milderer Mittel, nebst dem Aktenstudium über die versicherte Person, eine Vorermittlung durchgeführt. Dabei ist zwischen der materiellen und der technisch/taktischen Vorermittlung zu unterscheiden.²¹ Das Bundesamt für Sozialversicherungen BSV unterscheidet in seiner Observationsweisung (WOS) zwischen Abklärungsmassnahmen (u.a. Augenschein) und Observation.²² Diese Observationsweisung gilt gemäss dem vom Bundes-

¹⁷ Zudem dürfen die Strafverfolgungsbehörden lediglich an allgemein zugänglichen Orten verdeckt observieren (Art. 282 Abs. 1 StPO). Vorgänge an nicht öffentlichen oder nicht allgemein zugänglichen Orten dürfen jedoch – unter restriktiveren Voraussetzungen als bei der Observation – mit technischen Überwachungsgeräten überwacht werden (Art. 280 lit. b StPO).

¹⁸ Vgl. das Votum von SR Alex Kuprecht, AB 2017 S. 1011.

¹⁹ Mindestens das schriftliche Rapportieren der Ergebnisse ist jedoch bereits aus Beweisgründen notwendig. Vgl. REGINA AEBI-MÜLLER/ANDREAS EICKER/MICHAEL VERDE, Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation -- Grenzen aus Sicht des Privat, des öffentlichen und des Strafrechts, in: Jusletter 3. Mai 2010, Rz. 4 und Rz. 27; Erläuternder Bericht ATSG (Fn. 10), S. 10.

²⁰ Vgl. die Abgrenzung zwischen Observation und der Alltagsarbeit der Polizei bzw. der normalen Fahndungstätigkeit: THOMAS HANSJAKOB, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 282, Rz. 3; NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 282, Rz. 4; ähnlich auch im versicherungsrechtlichen Kontext THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Fn. 2 zu Rz. 1 mit Verweis auf LUZIUS EUGSTER/ANNEGRET KATZENSTEIN, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Art. 196–457 StPO, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 282, Rz. 1.

²¹ Vgl. zur polizeilichen Vorermittlung mit den entsprechenden Hinweisen LUKAS BÜRGE, Polizeiliche Ermittlung und Untersuchung, Charakteristik, Abgrenzungen und Auswirkungen auf die Beschuldigtenrechte, Diss., Bern 2018, S. 67 ff.

²² Observationsweisung (Fn. 8), Rz. 1003.

amt für Gesundheit BAG erlassenen Kreisschreiben Nr. 35 vom Dezember 2019 analog für die obligatorische Unfallversicherung.²³ Diese Observationsweisung wird ebenfalls für die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe berücksichtigt. Wie noch aufgezeigt wird, legt das Bundesamt für Sozialversicherung BSV in der Observationsweisung die neuen Observationsbestimmungen im ATSG sehr restriktiv aus. Die Auslegung des Bundesamts für Sozialversicherung BSV widerspricht teilweise sogar den Abstimmungen im National- und Ständerat (Stichworte: Beweisverwertungsverbot oder Definition der Observation), was zumindest politisch fragwürdig ist.

[8] Die technisch/taktische Vorermittlung dient lediglich dazu, die Örtlichkeit auszukundschaften (welches Haus, Anzahl Zufahrtsstrassen usw.), um die Anforderungen (Anzahl Observanten, Fahrzeuge usw.) an die anschliessende Observation abzuklären. Da die technisch/taktische Vorermittlung – ähnlich wie ein Aktenstudium – unabhängig von der versicherten Person durchgeführt wird, muss sie zulässig sein, ohne dass beispielsweise der involvierte Ermittler über eine Bewilligung zur Observation des Bundesamtes für Sozialversicherung verfügt (Art. 43a Abs. 9 lit. c ATSG i.V.m. Art. 7a–7g ATSV) oder eine Person mit Direktionsfunktion die technisch/taktische Vorermittlung anordnete (Art. 43a Abs. 2 ATSG).

[9] Demgegenüber sollen mit der materiellen Vorermittlung konkrete Anhaltspunkte für den Versicherungsmissbrauch gesammelt und Anhaltspunkte aus den Akten verifiziert werden. Regelmässig wird eine materielle Vorermittlung gestützt auf diffuse Anhaltspunkte (d.h. verschwommene Anhaltspunkte wie teilweise sich widersprechende Akten, Hinweise von Dritten usw.) durchgeführt. Unzulässig wäre eine materielle Vorermittlung, die sich einzig und allein auf eine Art «Racial Profiling»²⁴ stützen würde oder einer «fishing expedition» (verbotene Beweisausforschung) gleich käme. Auch bei der materiellen Vorermittlung müssen gewisse, zumindest diffuse Anhaltspunkte auf einen unrechtmässigen Leistungsbezug vorliegen, wobei die Schwelle der konkreten Anhaltspunkte noch nicht vollständig erreicht werden muss.²⁵ Mit der materiellen Vorermittlung soll also abgeklärt werden, ob genügend konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die den Eingriff einer Observation in die Persönlichkeitsrechte der versicherten Person rechtfertigen.²⁶ Zudem wird in diesem Stadium auch entschieden, ob sich der finanzielle Aufwand für eine Observation «lohnt». Während einer materiellen Vorermittlung wird die versicherte Person kurzzeitig verdeckt überwacht. Damit rückt die materielle Vorermittlung in den Bereich der Observation, was einerseits zu Einschränkungen führen muss und andererseits das Bedürfnis offenbart, den Begriff der Observation eindeutig zu definieren bzw. von der (materiellen) Vorermittlung abzugrenzen.

[10] THOMAS HANSJAKOB versteht unter Observation «die Ermittlungstätigkeit, bei welcher Vorgänge und Personen in der Öffentlichkeit systematisch und während einer gewissen Dauer beobachtet und registriert werden, um die Ergebnisse für die Strafverfolgung auszuwerten».²⁷ Einzi-

²³ Bundesamt für Gesundheit, Unfallversicherung, Kreisschreiben Nr. 35 vom Dezember 2019, S. 1.

²⁴ Racial Profiling (auch ethnisches Profiling genannt) würde vorliegen, wenn eine materielle Vorermittlung alleine gestützt auf Vorurteile/Stereotypen (Nationalität, Beruf, Religionszugehörigkeit usw.) durchgeführt würde. Vgl. zur Definition: https://de.wikipedia.org/wiki/Racial_Profiling (zuletzt besucht am 1. Februar 2020).

²⁵ So ähnlich auch für die strafprozessuale Observation: THOMAS HANSJAKOB (Fn. 20), Art. 282, Rz. 11 ff.; NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH (Fn. 20), Art. 282, Rz. 12.

²⁶ Vgl. detailliert zur polizeilichen Vorermittlung mit den entsprechenden Hinweisen CHRISTIANE LENTJES MEILI/BEAT RHYNER, in: PolG – Kommentar zum Polizeigesetz des Kantons Zürich, Andreas Donatsch/Tobias Jaag/Sven Zimmerlin (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2018, § 4, insbes. Rz. 1–5.

²⁷ THOMAS HANSJAKOB (Fn. 20), Art. 282, Rz. 1; ähnlich: Erläuternder Bericht ATSG (Fn. 10), S. 10; BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 11; NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH (Fn. 20), Art. 282,

ger Unterschied zu einer Observation im sozialversicherungsrechtlichen Kontext ist, dass letztere fast ausschliesslich für die Prüfung des Versicherungsanspruchs (unabhängig ob privatrechtlicher oder sozialversicherungsrechtlicher Natur) ausgewertet wird.²⁸ Ausschlaggebend sind somit die nachfolgenden Elemente:

2.2.1.2. Beobachten

[11] Beobachten impliziert ein passives, verdecktes Verhalten auf Seiten des Observanten. Es darf folglich bei einer Observation keine gezielte Kontaktaufnahme zwischen dem Observanten und der versicherten Person geben.²⁹ Ein unabsichtlicher Kontakt zwischen dem Observanten und der versicherten Person ist demgegenüber zulässig, so zum Beispiel, wenn sich der Observant und die versicherte Person auf der Strasse grüssen/begegnen. Die Konstellation mit einer gezielten Kontaktaufnahme zwischen der ermittelnden Person und der versicherten Person – eine Art verdeckte Fahndung – wird in diesem Beitrag nicht thematisiert.

2.2.1.3. Systematisch

[12] Um ein systematisches Vorgehen handelt es sich, wenn die versicherte Person gezielt, planmässig, das heisst auf den Tagesablauf der versicherten Person ausgerichtet, beobachtet wird.³⁰ Aufgrund der heutigen Zeitknappheit in den einzelnen Schadenfällen dürfte die versicherte Person immer systematisch beobachtet werden, ansonsten womöglich wertvolle Zeit verloren ginge. Das Bundesamt für Sozialversicherungen BSV unterscheidet nicht klar zwischen einem systematischen Vorgehen und einem Vorgehen von gewisser Dauer. Das BSV schliesst aus einem systematischen Vorgehen (mehrere Augenscheine) direkt auf eine bewilligungspflichtige Observation.³¹

2.2.1.4. Gewisse Dauer

[13] Aufgrund des bislang Gesagten, und bevor der Begriff des Registrierens geklärt wird, dürfte einleuchten, dass für die Abgrenzung (Observation oder materielle Vorermittlung), das Kriterium der Dauer entscheidend ist. In der Lehre zum Strafprozessrecht, worauf u.a. in den national- und ständerätlichen Debatten immer wieder verwiesen wurde (vgl. Ziff. 2.1 vorstehend), wird von einer Observation gesprochen, wenn während mehr als drei Tagen oder mehr als 12 Stun-

Rz. 4; THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Rz. 1; REGINA AEBI-MÜLLER/ANDREAS EICKER/MICHAEL VERDE (Fn. 19), Rz. 3; so auch die Definition im Online-Wörterbuch Duden, abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/observieren#Bedeutung-1> (zuletzt besucht am 1. Februar 2020).

²⁸ Vereinzelt kommt es vor, dass durch Sozialversicherer erstellte Observationen den Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung gestellt werden.

²⁹ BGE 135 I 169 E. 4.3; vgl. BEAT RHYNER, in: PolG – Kommentar zum Polizeigesetz des Kantons Zürich, Andreas Donatsch/Tobias Jaag/Sven Zimmerlin (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2018, § 32, Rz. 16 ff.; LUCIUS MÜLLER, Der Bezug von Observationsmaterial sowie von Videoaufzeichnungen Dritter im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, in: Miriam Lendfers/Ueli Kieser (Hrsg.), Sachverhaltsabklärung in der Sozialversicherung, St. Gallen 2014, S. 61 f.; REGINA AEBI-MÜLLER/ANDREAS EICKER/MICHAEL VERDE (Fn. 19), Rz. 3.

³⁰ Vgl. die Definition im Online-Wörterbuch Duden, abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/systematisch> (zuletzt besucht am 1. Februar 2020); vgl. THOMAS HANSJAKOB (Fn. 20), Art. 282, Rz. 2; NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH (Fn. 20), Art. 282, Rz. 5.

³¹ Observationsweisung (Fn. 8), Rz. 1003.

den innert einer Woche eine Person beobachtet wird.³² An diesen Zeitrahmen haben sich auch die Sozialversicherer zu orientieren, wobei die besondere Stellung der Observation im Sozialversicherungsrecht zu berücksichtigen ist.³³ Im Rahmen der materiellen Vorermittlung sollten infolgedessen insgesamt maximal sechs Stunden an Beobachtungszeit an höchstens sechs Beobachtungstagen zulässig sein. Als Beobachtungszeit versteht sich freilich einzig jene Zeit, während der die versicherte Person tatsächlich beobachtet und damit tatsächlich in die Persönlichkeitsrechte/Privatsphäre der versicherten Person eingegriffen wird.³⁴ Nicht Teil der Beobachtungszeit sind die «toten» Stunden des Ermittlers, also Stunden, während denen der Ermittler auf die versicherte Person wartet oder er sich auf dem Weg zum bzw. auf dem Rückweg vom «Ansitz» befindet. Analog dazu gelten auch nur jene Tage als Beobachtungstage, an denen die versicherte Person tatsächlich beobachtet wird.

[14] Eine andere Auffassung zu vertreten würde bedeuten, dass für jede einzelne Handlung des Ermittlers aufgrund der örtlichen Nähe zur Zielperson und der Zeitdauer entschieden werden müsste, ob damit bereits observiert bzw. eine Observationshandlung vorgenommen wird oder nicht.³⁵ Dies offenbart denn auch die Schwäche in der Argumentation des Bundesamtes für Sozialversicherungen BSV und – allerdings weniger ausgeprägt – von THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER. Gemäss dem BSV können mehrere Augenscheine – ohne dass die versicherte Person je effektiv beobachtet wird – zu einer bewilligungspflichtigen Observation führen. Gemäss dem Bundesamt für Sozialversicherungen sei ein einzelner Augenschein noch keine Observationshandlung, weshalb auch keine bewilligungspflichtige Observation vorliege. Demgegenüber liege bei mehreren (Anzahl, Dauer des einzelnen Augenscheins?) Augenscheinen eine Observationshandlung resp. eine bewilligungspflichtige Observation vor. Indirekt knüpft das BSV somit zwar an die gewisse Dauer an, nennt jedoch keinen Zeitrahmen, was zu weiteren Unsicherheiten in der Praxis führt.³⁶ Nach THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER muss die Zielperson ebenfalls nicht effektiv überwacht werden. Gemäss diesen beiden Autoren sind auch jene Tage zu den Observationstagen zu addieren, «an denen lediglich das Haus, die Wohnung oder der (vermeintliche) Arbeitsort der versicherten Person überwacht wurden [...], ansonsten die vermuteten Aufent-

³² THOMAS HANSJAKOB (Fn. 20), Art. 282, Rz. 3; NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH (Fn. 20), Art. 282, Rz. 5; vgl. auch das Votum von SR Paul Rechsteiner, AB 2017 S. 1007, der betreffend Definition der Observation auf den Strafprozess verweist.

³³ Als Besonderheit sei hier nur erwähnt, dass ganz allgemein im Versicherungsrecht regelmässig nicht die Strafverfolgungsbehörden eine Observation durchführen bzw. kein höherer Polizeioffizier oder Staatsanwalt als «neutrale» Instanz die Observation genehmigt. Zudem rechtfertigt auch die im ATSG statuierte Mitwirkungspflicht (vgl. Art. 28 ATSG) und Meldepflicht (Art. 31 ATSG) der versicherten Person sowie generell der Untersuchungsgrundsatz nach Art. 43 Abs. 1 ATSG eine gewisse Einschränkung gegenüber dem Strafprozessrecht.

³⁴ Vgl. Entscheid BGer 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009 E. 6.4.1., der auch zwischen der tatsächlichen Beobachtungszeit und der Einsatzzeit des Detektivs unterscheidet; Vgl. Erläuternder Bericht ATSG (Fn. 10), S. 10: «Es spielt dabei keine Rolle, wie lange die Observation pro Tag erfolgt.» Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Zielperson überhaupt observiert werden musste, ansonsten kein Observationstag «verbraucht» wurde; THOMAS HANSJAKOB (Fn. 20), Art. 282, Rz. 21; NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH (Fn. 20), Art. 282, Rz. 16; Unklar UELI KIESER, Tagungsunterlagen zur Tagung vom 24. September 2019, Observation und Gutachten – ein geschärfter Blick auf die aktuelle Gesetzeslage im Sozialversicherungsrecht, Kommentierung von Art. 43a ATSG, S. 16, der von «Observationshandlung» spricht. A.M.: BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 55; Observationsweisung (Fn. 8), Rz. 2004.

³⁵ Aufgrund der Wortwahl in der Observationsweisung («ungeachtet der Anzahl Stunden, an denen effektiv observiert wird») geht das Bundesamt für Sozialversicherung BSV wohl davon aus, dass eine Observation auch vorliegen kann, wenn die versicherte Person nie tatsächlich beobachtet wurde. Das BSV knüpft an die «Observationshandlung» an, welche jedoch nirgends definiert wird (Observationsweisung (Fn. 8), Rz. 2004).

³⁶ Observationsweisung (Fn. 8), Rz. 1003 und Rz. 2004.

haltsräume der versicherten Person ohne zeitliche Einschränkung dauerhaft überwacht werden könnten, was unverhältnismässig wäre».³⁷

[15] Das in der Observationsweisung des Bundesamts für Sozialversicherung BSV genannte Unterscheidungskriterium zwischen Vorermittlung (einzelner Augenschein) und Observation (systematische Augenscheine) ist sehr vage. Es führt zu Rechtsunsicherheit und ist deshalb für die Praxis untauglich. Präziser sind die Ausführungen von THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER, die eine örtlich (vermeintlich) klare Abgrenzung treffen (Haus/Wohnung, Arbeitsort; unscharf hingegen die Aufenthaltsräume). Allerdings stellt sich auch hier die Frage, ob der Wohnort/Arbeitsort überwacht wird, und deshalb eine bewilligungspflichtige Observation vorliegt, wenn ein vom Wohn- oder Arbeitsort weiter entferntes Verkehrsnadelöhr überwacht (visuell «gesperrt») wird, um allenfalls von dort die Überwachung zu starten. Ebenfalls unklar ist, ob die Überwachung eines von der Zielperson regelmässig frequentierten Restaurants (als Beispiel beliebig abänderbar) ebenfalls als Observation gälte. Letzteres würde wohl durch THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER mit dem Argument bejaht, eine zeitlich unbeschränkte Überwachung der vermuteten Aufenthaltsräume müsse unterbunden werden.³⁸

[16] Aufgrund dieser Unbestimmtheit in den genannten Ansichten und der klaren Verweise auf die Strafprozessordnung in den Gesetzesmaterialien dient es der Rechtssicherheit und der Praxis-tauglichkeit der neuen Observationsbestimmungen, wenn an die tatsächliche Beobachtungszeit angeknüpft wird. Diese kann auf die Sekunde heruntergebrochen werden. Die Befürchtung exzessiver («dauerhafter») materieller Vorermittlungen, ohne dass die Zielperson effektiv beobachtet wird, muss anders adressiert werden. Wird die materielle Vorermittlung durch externe Dienstleister vorgenommen, bildet bereits der finanzielle Aufwand eine (bedeutende) Schranke, welche aufgrund der eingereichten Rechnungen und Berichte überprüft werden kann. Bei versicherungsinternen Ermittlern stellt die Kontrolle der Einhaltung der Rechtsordnung eine Führungsaufgabe dar. Denkbar wäre ebenfalls, die materielle Vorermittlung ohne effektive Beobachtung der Zielperson zeitlich, beispielsweise auf 20 Stunden, einzuschränken. Meiner Meinung nach wäre eine solche zeitliche Beschränkung jedoch wiederum untauglich, weil nicht klar wäre, ab welchem Zeitpunkt die Ermittlungszeit ausser Haus von den zur Verfügung stehenden 20 Stunden subtrahiert werden müsste.

[17] Zusammenfassend ist deshalb an die effektive Beobachtungszeit der Zielperson anzuknüpfen. Es wäre daher an einem einzigen Tag sechs Stunden an effektiver Beobachtungszeit oder aber auch an sechs Tagen jeweils eine Stunde möglich. So könnte beispielsweise der Arbeitsweg der versicherten Person an mehreren Tagen überwacht werden. Sechs Stunden sind insofern angemessen, als dass Anhaltspunkte in den Akten, welche für eine Observation noch nicht genügend konkret sind, bestätigt oder nicht bestätigt werden können. Bei sechs Stunden besteht nicht die Gefahr, dass die neuen Bestimmungen im ATSG bzw. in der ATSV ausgehebelt werden. Sechs Stunden sind in den allermeisten Fällen für eine gerichtsverwertbare Beweisführung zu kurz, weil die versicherte Person nicht durchgehend belastende Tätigkeiten ausübt (sie fährt beispielsweise von A nach B, führt ein längeres Gespräch usw.). Mit dieser Regelung sollte auch nachvollziehbar sein, dass keine Observation im Sinne von Art. 43a ATSG vorliegt, wenn ein beauftragter Gutachter die versicherte Person beim Betreten der Explorations-Räumlichkeiten beobachtet.

³⁷ BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 55.

³⁸ BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 55.

2.2.1.5. Registrieren

[18] Dieses Kriterium bietet keine Schwierigkeit. Wie einleitend (Ziff. 2.2.1.1) erwähnt, kann eine Observation auch ohne Bild- oder Tonaufzeichnung oder ohne schriftlichen Observationsbericht vorliegen. Aus Beweisgründen werden in der Praxis regelmässig Bildmaterial und ein schriftlicher Observationsbericht erstellt.

2.2.2. Beweisverwertung von Ergebnissen der Vorermittlung

[19] In seltenen Fällen kommt es vor, dass während einer (i.d.R. materiellen) Vorermittlung die versicherte Person – allenfalls mehrmals – in flagranti bei einer Tätigkeit erwischt wird, die diametral den von der versicherten Person dargelegten und von den behandelnden Ärzten bestätigten Beeinträchtigungen widerspricht. In solchen Fällen muss es zulässig sein, das entsprechende Verhalten bildlich aufzuzeichnen, aber auf eine Observation gemäss den neuen Bestimmungen im ATSG bzw. in der ATSV zu verzichten und dennoch den Schadenfall ablehnen zu können. Zwei Beispiele sollen das veranschaulichen:

- Die versicherte Person macht, was auch vom zuständigen Arzt bestätigt wird, geltend, dass sie aufgrund eines Rückenleidens nur noch maximal fünf Kilogramm heben und damit ihre Tätigkeit als Bauarbeiter nicht mehr ausüben könne. Während der materiellen Vorermittlung stellt der Ermittler nachweislich fest, dass die versicherte Person an unterschiedlichen Tagen schwere Tragtaschen, Reisekoffer oder Zementsäcke ohne Hilfe vom Boden aufnimmt, eine gewisse Strecke trägt und anschliessend wieder abstellt oder gar auf einer Baustelle arbeitet.
- Die versicherte Person macht, was auch vom zuständigen Psychiater bestätigt wird, geltend, dass sie aufgrund einer schweren Depression nicht mehr arbeiten könne. Während der materiellen Vorermittlung stellt der Ermittler fest, dass die versicherte Person an unterschiedlichen Tagen dennoch einer Erwerbstätigkeit nachgeht.

[20] Bei den beiden letztgenannten Beispielen dürfte es sich gemäss der Observationsweisung des Bundesamtes für Sozialversicherungen BSV um eine bewilligungspflichtige Observation handeln. Da in den geschilderten Fällen eben gerade keine Anordnung nach Art. 43a Abs. 2 ATSG vorläge, gälte für die Ergebnisse gemäss der Observationsweisung ein Beweisverwertungsverbot.³⁹ Dies dürfte nicht dem Sinn und Zweck der neuen Bestimmungen entsprechen, da ein Beweisverwertungsverbot eben gerade *nicht* im ATSG festgehalten wurde und auch die bisherige Rechtsprechung dies – unter Berücksichtigung des Einzelfalles – nicht vorsah.⁴⁰ Vielmehr sollte die bestehende Rechtsprechung kodifiziert werden.

³⁹ Observationsweisung (Fn. 8), Rz. 3001.

⁴⁰ Vgl. zur Diskussion im Nationalrat Fn. 8 vorstehend; Vgl. zur Rechtsprechung bevor die neuen Observationsbestimmungen in Kraft traten: BGE 143 I 377 E. 5; Entscheid BGer 9C_262/2017 vom 15. November 2017 E. 3.2 ff.; Entscheid BGer 9C_385/2017 vom 21. August 2017 E. 3.2 ff.; ausführlich BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 96 ff.

2.3. Konkrete Anhaltspunkte (Art. 43a Abs. 1 lit. a ATSG)

[21] Um eine Observation im Anwendungsbereich des ATSG rechtmässig durchführen zu können, bedarf es konkreter, auf die versicherte Person zurückzuführender Anhaltspunkte. Es muss also eine objektiv begründbare Vermutung vorliegen, «die Zweifel an den geäusserten gesundheitlichen Beschwerden oder der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit aufkommen lassen»⁴¹ und damit direkt auf einen unrechtmässigen Leistungsbezug (oder den Versuch dazu) der versicherten Person schliessen lassen.⁴² Das Kriterium der konkreten Anhaltspunkte soll die objektive Gebotenheit der Observation gewährleisten. Vereinzelt wird in diesem Zusammenhang auch von Anfangsverdacht gesprochen. Der Begriff des Anfangsverdachts ist jedoch nur für die Strafverfolgungsbehörden massgebend (vgl. Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO). Der unbestimmte Rechtsbegriff «konkrete Anhaltspunkte» entstammt Art. 282 Abs. 1 lit. a StPO, worauf in den Materialien verwiesen wird.⁴³ Die Rechtsprechung des Bundesgerichts präziserte den Begriff der konkreten Anhaltspunkte im (Sozial-)Versicherungsrecht: «Solche Anhaltspunkte können beispielsweise gegeben sein bei widersprüchlichem Verhalten der versicherten Person, oder wenn Zweifel an der Redlichkeit derselben bestehen (eventuell durch Angaben und Beobachtungen Dritter), bei Inkonsistenzen anlässlich der medizinischen Untersuchung, Aggravation, Simulation oder Selbstschädigung u.Ä. [...]. Diese Elemente können einzeln oder in Kombination zureichende Hinweise liefern, die zur objektiven Gebotenheit der Observation führen.»⁴⁴

[22] In der bisherigen Gerichtspraxis legitimierten unter anderem die folgenden, konkreten Anhaltspunkte eine Observation:

- Die Gutachter stellen eine Tendenz zur Symptomausweitung und zur Selbstlimitierung fest. Zudem schilderte die versicherte Person Einschränkungen, die nicht plausibel bzw. nur teilweise objektivierbar waren.⁴⁵
- Die versicherte Person substantiiert ihre Einschränkungen nicht einmal minimal und die geltend gemachten Einschränkungen sind zudem widersprüchlich.⁴⁶
- Die behandelnden Ärzte halten die massive Verschlechterung des psychischen Zustands trotz Therapie für nicht nachvollziehbar.⁴⁷
- Die aufgrund der biomechanischen Berechnungen zu erwartenden Auswirkungen korrelieren nicht mit den geltend gemachten Beschwerden.⁴⁸
- Die versicherte Person macht auf der Homepage geltend, dass sie Skilaufe und Velotouren mache (trotz Handverletzung). Daran änderte auch der Umstand nichts, dass die Homepage

⁴¹ BGE 137 I 327 E. 5.4.2.1.

⁴² Vgl. zum Strafprozessrecht: THOMAS HANSJAKOB (Fn. 20), Art. 282, Rz. 13; NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH (Fn. 20), Art. 282, Rz. 12.

⁴³ Erläuternder Bericht ATSG (Fn. 10), S. 10; Bericht des Ständerates (Fn. 10), BBl 2017 7403, S. 7410; vgl. auch Stellungnahme des Bundesrates (Fn. 10), BBl 2017 7421, S. 7424; BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 22.

⁴⁴ BGE 137 I 327 E. 5.4.2.1.

⁴⁵ BGE 137 I 327 E. 5.4.2.2 f.

⁴⁶ BGE 136 III 410 E. 4.2.2 f. (Fall aus dem Privatrecht).

⁴⁷ Entscheid BGer 8C_634/2018 vom 30. November 2018 E. 5.2.

⁴⁸ Entscheid BGer 8C_195/2011 vom 15. Dezember 2011 E. 3.4, nicht publ. in: BGE 138 V 63, aber in: SVR 2012 IV Nr. 31 S. 124.

schon Jahre vor der Anordnung der Observation erstellt worden war. «Bei rein objektiver Betrachtung musste die Beschwerdegegnerin (wie jeder andere Leser) davon ausgehen, dass auf der Homepage ein aktueller Zustand beschrieben wird. Es kommt nicht darauf an, wann die Homepage erstellt oder der entsprechende Eintrag verfasst wurde, sondern allein darauf, ob dadurch ein objektiver Anhaltspunkt für relevante Zweifel geschaffen wurde, was vorliegend der Fall war.»⁴⁹

- «Gestützt auf die vom Versicherten auf Facebook gezeigten Fotos bestanden hinreichende Zweifel daran, dass ein schweres, zu gänzlicher Arbeitsunfähigkeit führendes depressives Leiden vorliege, welches insbesondere auch einen sozialen Rückzug erwarten liesse.»⁵⁰

[23] In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass versicherte Personen von Dritten beschuldigt werden, unrechtmässig Leistungen der Sozialversicherung zu beziehen. Ob in einem solchen Fall genügend konkrete Anhaltspunkte vorliegen, muss differenziert beantwortet werden.⁵¹

- Wird eine versicherte Person durch eine anonyme Person denunziert und sind keine weiteren Anhaltspunkte ersichtlich, liegen keine konkreten Anhaltspunkte nach Art. 43a Abs. 1 lit. a ATSG vor. Mithin liegen auch keine diffusen Hinweise vor, welche eine materielle Vorermittlung rechtfertigen würden.⁵² Möglich ist nämlich viel eher eine zu Unrecht erfolgte Beschuldigung.
- Wird eine versicherte Person durch eine namentlich bekannte Person denunziert, welche für Rückfragen zur Verfügung steht, kann damit zumindest ein diffuser Hinweis vorliegen, der eine materielle Vorermittlung rechtfertigt. Regelmässig dürften konkrete Anhaltspunkte nach Art. 43a Abs. 1 lit. a ATSG vorliegen, wenn der aktuelle Arbeitgeber seine eigene Arbeitnehmerin bzw. seinen eigenen Arbeitnehmer denunziert. In jedem Fall müssen die Beweggründe für die Denunziation ermittelt werden, um mutwillige Beschuldigungen vorzeitig erkennen zu können.⁵³

2.4. Subsidiarität (Art. 43a Abs. 1 lit. b ATSG)

[24] Der Wortlaut des Gesetzes blieb auch in diesem Punkt unklar. Mit dem Kriterium der Aussichtslosigkeit oder dem unverhältnismässigen Erschwernis soll dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Verhältnismässigkeit bei Grundrechtseingriffen bzw. der Subsidiarität der Observation (vgl. Art. 36 Abs. 3 BV⁵⁴) Nachachtung verschafft werden. Wann weitere Abklärungen im Sozialversicherungsrecht aussichtslos sind bzw. unverhältnismässig erschwert würden, muss erst noch die Gerichtspraxis weisen. Während des Gesetzgebungsverfahrens wurde einerseits auf den

⁴⁹ Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich UV.2015.00187 vom 30. September 2016 E. 3.2.1.

⁵⁰ Entscheid BGer 8C_69/2017 vom 18. August 2017 E. 5.1; Zur Zulässigkeit der Internetrecherche: BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 26.

⁵¹ Vgl. zum Ganzen: BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 27.

⁵² NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH (Fn. 20), Art. 282, Rz. 12, sprechen von «zuverlässig scheinenden Mitteilungen eines Informanten».

⁵³ Ähnlich zum Informanten NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH (Fn. 20), Art. 282, Rz. 12.

⁵⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

gleichen Wortlaut in Art. 282 Abs. 1 lit. b StPO verwiesen und andererseits von der Observation als *Ultima Ratio* gesprochen.⁵⁵ Ein Blick in die einschlägige Lehre offenbart, dass dem Kriterium der Subsidiarität in Art. 282 Abs. 1 lit. b StPO einzig aufgrund des erheblichen Aufwands einer Observation eine gewisse Einschränkung widerfährt.⁵⁶ Anders als im Strafprozess stellt die Observation im Sozialversicherungsrecht wahrscheinlich die schärfste Massnahme zur Erbringung von Beweisen dar. Ferner dürfte auch der (finanzielle) Aufwand für den Sozialversicherer in der Regel bedeutend tiefer ausfallen als bei einer Observation durch die Strafverfolgungsbehörden. Insgesamt ist es deshalb gerechtfertigt, der Subsidiarität der Observation im Anwendungsbereich des ATSG mehr Gewicht beizumessen als im Anwendungsbereich der StPO.⁵⁷

[25] Im Idealfall liegt im Anwendungsbereich des ATSG mindestens ein ärztliches Gutachten, ein Arztbericht oder ein Arztzeugnis neueren Datums vor, bei dem die Vermutung (der konkrete Anhaltspunkt) besteht, der geltend gemachte Sachverhalt/Befund könnte nicht der Realität entsprechen. Nach der durchgeführten «erfolgreichen» Observation können die Ergebnisse der Observation dem zuständigen Gutachter/Arzt zu einer (neuerlichen) Stellungnahme zugestellt werden. Hingegen sind auch Fälle denkbar, bei denen von Anfang an konkrete Anhaltspunkte auf einen unrechtmässigen Leistungsbezug vorliegen (beispielsweise Denunziation durch den Arbeitgeber oder ein Familienmitglied, Einträge auf Facebook, geöffnete Einzelarztpraxis ohne erkennbare Stellvertretungsregelung usw.). In solchen Fällen muss es zulässig sein, sogleich eine Observation durchzuführen und nicht zuerst ein (polydisziplinäres) Gutachten in Auftrag zu geben und während mehreren Monaten Leistungen auszubezahlen.⁵⁸ Auch ökonomische Interessen bilden Teil der Verhältnismässigkeitsprüfung, dürfen jedoch nicht einziges Kriterium für eine Observation bilden.⁵⁹ Bei einer richterlichen *ex post* Betrachtung zur Zulässigkeit der Observation muss insbesondere berücksichtigt werden, ob zum Zeitpunkt der Anordnung der Observation ein (weiteres) Gutachten in Anbetracht aller Umstände Sinn machte oder ob eine Observation tatsächlich subsidiär zu einem anderen Beweismittel ist.⁶⁰ Dies ist besonders in jenen Fällen zu verneinen, in denen bereits medizinische Gutachten, Arztberichte oder Arztzeugnisse aktenkundig sind und jede weitere medizinische Abklärung aufgrund des Verhaltens der versicherten Person (Aggravation, Simulation, Selbstschädigung usw.) nicht zielführend wäre. So führte denn auch das Bundesgericht bereits Folgendes aus: «Die eingesetzten Mittel der Observation [...] können als geeignet und notwendig bezeichnet werden, hat doch der Beschwerdeführer seiner Mitwirkungspflicht im Rahmen der objektiv gebotenen Abklärungen seines Gesundheitszustandes nicht genügt. Zur Möglichkeit, ein Gerichtsgutachten einzuholen, hat das Bundesgericht im zweiten Haftpflichtprozess festgehalten, wenn der Beschwerdeführer über die Arbeiten, die er noch verrichten kann, gegenüber dem Gericht unzutreffend aussagt, besteht eine erhöhte Wahr-

⁵⁵ Erläuternder Bericht ATSG (Fn. 10), S. 10; Bericht des Ständerates (Fn. 10), BBl 2017 7403, S. 7410; vgl. auch Stellungnahme des Bundesrates (Fn. 10), BBl 2017 7421, S. 7424; NR Isabelle Moret, AB 2018 S. 354; NR Silvia Schenker, AB 2018 S. 364.

⁵⁶ Vgl.: THOMAS HANSJAKOB (Fn. 20), Art. 282, Rz. 17; NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH (Fn. 20), Art. 282, Rz. 14.

⁵⁷ Vgl. die Kritik: BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 29 f.; THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Rz. 11–18; THOMAS GÄCHTER, Observationen im Sozialversicherungsrecht – Voraussetzungen und Schranken / III.–V., in: Stephan Weber (Hrsg.), HAVE Personen-Schaden-Forum 2011, Zürich/Basel/Genf, S. 179 ff., S. 199.

⁵⁸ Ähnlich BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 31.

⁵⁹ Ähnlich UELI KIESER (Fn. 34), S. 10; diesbezüglich zu einschränkend THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Rz. 15; a.M. BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 32.

⁶⁰ Vgl. Entscheid BGer 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009 E. 6.4.1, der die Subsidiarität der Observation zur Zeugenaussage verneinte.

scheinlichkeit, dass er auch gegenüber Personen, die ihn begutachten sollen, nicht der Wahrheit entsprechende Angaben macht. Dies entwertet allfällige zu seinen Gunsten lautende medizinische Gutachten betreffend das Mass der Beeinträchtigung, so dass die Vorinstanz insoweit ohne Willkür auf weitere Beweismassnahmen verzichten konnte.»⁶¹

[26] Am Rande sei bemerkt, dass die Observationsergebnisse in jedem Fall ärztlich auf ihre Kompatibilität mit den geltend gemachten Beschwerden zu überprüfen sind. Observationsmaterial für sich allein liefert lediglich Hinweise auf einen unrechtmässigen Leistungsbezug. Gewissheit liefert erst eine ärztliche Beurteilung des Observationsmaterials.⁶²

2.5. Anordnung, Direktionsfunktion (Art. 43a Abs. 2 ATSG)

[27] Gemäss Art. 43a Abs. 2 ATSG ist für die Anordnung der Observation eine Person mit Direktionsfunktion im fallbearbeitenden Bereich oder im Bereich Leistungen des Versicherungsträgers zuständig. Entgegen dem nun geltenden Gesetzestext sah der Bundesrat ursprünglich vor, dass lediglich die Geschäftsleitung des Versicherungsträgers eine Observation anordnen kann.⁶³ Während des Gesetzgebungsverfahrens wurde nicht gänzlich geklärt, was der Gesetzgeber mit der Bezeichnung «Person mit Direktionsfunktion» meinte und wie dies prozessual überprüft werden soll.⁶⁴ In den Gesetzesmaterialien lassen sich betreffend «Person mit Direktionsfunktion» dennoch einige Hinweise finden:

[28] Im Ständerat wurde unter anderem vertreten, «dass eine solche Anordnung nicht auf Sachbearbeiterstufe oder subaltern erfolgen kann.»⁶⁵ Gestützt darauf wurde die Bezeichnung «Person mit Direktionsfunktion» gewählt.⁶⁶ Wert wurde auf den Umstand gelegt, dass nicht der Sachbearbeiter eine Observation anordnet, weil dieser möglicherweise nicht rein objektiv entscheiden könnte.⁶⁷ Demgegenüber wurde auch die Auffassung vertreten, dass die Anordnung der Observation durch eine Person in Direktionsfunktion nicht zwingend mit einer besseren Beurteilung des Falles korreliert. Deshalb wurde es als ausreichend erachtet, wenn für die Anordnung der Observation eine im fallbearbeitenden Bereich oder im Bereich Leistungen des Versicherungsträgers verantwortliche Person zuständig ist.⁶⁸

⁶¹ BGE 136 III 410 E. 4.4 (Fall aus dem Privatrecht); ähnlich auch BGE 137 I 327 E. 5.4.2.3.

⁶² BGE 140 V 70 E. 6.2.2; BGE 137 I 327 E. 7; Entscheid BGer 8C_192/2013 vom 16. August 2013 E. 3.1; Entscheid BGer 9C_891/2010 31. Dezember 2010 E. 5.2.

⁶³ Stellungnahme des Bundesrates (Fn. 10), BBl 2017 7421, S. 7427; Vgl. zur Entstehungsgeschichte THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Rz. 5 ff und Rz. 41 ff.

⁶⁴ Meiner Meinung nach hat die Anordnung der Observation schriftlich (d.h. darstellbar in Textform) zu erfolgen. Die Anordnung muss die Titel (u.a. juristische Aus- und Weiterbildungen sowie Fach-/Funktionsbezeichnungen des Sozialversicherers) der anordnenden Person aufweisen. Erst wenn Titel durch die versicherte Person glaubhaft bestritten werden, wären durch den Sozialversicherer weitere Beweise zu erbringen. Zu denken ist beispielsweise an eine Bestätigung eines obersten Führungskaders (häufig ein Geschäftsleitungsmitglied) oder – aufgrund des Geheimhaltungsinteresses des Sozialversicherers – ein weitgehend eingeschwärztes Organigramm oder ein weitgehend eingeschwärzter Arbeitsvertrag.

⁶⁵ SR Konrad Graber, AB 2017 S. 1010; vgl. auch NR Isabelle Moret, AB 2018 S. 501.

⁶⁶ SR Konrad Graber, AB 2017 S. 1010; so auch SR Pirmin Bischof, AB 2018 S. 236 f. und NR Isabelle Moret, AB 2018 S. 501.

⁶⁷ NR Rebecca Ana Ruiz, AB 2018 S. 365; vgl. auch Bundesrat Alain Berset anlässlich der Debatte im Nationalrat, AB 2018 S. 368.

⁶⁸ NR Lorenz Hess, AB 2018 S. 370, mit Verweis auf die Mehrheit der Kommission; zum veränderten Standpunkt NR Lorenz Hess, AB 2018 S. 501.

[29] Die Bezeichnung «Sachbearbeiter» ist insoweit verständlich, dass damit die direkt mit der Fallbearbeitung betraute/n Person/en nicht zur Anordnung legitimiert sind. Was mit der Bezeichnung «subaltern» gemeint ist, bleibt im Dunkeln. Möglich ist, dass der Begriff «subaltern» aus dem militärischen abgeleitet wurde. In der Schweizer Armee handelt es sich bei Offizieren der Grade Leutnant und Oberleutnant um subalterne Offiziere, also Offiziere, die der Mannschaft am nächsten stehen (vgl. Art. 30 Abs. 1 DRA⁶⁹). Das Online-Wörterbuch Duden definiert subaltern mit «nur einen untergeordneten Rang einnehmend, nur beschränkte Entscheidungsbefugnisse habend».⁷⁰ Übertragen auf den zivilen bzw. sozialversicherungsrechtlichen Bereich könnte dies bedeuten, dass Leiter eines einzigen Teams des Sozialversicherers nicht zur Anordnung der Observation legitimiert wären.

[30] Möglicherweise bringt ein Blick ins Schweizer Privatrecht eine Klärung, obwohl die privatrechtlichen Bestimmungen nicht direkt auf das Sozialversicherungsrecht anwendbar sind. So sind beispielsweise Schweizer Versicherungen, die dem VAG⁷¹ unterliegen, zwingend als Aktiengesellschaft oder als Genossenschaft zu konstituieren (Art. 7 VAG). Die Handelsregisterverordnung⁷² sieht weder für die Aktiengesellschaft noch für die Genossenschaft die Pflicht vor, Personen mit Direktionsfunktion im Handelsregister einzutragen. Bei diesen beiden Rechtsformen sind einzig die Mitglieder des Verwaltungsrates respektive die Mitglieder der Verwaltung und die zur Vertretung berechtigten Personen im Handelsregister einzutragen (vgl. Art. 45 Abs. 1 lit. n und lit. o sowie Art. 87 Abs. 1 lit. k und lit. l HRegV). Aus dem Handelsregister geht demnach nicht zwingend hervor, ob eine Person eine Funktion als Direktor bekleidet und damit die Gesellschaft nach aussen vertreten darf (vgl. Art. 718 Abs. 2 oder Art. 898 Abs. 1 OR⁷³).

[31] THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER äussern sich kritisch zur Anordnung der Observation durch eine Person mit Direktionsfunktion des Sozialversicherers, da der Wortlaut des ATSG betreffend Observationsraum einen Interpretationsspielraum offen lasse.⁷⁴ Diese Kritik dürfte durch Art. 7h ATSV zum Ort der Observation ein Stück weit entschärft worden sein.⁷⁵

[32] Während des Gesetzgebungsverfahrens und in den Gesetzesmaterialien pendelte die Kompetenz für die Anordnung der Observation zwischen a) keiner gesetzlichen Regelung, b) dem Sachbearbeiter, c) der Person mit Direktionsfunktion und d) der Geschäftsleitung.⁷⁶ Gesamthaft ist der Wille erkennbar, dass die Anordnungsinstanz beim Sozialversicherer über eine gewisse Führungsverantwortung verfügen und eine gewisse Anordnungsqualität gewährleisten muss.⁷⁷

[33] Vor diesem Hintergrund ist meiner Meinung nach Art. 43a Abs. 2 ATSG wie folgt auszulegen:

⁶⁹ Dienstreglement der Armee (DRA) vom 22. Juni 1994, SR 510.107.0.

⁷⁰ Vgl. auch die Definition im Online-Wörterbuch Duden, abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/subaltern> (zuletzt besucht am 1. Februar 2020).

⁷¹ Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) vom 17. Dezember 2004, SR 961.01.

⁷² Handelsregisterverordnung (HRegV) vom 17. Oktober 2007, SR 221.411.

⁷³ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220.

⁷⁴ THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Rz. 41 ff.

⁷⁵ Vgl. BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 44 ff.

⁷⁶ Vgl. zur Entstehungsgeschichte THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Rz. 5 ff. und Rz. 41 ff.

⁷⁷ Vgl. dazu die Voten im Bericht des Ständerates (Fn. 10), BBl 2017 7403, S. 7407 und S. 7409.

[34] Der Begriff «Person mit Direktionsfunktion» ist nicht wörtlich zu verstehen. In jedem Fall sind damit alle Personen bei einem Sozialversicherer gemeint, die eine Kaderfunktion⁷⁸ ausüben und bei privatrechtlich organisierten Sozialversicherern im Handelsregister – unabhängig von der Funktionsbezeichnung – mit einer gewissen Zeichnungsberechtigung eingetragen sind. Dies kann je nach Organisationsstruktur auch Fachspezialisten beinhalten, welche zwar Mitglieder des Kadern sind, jedoch keine formelle Führungsfunktion (im Sinne einer Teamleitung) bekleiden. Mit dem Eintrag im Handelsregister und der Kaderfunktion überlässt nämlich der privatrechtlich organisierte Sozialversicherer dem jeweiligen Mitarbeiter bedeutende Befugnisse.⁷⁹ Nicht massgebend ist, wenn die im Handelsregister eingetragene Person «lediglich» über eine Berechtigung zur Kollektivunterschrift verfügt (was bei privatrechtlich konstituierten Sozialversicherern bis zu den obersten Führungskadern – soweit ersichtlich – üblich ist). Aus dem Wortlaut von Art. 43a Abs. 2 ATSG geht diesbezüglich hervor, dass «eine» (das heisst eine einzige) Person mit Direktionsfunktion für die Anordnung der Observation zuständig ist.

[35] Sofern eine Person *nicht* im Handelsregister eingetragen ist, ist die Organisationsstruktur des Sozialversicherers massgebend.⁸⁰ Aufgrund der Voten im National- und Ständerat könnte darauf geschlossen werden, dass Leiter eines einzigen Teams («Zugführer») nicht für die Anordnung einer Observation legitimiert wären.⁸¹ Hingegen wären Abteilungsleiter (Leiter von verschiedenen Teams, «Kompaniekommandant») zur Anordnung legitimiert. Diese Auffassung ist zu einschränkend, zumal in einer Unternehmung nicht jeder Leiter eines einzigen Teams dem anderen gleichgestellt ist. So gibt es Teamleiter, welche ein Spezialistenteam leiten, was regelmässig bei Teamleitern im Bereich Bekämpfung Versicherungsmissbrauch (BVM) der Fall sein dürfte. Demgegenüber gibt es auch «einfache» Teamleiter, welche Teams von «einfachen» Lehrabgängern leiten. Hier gibt es bedeutende Unterschiede, welche sich für die jeweiligen Teamleiter mitunter betreffend Kompetenzen und Vergütung niederschlagen. Um eine objektive, aber dennoch fundierte Fallabklärung gewährleisten zu können, müssen auch Teamleiter eines einzigen Spezialistenteams (insbesondere Leiter eines Teams zur Bekämpfung von Versicherungsmissbrauch [BVM]) zur Anordnung der Observation legitimiert sein. Diese Teamleiter verfügen aufgrund ihrer täglichen Arbeit über die notwendige Fachkenntnis und Erfahrung in der Beurteilung von Observationsfällen (insbesondere Prüfung der notwendigen Voraussetzungen), sind jedoch nicht direkt mit der Fallbearbeitung betraut.⁸² Eine andere Ansicht würde das Risiko nach sich ziehen, dass möglicherweise Personen eine Observation anordnen, welche im Tagesgeschäft nie mit Missbrauchsfällen in Kontakt kommen. Es fände somit keine fundierte Prüfung der Voraussetzungen für eine Observation statt, was der Gesetzgeber vermeiden wollte.

[36] Zu weit gingen die Anforderungen an die Person mit Direktionsfunktion, wenn für diese zwingend ein juristisches Studium gefordert würde.⁸³ Die relevanten juristischen Kenntnisse

⁷⁸ Vgl.: BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 33 f.; UELI KIESER (Fn. 34), S. 13; CATHERINE WALDENMEYER/PAUL KÜHNE/HUBERT BÄR, Observation als Freibrief für Detektive?, in: HAVE 2018 S. 212, S. 213.

⁷⁹ Vgl. BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 33, welche betreffend Anordnung der Observation nicht in die Führungsstruktur der Sozialversicherer eingreifen wollen.

⁸⁰ So auch BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 33.

⁸¹ Dies im Wissen darum, dass ein Zug noch weiter in Gruppen und Trupps unterteilt werden kann (vgl. Art. 18 Abs. 2 DRA).

⁸² Vgl. auch BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 33 f.

⁸³ So zu verstehen aber THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Rz. 44 und Rz. 48.

können auch anderweitig erworben werden. Zudem lassen sich diesbezüglich weder im Gesetz, in der Verordnung noch in den Gesetzesmaterialien Hinweise finden.

[37] Gemäss Art. 43a Abs. 2 ATSG muss die Person mit Direktionsfunktion im fallbearbeitenden Bereich oder im Bereich Leistungen des Sozialversicherer tätig sein. Aufgrund dieser Umschreibung muss die zuständige Person beim Sozialversicherer entweder in einer für die Bekämpfung des Versicherungsmissbrauchs verantwortlichen Abteilung oder – ganz allgemein – im Bereich Schaden (auch Claims genannt) bzw. in einer Abteilung für die Ausrichtung von Versicherungsleistungen tätig sein.

[38] Der Begriff Anordnung könnte missverstanden werden. Mit der Anordnung ist nicht die Beauftragung des externen Observanten oder gar eine Art Verfügung gemeint.⁸⁴ Vielmehr wird beim Sozialversicherer intern grünes Licht für die Durchführung der Observation gegeben (also eher eine Genehmigung als eine Anordnung). In der Praxis stellt regelmässig der zuständige Ermittler/Sachbearbeiter ein Gesuch bei seiner vorgesetzten Person (bzw. bei der für die Genehmigung zuständigen Person), welche alsdann – nach eingehender Prüfung – die Durchführung der Observation genehmigt.⁸⁵ Anschliessend wird der externe Observant durch die dafür zuständige Stelle beauftragt,⁸⁶ was ein rein privatrechtlicher Vertrag darstellt. Ein solches Vorgehen muss dem Begriff Anordnung genügen, zumal während einer Observation der regelmässige Austausch zwischen dem Observanten und dem Sozialversicherer generell durch den zuständigen Sachbearbeiter bei der Sozialversicherung gewährleistet wird. Für den operativen Observationsalltag wird die anordnende Instanz häufig zu wenig mit dem konkreten Fall vertraut sein. Zu beachten ist ferner, dass die Anordnung bzw. Genehmigung aktenkundig gemacht werden muss (vgl. Art. 46 ATSG).

[39] Obwohl nicht kodifiziert, muss – je nach Konstellation – auch eine Stellvertretung zulässig sein. Unzulässig wäre eine Stellvertretung durch den fallbearbeitenden Sachbearbeiter. Die Stellvertretung muss eine objektive Beurteilung des Falles gewährleisten können.⁸⁷ Da die Stellvertretung im Namen und im Auftrag der Person mit Direktionsfunktion handelt, muss sie nicht mehr zwingend eine Kaderfunktion bekleiden. Generell kann die Frage der zulässigen Stellvertretung freilich nicht beantwortet werden.

[40] UELI KIESER vertritt in Analogie zu Art. 43b Abs. 1 lit. e ATSG die Ansicht, dass die zur Anordnung der Observation zuständige Person mit der Anordnung die Zeitdauer (Beginn und Ende der Observation sowie der Frist, innerhalb deren die Observation durchzuführen ist) der Observation festhalten müsse.⁸⁸ Aufgrund der Gesetzesmaterialien lässt sich diese Analogie nicht stützen, da sie während des Gesetzgebungsverfahrens nicht thematisiert und die Dauer der Observation in Art. 43a Abs. 5 ATSG abschliessend geregelt wurde. Des Weiteren ist die Analogie

⁸⁴ Vgl. BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 34; UELI KIESER (Fn. 34), S. 13.

⁸⁵ Vgl. BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 34; UELI KIESER (Fn. 34), S. 13.

⁸⁶ Ähnlich bei den Strafverfolgungsbehörden: Während dem Untersuchungsverfahren der Staatsanwaltschaft stellt die Polizei fest, dass die Zielperson observiert werden sollte. Sie stellt dem zuständigen Staatsanwalt den Antrag, welcher die Observation alsdann verfügt/anordnet (vgl. THOMAS HANSJAKOB [Fn. 20], Art. 282, Rz. 27 f.). Von daher rührt wohl auch der Begriff Anordnung. Auch während des polizeilichen Ermittlungsverfahrens wird die Observation nicht durch den Polizeioffizier angeordnet (dieser hat regelmässig keine vertiefte Fallkenntnis), sondern auf Gesuch des zuständigen Detektivs genehmigt.

⁸⁷ Vgl. BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 33 f., welche nicht in die Organisationsstruktur des Sozialversicherers eingreifen wollen.

⁸⁸ UELI KIESER (Fn. 34), S. 13; BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 34 sprechen diesbezüglich lediglich von sinngemässer Orientierung an Art. 43b Abs. 1 ATSG.

zu Art. 43b Abs. 1 lit. e ATSG zu einschränkend und führt zu «schwierigen» Abgrenzungsfragen, falls der genannte Autor mit der Zeitdauer effektiv den Beginn und das Ende sowie die Frist der Observation meint, da eine Observation erst beginnt, wenn die versicherte Person tatsächlich beobachtet werden kann (vgl. Ziff. 2.2.1.4 vorstehend). Zudem erfolgt eine Observation in der Regel aufgrund der von der zu observierenden Person «aufgezwungenen» Umstände äusserst dynamisch. Die Einsatzzeiten müssen deshalb kurzfristig an die äusseren Umstände angepasst werden können.⁸⁹ Im Gegensatz zum Einsatz von technischen Instrumenten zur Standortbestimmung (Art. 43b ATSG; GPS-Tracker kann ohne Anwesenheit der versicherten Person angebracht werden), kann eine Observation nach Art. 43a ATSG nur durchgeführt werden, wenn die versicherte Person tatsächlich beobachtet werden kann. Wenn überhaupt eine Regelung über die Zeitdauer notwendig sein sollte, muss es deshalb zulässig sein, wenn – bei der Vergabe an einen externen Observanten – lediglich ein Kostendach festgehalten wird, wobei dieses Kostendach je nach Verlauf der Observation auch erhöht werden kann. Ein Kostendach schränkt die Dauer der Observation aufgrund der Stundenansätze ebenfalls ein, lässt aber Beginn und Ende offen. Wird die Observation durch versicherungsinterne Spezialisten durchgeführt, können beispielsweise die Anzahl Observationsstunden festgehalten werden, wobei auch diese im Verlauf der Observation erhöht werden können. In beiden Fällen beginnt die Observation erst, wenn die versicherte Person tatsächlich beobachtet wird, und nicht mit der Anordnung oder einem willkürlich in der Anordnung festgehaltenen Datum.

3. Dauer der Observation (Art. 43a Abs. 5 ATSG)

[41] Eine Observation darf 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 (Art. 43a Abs. 5 ATSG). Bei dieser Bestimmung könnten die Anzahl Observationstage und die hinreichenden Gründe für Diskussionen sorgen. Die 30 zur Verfügung stehenden Tage dürfen nicht auf ein Stundenkontingent hochgerechnet werden (somit unzulässig wäre folgende Rechnung: $30 \times 24\text{h} = 720\text{h}$).⁹⁰

[42] Wie bei der Definition der Observation (vgl. Ziff. 2.2.1.4 vorstehend) bereits erwähnt, zählen zu den einzelnen Observationstagen lediglich jene Tage, an denen die versicherte Person tatsächlich überwacht werden konnte. Verbringt der Observant Tage damit, eine versicherte Person anzutreffen, werden diese «toten Tage» nicht von den 30 zur Verfügung stehenden Observationstagen subtrahiert (obwohl der externe Observant diese «toten Tage» bzw. die «tote Zeit» logischerweise verrechnet). Im Gegensatz zur Observationsweisung des Bundesamts für Sozialversicherungen BSV blieb diesbezüglich der erläuternde Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens des Bundesamtes für Sozialversicherungen vom 22. Februar 2017 unklar.⁹¹ Gemäss dem erläuternden Bericht kann sich eine «Observation [...] über höchstens 20 aufeinanderfolgende oder einzelne Kalendertage erstrecken. Es spielt keine Rolle, wie lange die Observation pro Tag erfolgt.»⁹² Wird also die versicherte Person effektiv observiert (auch nur eine einzige Se-

⁸⁹ Vgl. NR Bruno Pezzatti, AB 2018 S. 359.

⁹⁰ BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 55.

⁹¹ Vgl. Observationsweisung (Fn. 8), Rz. 2004, zu Erläuternder Bericht ATSG (Fn. 10), S. 10.

⁹² Erläuternder Bericht ATSG (Fn. 10), S. 10; vgl. auch Bericht des Ständerates (Fn. 10), BBl 2017 7403, S. 7411.

kunde), wird dieser Tag zu den Observationstagen addiert. Hingegen schlägt sich ein Versuch (die versicherte Person konnte nicht angetroffen werden), nicht auf die Anzahl Observationstage nieder. Mithin findet dann nämlich auch gar keine Verletzung der Persönlichkeit/Privatsphäre statt. Dasselbe gilt für die Berechnung der Frist von sechs Monaten. Diese beginnt erst mit der effektiven Observationstätigkeit zu laufen und nicht mit dem Tag der Anordnung.⁹³ Kann also eine versicherte Person erst sieben Monate nach der Anordnung der Observation und dem ersten Versuch effektiv beobachtet werden, sind weder die 30 Observationstage aufgebraucht noch die sechs Monate abgelaufen. Je nach Grund für die lange Abwesenheit der versicherten Person (z.B. Aufenthalt in psychiatrischer Klinik) kann sich eine erneute Prüfung der Observationsvoraussetzungen aufdrängen (allenfalls muss gar ein neuer Antrag gestellt werden), um die Gefahr falscher Schlussfolgerungen zu minimieren.

[43] Demgegenüber knüpft das Bundesamt für Sozialversicherungen BSV in der Observationsweisung an die Observationshandlung an. Unabhängig davon, ob effektiv observiert wird, soll jede Observationshandlung zur Anzahl verfügbarer Observationstage hinzugezählt werden.⁹⁴ Wie bereits beschrieben (vgl. Ziff. 2.2.1.4 vorstehend), stellt sich bei dieser Ausgangslage für jede einzelne Handlung die Frage, ob es sich um eine Observationshandlung handelt oder nicht. Extrem schwierig wird die Abgrenzung bei Handlungen, welche je nach Konstellation eine Observationshandlung darstellen können oder nicht. Dies führt zu grosser Rechtsunsicherheit, was mit den neuen Bestimmungen eigentlich hätte verhindert werden müssen. Auch die von THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER vertretene Ansicht, wonach bei der verdeckten Überwachung des Wohn- und Arbeitsortes auch ohne effektive Beobachtung der Zielperson eine bewilligungspflichtige Observation vorliegt, führt zu Rechtsunsicherheiten (vgl. Ziff. 2.2.1.4 vorstehend). Unklar ist bei den zuletzt genannten Autoren, in welcher örtlichen Nähe sich der Observant zum Wohn- bzw. Arbeitsort der Zielperson befinden muss.

[44] Sofern gänzlich neue Anhaltspunkte nach Art. 43a Abs. 1 lit. a ATSG vorliegen,⁹⁵ kann ein neuer Antrag auf eine Observation gestellt werden. Wird dieser neue Antrag genehmigt, stehen wiederum 30 Observationstage innert sechs Monaten zur Verfügung.⁹⁶

[45] Obwohl nur die effektiven Observationstage von den 30 zur Verfügung stehenden Tagen subtrahiert werden, ist die «tote» Observationszeit im Observationsbericht auch zwecks Prüfung der Verhältnismässigkeit auszuweisen. Eine Observation muss belastende und nicht belastende Tätigkeiten der versicherten Person festhalten. Auch Nicht-Feststellungen können Teil der Beweiswürdigung bilden. Betreffend Observationszeit muss demnach ein Observationsbericht zweierlei ausweisen: Die effektive Observationszeit (Teil der 30 zur Verfügung stehenden Tage), während der die versicherte Person tatsächlich beobachtet wurde, und die Einsatzzeit. Die Einsatzzeit muss weiter unterteilt werden (beispielsweise in Reisezeit und Warten auf versicherte Person usw.).

[46] Um hinreichende Gründe zur Verlängerung der Observation um weitere sechs Monate dürfte es sich handeln, wenn die versicherte Person während einer Observation für längere Zeit nicht

⁹³ Vgl. zum Ganzen: THOMAS HANSJAKOB (Fn. 20), Art. 282, Rz. 21; NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH (Fn. 20), Art. 282, Rz. 16.

⁹⁴ Observationsweisung (Fn. 8), Rz. 2004; Anders bei der Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, als das Kriterium «Observation» durch das Bundesamt für Sozialversicherungen BSV genannt wurde (vgl. Erläuternder Bericht ATSG (Fn. 10), S. 10.

⁹⁵ Praktikabel erscheint mir eine Regelung analog dem Novenrecht in Art. 229 ZPO oder Art. 66 VwVG.

⁹⁶ Vgl. Erläuternder Bericht ATSG (Fn. 10), S. 10 f.: «Observationstage [...] pro Observationsauftrag»; BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 63 f.

greifbar ist, weil sie beispielsweise in der Psychiatrie, im Spital, im Gefängnis oder im Ausland ist. Die Hürde der hinreichenden Gründe sollte nicht allzu hoch angesetzt werden. Die vom Sozialversicherer dargelegten Gründe müssen objektiv nachvollziehbar sein und dürfen nicht auf ein Versäumen des Sozialversicherers zurückzuführen sein.⁹⁷ Allenfalls müssen alle Voraussetzungen für die Observation erneut geprüft und ein neuer Antrag gestellt werden (vgl. dazu das weiter oben Ausgeführte).

4. Ort der Observation (Art. 43a Abs. 4 ATSG i.V.m. Art. 7h ATSV)

4.1. Im Allgemeinen

[47] Nach Art. 43a Abs. 4 ATSG darf die versicherte Person nur observiert werden, wenn sie sich an einem allgemein zugänglichen Ort befindet (lit. a) oder an einem Ort befindet, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist (lit. b). Insbesondere letztere Bestimmung (Art. 43a Abs. 4 lit. b ATSG) führte zu Kontroversen,⁹⁸ weil sich der Gesetzgeber in den Materialien weitgehend mit dem Verweis auf die bislang geltende Rechtsprechung begnügte.⁹⁹ Erst das Bundesamt für Sozialversicherungen BSV nahm einige Präzisierungen vor.¹⁰⁰ Um den in Art. 43a Abs. 4 ATSG enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffen eine Kontur zu geben, wurde der zulässige Observationsraum in Art. 7h ATSV explizit festgehalten. Ob diese Regelung auf Verordnungsstufe rechtstaatlichen Grundsätzen genügt, wird – wie bereits einleitend erwähnt – in diesem Beitrag nicht behandelt.

4.2. Allgemein zugänglicher Ort

[48] Als allgemein zugänglicher Ort gilt öffentlicher oder privater Grund und Boden, bei dem in der Regel geduldet wird, dass die Allgemeinheit ihn betritt (Art. 7h Abs. 1 ATSV). Die Observation muss sich also auf Tatsachen beschränken, die sich an einem allgemein zugänglichen Ort zutragen und faktisch von jedermann wahrgenommen werden können. Aussagekräftiger ist die von UELI KIESER verwendete Umschreibung. Dieser spricht von der Zugänglichkeit für die breite Öffentlichkeit.¹⁰¹ Unter dem Begriff «allgemein zugänglicher Ort» sind – gemäss der Rechtsprechung – Örtlichkeiten gemeint, bei denen die versicherte Person auf einen Schutz der Privatheit verzichtet und in diesem Umfang ihre Privatsphäre der Öffentlichkeit aussetzt.¹⁰² In wessen

⁹⁷ So auch BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 60 ff.

⁹⁸ Vgl. als Übersicht: BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 44 ff.; THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Rz. 29 ff.

⁹⁹ Erläuternder Bericht ATSG (Fn. 10), S. 10; Bericht des Ständerates (Fn. 10), BBl 2017 7403, S. 7410 f; Stellungnahme des Bundesrates (Fn. 10), BBl 2017 7421, S. 7425: Alle mit Verweis auf BGE 137 I 327 und/oder Entscheid BGer 8C_829/2011 vom 9. März 2012.

¹⁰⁰ Bundesamt für Sozialversicherungen BSV, Hintergrunddokument, Der Schutz der Privatsphäre im Rahmen von Observationen, vom 9. Oktober 2018, S. 2; Bundesamt für Sozialversicherungen BSV, Fragen und Antworten, Fakten und Hintergründe zu den Observationsartikeln im ATSG, vom 7. November 2018, S. 4–6; Bundesamt für Sozialversicherungen BSV, Hintergrunddokument, Die Observationsartikel im Detail, vom 7. November 2018, S. 2; Vgl. auch Abstimmungserläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 25. November 2018, S. 29.

¹⁰¹ UELI KIESER (Fn. 34), S. 14 f.; so auch BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 40 f.

¹⁰² BGE 137 I 327 E. 6.1; Entscheid BGer 8C_837/2018 vom 15. Mai 2019 E. 5.1; Entscheid BGer 9C_218/2018 vom 22. Juni 2018 E. 4.2.3 mit Hinweisen.

Eigentum sich der allgemein zugängliche Ort befindet, ist unerheblich. Bei einem sich in Privateigentum befindlichen allgemein zugänglichen Ort wird der Zutritt von fremden Personen regelmässig geduldet oder ist sogar erwünscht.¹⁰³ Gemäss der langjährigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zählen unter anderem folgende Örtlichkeiten zu den allgemein zugänglichen Orten (das Bundesgericht spricht vom öffentlichen Raum), unabhängig davon, ob Eintritt bezahlt werden muss oder nicht: Strassen, Plätze, Bahnhöfe, Flughäfen, öffentliche Verkehrsmittel, Parkgaragen, Kulturhäuser (Theater, Kinos, Konzerthallen), Vereinslokale,¹⁰⁴ Sportplätze, Fitnesscenter,¹⁰⁵ Sport- und Tenniscenter,¹⁰⁶ Stadien, Einkaufszentren,¹⁰⁷ Warenhäuser, Restaurants, «Bedienen Bankomat»,¹⁰⁸ Facebook¹⁰⁹ etc.¹¹⁰ Aufgrund dieser Rechtsprechung sollte eine Observation auch in einem der breiten Öffentlichkeit zugänglichen Dienstleistungsbetrieb (z.B. Coiffeur-Salon) zulässig sein, sofern in besagtem Betrieb Laufkundschaft erwünscht und dieser nicht in den für das Wohnen dienenden Räumen integriert ist (z.B. «privater» Coiffeur-Salon). Wohl nicht mehr der breiten Öffentlichkeit zugänglich sind Örtlichkeiten, bei denen der Zutritt nur einem beschränkten Personenkreis offen steht oder «regelmässig eine Eingangskontrolle vorgenommen wird und es dem Betrieb zusteht, den Eingang ohne Begründung bzw. aus weit gefassten Gründen (z.B. unzureichende Kleidung [salopp: häufig Gesichtskontrolle]) zu verweigern»¹¹¹. Heikel dürften diesbezüglich folgende Örtlichkeiten sein:¹¹²

- Sex-Etablissements: Soweit die versicherte Person in einem solchen Etablissement Dienstleistungen in Anspruch nimmt oder in Anspruch zu nehmen gedenkt, betrifft dies die geschützte Privat-/Intimsphäre der versicherten Person. Eine Observation ist also unzulässig, auch wenn sich die versicherte Person noch an einem allgemein zugänglichen Ort («Kontaktbar» usw.) aufhält.
- Hörsäle von Universitäten/Hochschulen: Allerdings müsste eine Observation in allgemein zugänglichen Bereichen wie der Mensa zulässig sein;
- Religiöse Versammlungslokale (vgl. aber betreffend öffentlich zugänglicher Veranstaltung in einem Vereinslokal: Entscheid BGer 8C_192/2017 vom 25. August 2017 E. 5.4.3.2.);
- (politische) Parteiveranstaltung (Parteizugehörigkeit);
- Gemeindeversammlung (Bürgerrecht);

¹⁰³ Vgl. Änderung der Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV): Ausführungsbestimmungen zur Überwachung von Versicherten (Art. 43a und 43b ATSG), Erläuternder Bericht (nach der Vernehmlassung, [nachfolgend Erläuternder Bericht ATSV genannt]), S. 7 f.

¹⁰⁴ Entscheid BGer 8C_192/2017 vom 25. August 2017 E. 5.4.3.2.

¹⁰⁵ Entscheid BGer 8C_837/2018 vom 15. Mai 2019 E. 7.3 mit Verweis auf E. 5.1; ANDREAS TRAUB (Fn. 12), S. 207.

¹⁰⁶ Entscheid BGer 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009 E. 6.4.1.

¹⁰⁷ Entscheid BGer 8C_810/2018 vom 16. April 2019 E. 5.1.1.

¹⁰⁸ Entscheid BGer 8C_810/2018 vom 16. April 2019 E. 5.2; Entscheid BGer 8C_69/2017 vom 18. August 2017 E. 5.3 f.

¹⁰⁹ Entscheid BGer 8C_192/2017 vom 25. August 2017 E. 5.4.3.2.

¹¹⁰ Vgl. zum Ganzen: Entscheid BGer 8C_837/2018 vom 15. Mai 2019 E. 5.1; so bereits schon BGE 135 I 169 E. 4.3.

¹¹¹ UELI KIESER (Fn. 34), S. 15.

¹¹² Aufzählung weitgehend nach UELI KIESER (Fn. 34), S. 14 f.

- Hotelgästen vorbehaltene Stockwerke mit Hotelzimmern, Fitness- und Erholungsräumen.¹¹³

[49] Vorsicht ist geboten, wenn der (Privat-)Eigentümer seinen Willen kundtut und das Filmen bzw. Fotografieren an einem allgemein zugänglichen Ort untersagt.¹¹⁴ So untersagt beispielsweise die Stadt Zürich in ihren Badeanlagen die Verwendung von Bild- und Tonaufzeichnungsgeräten.¹¹⁵ Bekannt sind ähnliche Regelungen bei Baucentern. Weiter gibt es Einkaufszenter/Einkaufsläden, welche vorschreiben, dass auf den jeweiligen Kundenparkplätzen nur zum Einkauf parkiert werden darf. Wird bei einem solchen Einkaufszenter/Einkaufsladen auf einem Kundenparkplatz parkiert und anschliessend eine Observation durchgeführt, kann diese nicht ohne Weiteres für unrechtmässig erklärt werden, da oftmals der Observant eine Kleinigkeit einkaufen wird, um nicht enttarnt zu werden. Damit jedoch bei einem allgemein zugänglichen Ort, bei dem mithin der Zutritt durch fremde Personen explizit erwünscht ist, ein Verbot von Bild- und Tonaufzeichnungen oder allgemein von Observationen wirksam wird, muss diese Willensäusserung klar und deutlich im Eingangsbereich dieser Örtlichkeit ersichtlich sein oder – beim Abschluss eines Abonnements – als allgemeine Bedingungen Bestandteil des Vertrages bilden. Versteckte Verbote, die von einer Durchschnittsperson nicht zur Kenntnis genommen werden, reichen nicht aus.

4.3. Von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar

[50] Der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbare Ort wird in der ATSV negativ umschrieben. Ein Ort gilt 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 (Art. 7h Abs. 2 lit. a ATSV); unmittelbar zu einem Haus gehörende umfriedete Plätze, Höfe und Gärten, die üblicherweise Blicken von aussen entzogen sind (Art. 7h Abs. 2 lit. b ATSV). Sofort erkennbar ist bei dieser Bestimmung, dass die geschützte Privatsphäre der versicherten Person nicht abschliessend geregelt wurde («insbesondere»).

[51] Aufgrund der bisherigen Rechtsprechung ist die Observation in den bzw. im Innenbereich eines Wohnhauses tabu (Art. 7h Abs. 2 lit. a ATSV).¹¹⁶ Dies gilt auch dann, wenn ein Fenster offen bzw. nicht von einem Vorhang verdeckt ist oder ein Garagentor zeitweise offen steht.¹¹⁷ Von einem allgemein zugänglichen Ort bzw. von einem für die breite Öffentlichkeit zugänglichen Ort aus darf die versicherte Person observiert werden, wenn dieser Ort frei einsehbar ist resp. üblicherweise Blicken von aussen nicht entzogen ist. Solche Orte bilden nicht Teil der geschützten

¹¹³ BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 43. Betreffend Fitness- und Erholungsräumen muss m.M. nach unterschieden werden, ob diese nur Hotelgästen zur Verfügung stehen oder auch bezahlenden Drittpersonen.

¹¹⁴ Vgl. Entscheid BGer 8C_837/2018 vom 15. Mai 2019 E. 5.2 und Entscheid BGer 8C_810/2018 vom 16. April 2019 E. 5.1.1.

¹¹⁵ Badeordnung der öffentlichen Badeanlagen der Stadt Zürich, Sportamt der Stadt Zürich, vom Dezember 2010, abrufbar unter https://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/ssd/Deutsch/Sport/Publikationen%20und%20Broschueren/01_Schwimmen/Badeordnung_2011.pdf (zuletzt besucht am 1. Februar 2020).

¹¹⁶ Entscheid BGer 8C_837/2018 vom 15. Mai 2019 E. 5.1 mit Verweis auf Entscheid BGer 8C_829/2011 vom 9. März 2012 E. 8.4 mit Verweis auf BGE 137 I 327 E. 5.5 f.; vgl. auch BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 46 f.

¹¹⁷ Erläuternder Bericht ATSV (Fn. 107), S. 8; BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 46.

Privatsphäre der versicherten Person. Mithin werden keine physischen, psychologischen oder – nach unseren Sitten und Gebräuchen – rechtlich-moralischen Schranken überwunden. Überwinden bedeutet, dass ein Hindernis mit einer gewissen Anstrengung bewältigt wird.¹¹⁸ Gemäss dem Leitentscheid «Balkonfall» des Bundesgerichts ist im soeben genannten Bereich eine Observation zulässig, wenn kein Sichtschutz vorhanden ist, eine Alltagstätigkeit verübt wird, die Tätigkeit freiwillig ausgeübt wird und von blossen Auge beobachtbar ist.¹¹⁹ Genau diese Rechtsprechung sollte gemäss den Gesetzesmaterialien mit den gewählten Bestimmungen kodifiziert werden, obwohl dies je nach Wohnsituation (Balkon einer Wohnung im 20. Stock ist von der Strasse nicht einsehbar, Terrasse einer Erdgeschosswohnung jedoch schon; Villa mit weitläufiger Parkanlage usw.) auch zu zufälligen Ergebnissen führen kann.¹²⁰ Als zulässig wurde auch die Observation von der Strasse durch eine Glasscheibe in ein Fitnesscenter erachtet.¹²¹ Letzterer Entscheid wird von THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER insofern kritisiert, als nicht klar sei, ob «Hausfenster auch bei nicht privaten Gebäuden als Abschirmung ausreichen» würden.¹²² Meiner Meinung nach schützen Hausfenster bei nicht privaten Gebäuden wie Fitness- und Einkaufszentren, Einkaufsläden, Baumärkten, Coiffeur-Salons usw. nicht die Privatsphäre der Zielperson.

[52] Wie bereits erwähnt, zählen unmittelbar zu einem Haus gehörende umfriedete Plätze, Höfe und Gärten, die üblicherweise Blicken von aussen entzogen sind, zur geschützten Privatsphäre der versicherten Person (Art. 7h Abs. 2 ATSV). Der Observant muss demnach bereits besondere Vorsicht walten lassen, wenn ein Platz, ein Hof oder ein Garten sehr nahe beim Haus der versicherten Person ist und im Konnex dazu steht («unmittelbar zu einem Haus...»). Ist zusätzlich eine Umfriedung (eine Abgrenzung) erkennbar, die nicht lückenlos zu sein braucht, und wird mit dieser Umfriedung der Platz, der Hof oder der Garten üblicherweise Blicken entzogen, führt dies dazu, dass eine Observation nicht zulässig ist, weil der entsprechende Bereich zur geschützten Privatsphäre der versicherten Person zu zählen ist.¹²³ Es reicht somit aus, wenn die versicherte Person Vorkehrungen traf, um ihre Privatsphäre zu schützen. Allerdings kann nicht jede Brüstung, Hecke oder jeder Zaun als eine zum Schutz der Privatsphäre dienenden Umfriedung qualifiziert werden, zumal die Observation in einem die Privatsphäre der versicherten Person tangierenden Bereich aus ermittlungstaktischen Gründen von der Mehrheit des Parlaments als erwünscht taxiert wurde.¹²⁴ So entschied das Bundesgericht bereits im «Balkonfall» unter anderem Folgendes: «Soweit und solange sie [die versicherte Person] sich auf den nicht abgeschirmten Balkonen aufhielt, waren sämtliche Handlungen daher faktisch nicht mehr nur von nahe verbundenen Personen, sondern von jedermann ohne Weiteres wahrnehmbar. Es handelt sich dabei um Tatsachen, die ohne Überwindung einer physischen oder psychologischen Schranke zugänglich

¹¹⁸ Vgl. die Definition im Online-Wörterbuch Duden, abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/ueberwinden> (zuletzt besucht am 1. Februar 2020).

¹¹⁹ BGE 137 I 327 E. 6.

¹²⁰ So beispielsweise die SR Konrad Graber, SR Hans Stöckli, SR Alex Kuprecht, SR Pirmin Bischof und SR Paul Rechsteiner AB 2017 S. 1011; Bundesrat Alain Berset anlässlich der Debatte im Ständerat, AB 2017 S. 1011; NR Silvia Schenker, AB 2018 S. 356; NR Ruth Humbel, AB 2018 S. 367; Erläuternder Bericht ATSG (Fn. 10), S.10; Bericht des Ständerates (Fn. 10), BBl 2017 7403, S. 7410 f.; Stellungnahme des Bundesrates (Fn. 10), BBl 2017 7421, S. 7425.

¹²¹ Entscheid BGer 8C_837/2018 vom 15. Mai 2019 E. 7.3.

¹²² BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 46.

¹²³ BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 48 ff.

¹²⁴ Vgl. das entsprechende Votum von SR Alex Kuprecht, AB 2017 S. 1011.

waren.»¹²⁵ Obwohl ein Balkon zwingend eine Brüstung, also eine Umfriedung, aufweisen muss, sprach das Bundesgericht von einem nicht abgeschirmten Balkon. Der Observant musste demnach keine speziellen Kniffe für die Observation anwenden. Aus dem soeben Gesagten sollen nachfolgend einige denkbare Konstellationen erörtert werden:

- Hecke/Zaun/Mauer¹²⁶ von 1 Meter Höhe grenzt Garten ab: Hier hat die versicherte Person ihren Garten umfriedet. Allerdings ist der Garten durch diese Hecke *nicht* üblicherweise Blicken von aussen entzogen bzw. die versicherte Person hat trotz Umfriedung keine Vorkehrungen getroffen, um ihre Privatsphäre zu schützen. Eine Observation muss hier möglich sein, weil der Garten nicht üblicherweise Blicken von aussen entzogen ist.
- Hecke/Zaun/Mauer (blickdicht) von 1.8 Meter grenzt Garten ab: Auch hier hat die versicherte Person ihren Garten umfriedet. In diesem Beispiel dürfte der Garten üblicherweise Blicken von aussen entzogen sein, weil die Mehrheit der Schweizer Bevölkerung kleiner als 1.8 Meter ist.¹²⁷ Eine Observation in den Garten ist somit unzulässig. Demgegenüber sollte eine Observation auf den frei einsehbaren Balkon im ersten Stock der versicherten Person möglich sein, weil aufgrund des Steigwinkels die Hecke/der Zaun/die Mauer in der Höhe von 1.8 Meter nicht üblicherweise den Blick von aussen (der Strasse) auf den Balkon verdeckt. Eine Observation müsste auch zulässig sein, wenn ein Garten von einer allgemein zugänglichen Anhöhe (unabhängig ob natürlich gewachsen oder künstlich hergestellt) aus observiert wird, wenn dieser Garten von einer Hecke/einem Zaun/einer Mauer (blickdicht) von 1.8 Meter Höhe umfriedet ist. Allerdings müsste diese Anhöhe bereits bestanden haben, bevor die versicherte Person Vorkehrungen zum Schutz ihrer Privatsphäre traf, welche jedoch betreffend die Anhöhe untauglich sind. Bei letzterem Beispiel dürfte es sich um einen absoluten Grenzfall handeln.
- Hecke/Zaun/Mauer (blickdurchlässig) von 1.8 Meter grenzt Garten ab: Hier können sich heikle Abgrenzungsfragen stellen. Handelt es sich beispielsweise um eine Thujahecke, die lediglich aufgrund Trockenheit oder noch unvollständigem Zusammenwachsens Löcher aufweist, ist eine Observation unzulässig, weil die versicherte Person Vorkehrungen traf, um ihre Privatsphäre zu schützen. Hingegen müsste die Observation durch einen blickdurchlässigen Zaun oder eine mit Löchern versehene Mauer zulässig sein, weil der Zaun bzw. die Mauer den Garten nicht üblicherweise Blicken von aussen entziehen.
- Balkon:¹²⁸ Wird ein Balkon lediglich durch eine blickdurchlässige Brüstung abgegrenzt, muss eine Observation zulässig sein. Handelt es sich um eine blickundurchlässige Brüstung (bspw. eine Mauer) ist die Observation einzig im frei einsehbaren Bereich zulässig (beispielsweise Decke Streichen, Hanteln in die Höhe stemmen, Boxsack bearbeiten...). Wird eine Brüstung mit Pflanzen «bestückt» (z.B. Geranien) oder werden vor bzw. hinter eine blickdurchlässige Brüstung Pflanzen hingestellt, stellt sich die Frage, ob damit Vorkehrungen getroffen wurden, welche die Privatsphäre der versicherten Person schützen sollen. Dies kann nur im Einzelfall entschieden werden (beispielsweise ist der Abstand zwischen den

¹²⁵ BGE 137 I 327 E. 6.2.

¹²⁶ Die Mauer im nachfolgend verwendeten Sinne bildet *nicht* Teil des Wohnhauses, sondern ersetzt eine Hecke oder ein Zaun.

¹²⁷ Vgl. <https://www.laenderdaten.info/durchschnittliche-koerpergroessen.php> (zuletzt besucht am 1. Februar 2020).

¹²⁸ Vgl. BGE 137 I 327 E. 6.2.

Pflanzen und die Art der Pflanzen massgebend). Betreffend die Observation von einer Anhöhe aus wird auf den vorangehenden, zweiten Aufzählungspunkt verwiesen.

- Loggia (zur verglasten Loggia sogleich): In Abgrenzung zum Balkon handelt es sich bei einer Loggia um einen auf eine einzige Seite offenen, überdachten Raum.¹²⁹ Obwohl es sich hier um einen Raum handelt, der lediglich keine Fenster aufweist, sollte eine Observation zulässig sein, weil die Loggia nicht üblicherweise Blicken von aussen entzogen ist. Allerdings könnte auch anders argumentiert werden bzw. es gibt architektonisch diverse Zwischenstufen.
- Verglaster Balkon, verglaste Loggia, Wintergarten usw. (ohne heiztechnische Installation): Bei diesen Orten wurden durch die Verglasung gewisse Vorkehrungen getroffen, um die Privatsphäre zu schützen. Sie dürften somit zur geschützten Privatsphäre der versicherten Person gehören, obwohl sie (jedenfalls im Kanton Zürich) nicht dem Wohnen, Arbeiten oder sonst dem dauernden Aufenthalt dienen (vgl. § 255 Abs. 2 und Abs. 4 PBG ZH i.V.m. § 10 lit. c ABV ZH)¹³⁰ und auch nicht üblicherweise Blicken von aussen entzogen sind. Eine Observation ist somit unzulässig.
- Offenes Fenster bzw. nicht durch einen Vorhang verdecktes Fenster ausserhalb eines Wohnhauses oder offenes Garagentor: Wie bereits erwähnt, ist in beiden Fällen eine Observation unzulässig, weil die *versicherte Person* (nicht zu verwechseln mit Vorkehrungen Dritter wie Fitnesscentern usw.) Vorkehrungen traf, um ihre Privatsphäre zu schützen, die lediglich temporär aufgehoben sind. Mithin ist der Raum hinter dem Fenster oder die Garage üblicherweise Blicken von aussen entzogen (falls der Raum nicht bereits zum Innern des Wohnhauses gehört, vgl. Art. 7h Abs. 2 lit. a ATSV).
- Temporärer Sonnenschirm: Zu weit ginge die Auffassung, dass ein temporär im Garten oder auf dem Balkon aufgestellter Sonnenschirm eine Observation unzulässig machen würde. Mithin wird nämlich mit dem Sonnenschirm lediglich temporär vor der Sonne geschützt, also gerade nicht üblicherweise der Blick von aussen verhindert. Ein Sonnenschirm ist in der Regel keine Vorkehrung zum Schutz der Privatsphäre. Es muss also zulässig sein, dass trotz Sonnenschirm observiert wird. Natürlich darf für eine bessere Observation ein Sonnenschirm nicht durch den Observanten verschoben werden.

[53] Da sich bei der Observation eines Ortes, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist, heikle Abgrenzungsfragen stellen können, empfiehlt sich in diesem Bereich eine gewisse Zurückhaltung. Obwohl im Gesetz und in der Verordnung nicht explizit erwähnt, gelten aufgrund der Gesetzesmaterialien die vom Bundesgericht im Leitentscheid «Balkonfall» zusätzlich erwähnten Voraussetzungen (kein Sichtschutz vorhanden [soeben erörtert], Verübung einer Alltags-tätigkeit [sportliche Betätigung, Rasenmähen, Garten- und Reinigungsarbeiten usw.], Tätigkeit wurde freiwillig ausgeübt und war von blosserem Auge beobachtbar [dazu sogleich Ziff. 5]) womöglich weiterhin.¹³¹

¹²⁹ Vgl. die Definition im Online-Wörterbuch Duden, abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Loggia> (zuletzt besucht am 1. Februar 2020).

¹³⁰ Planungs- und Baugesetz (PBG) des Kantons Zürich vom 7. September 1975, LS 700.1; Allgemeine Bauverordnung (ABV) des Kantons Zürich vom 22. Juni 1977, LS 700.2.

¹³¹ BGE 137 I 327 E. 6; Bejahend BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 52 f.

5. Mittel der Observation (Art. 43a Abs. 1 ATSG i.V.m. Art. 7i ATSV)

[54] Der Versicherungsträger kann eine versicherte Person verdeckt observieren *und* dabei Bild- und Tonaufzeichnungen machen *und* technische Instrumente zur Standortbestimmung einsetzen (Art. 43a Abs. 1 ATSG). Aus dieser Bestimmung wird ersichtlich, dass bei einer Observation nicht zwingend Bild- und Tonaufzeichnungen gemacht bzw. technische Instrumente zur Standortbestimmung eingesetzt werden müssen. Um doch das Observationsergebnis festhalten zu können («Beweissicherung»), muss es, obwohl nicht explizit im ATSG bzw. der ATSV genannt, als milderes Mittel zulässig sein, einen Observationsbericht erstellen und als Beweismittel einreichen zu dürfen,¹³² zumal Art. 46 ATSG den Sozialversicherer explizit zur Aktenführung verpflichtet.¹³³ Aufgrund der heute praktisch unbeschränkten Datenspeicherkapazität werden solche Fälle eher die Ausnahme bleiben. Der alleinige Observationsbericht dürfte besonders in jenen Fällen zur Anwendung gelangen, in denen der Eigentümer eines der breiten Öffentlichkeit zugänglichen Ortes Bild- und/oder Tonaufzeichnungen explizit untersagt.

[55] Da die zu vielen Diskussionen gebenden Unklarheiten (Einsatz Drohnen und Ortungsgeräte) mit Art. 7i ATSV entschärft wurden, wird nachfolgend nur kurz zu den Mitteln der Observation Stellung genommen.¹³⁴ Es sollen einzig einige Ausführungen zur Umschreibung «die das natürliche menschliche Wahrnehmungsvermögen wesentlich erweitern» (Art. 7i Abs. 1 ATSV) erfolgen. Unklar ist in dieser Umschreibung insbesondere die Wendung «wesentlich erweitern». Was sie bedeutet, wird schlussendlich die Rechtsprechung zeigen. Als Annäherung oder «Faustformel» im Observationsalltag gilt, dass ein Vorgang nur observiert werden darf, wenn dieser zu gegebener Tages- oder Nachtzeit und Witterung von blosssem Auge erkennbar ist (analog gilt dies auch betreffend das menschliche Hörvermögen). Eindeutig unzulässig ist es, wenn eine von blosssem Auge nicht mehr erkennbare versicherte Person bzw. Handlung mit einem stark vergrössernden Teleobjektiv erkennbar gemacht wird.¹³⁵ Dies unabhängig davon, ob sich der Observant und die versicherte Person betreffend Zugänglichkeit für die Öffentlichkeit am gleichen Ort oder an zwei verschiedenen Orten befinden.¹³⁶ Die Restriktionen beim Einsatz technischer Mittel gelten bei jeder Observation, sind sie doch in der ATSV eigenständig aufgeführt (vgl. Art. 7i ATSV). Nichtsdestotrotz ist die Zoomfunktion einer Kamera nicht von Anfang an tabu. Entscheidend wird der Einzelfall sein, der allenfalls mit einem Augenschein überprüft werden muss.

[56] Die Vergrösserung eines Bildes/Videos ist (Video als Kurzform von bewegten Bildern, unabhängig von einem Dateiformat) solange zulässig, als dass der festgehaltene Vorgang auch ohne Vergrösserung erkennbar ist. Obwohl Art. 7i Abs. 1 ATSV lediglich auf Instrumente für die *Bildaufzeichnung* verweist, muss der entsprechende Passus sowohl für die Vergrösserung eines Bildes/Videos während der Aufnahme (Zoomfunktion) als auch für eine Nachbearbeitung des

¹³² So scheint denn auch das Bundesamt für Sozialversicherungen von der Zulässigkeit von Observationsberichten («Überwachungsbericht») auszugehen, vgl. Erläuternder Bericht ATSG (Fn. 10), S. 10; Vgl. auch REGINA AEBI-MÜLLER/ANDREAS EICKER/MICHAEL VERDE (Fn. 19), Rz. 27 f., welche den Persönlichkeitseingriff durch bewegte Bilder als stärker einstufen als von Standbildern.

¹³³ Vgl. zum Ganzen mit den entsprechenden Hinweisen: FÉLIX FREY/HANS-JAKOB MOSIMANN/SUSANNE BOLLINGER, in: AHV/IVG Kommentar, Bundesgesetze über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, die Invalidenversicherung und den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) mit weiteren Erlassen, Zürich 2018, Art. 46.

¹³⁴ Vgl. zum Ganzen: Erläuternder Bericht ATSV (Fn. 107), S. 8; Vgl. die Vielzahl an Voten im Ständerat, AB 2018 S. 998–1013 und AB 2018 S. 235–237 sowie im Nationalrat, AB 2018 S. 362–373 und AB 2018 S. 501 f.

¹³⁵ Erläuternder Bericht ATSV (Fn. 107), S. 8; BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 14 f.; ANDREAS TRAUB (Fn. 12), S. 207.

¹³⁶ Vgl. zu dieser Fragestellung ANDREAS TRAUB (Fn. 12), S. 207.

Bildes/Videos gelten, ansonsten könnte Art. 7i Abs. 1 ATSV mit einer nachträglichen Bildbearbeitung ausgehebelt werden.

[57] Wenn also eine versicherte Person ein Rückenleiden geltend macht, das ihr das Heben von schweren Lasten (bspw. über 5 kg) verunmöglichen soll, dürfte das Heben von nachweislich schweren Säcken (z.B. Zementsäcke) bei Tageslicht und guter Witterung noch aus 100 m bis 200 m Entfernung von blosserem Auge erkennbar sein. Es kann somit die Zoomfunktion verwendet werden, welche es auch ermöglicht, einzig die versicherte Person bildlich scharf aufzunehmen (Reduktion von «Mitfang»). Analoges muss für die nachträgliche Bildbearbeitung gelten. Wird hingegen eine Handverletzung geltend gemacht, welche die Tätigkeit als Handchirurg verunmöglichen soll, dürften die feinmotorischen Handbewegungen bei Tageslicht und guter Witterung maximal aus 20 m Entfernung noch erkennbar sein. Eine Observation aus 100 m Entfernung wäre folglich unzulässig.

[58] Mit den modernen Kameras (auch in Mobiltelefonen) werden regelmässig direkt während der Aufnahme die Bilder/Videos bearbeitet. So wird eine dunkle Umgebung aufgehellt (ohne dass es sich um ein verbotenes Nachsichtgerät nach Art. 7i Abs. 1 ATSV handelt) oder eine Überblendung korrigiert. Diese automatische Funktion kann dazu führen, dass Vorgänge/Details ersichtlich werden, welche für das menschliche Auge ohne Unterstützung nicht ersichtlich wären. Dies ist unzulässig und muss während einer Observation berücksichtigt werden. Der Nachweis, dass ein Bild/Video automatisch bearbeitet wurde, dürfte allerdings je nach Konstellation mit erheblichem Aufwand verbunden sein.¹³⁷

6. Schluss

[59] In den neuen Bestimmungen im ATSG bzw. in der ATSV verwendete der Gesetz- und Verordnungsgeber eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe, welche zukünftig abschliessend durch die Gerichte auszulegen sind. Da während den Gesetzgebungsarbeiten, in den verschiedensten Erläuterungen zur Abstimmung vom 25. November 2018 und rund um die Arbeiten an den Bestimmungen in der ATSV immer wieder auf die bislang geltende Rechtsprechung verwiesen wurde und das Bundesgericht in zwei Entscheiden in diesem Frühjahr nochmals explizit an der bekannten Rechtsprechung festhielt, ist davon auszugehen, dass die Rechtsprechung zur operativen Praxis (insbesondere zulässiger Observationsraum) der Observation im Sozialversicherungsrecht nicht grundlegend ändern wird. Besonderes Augenmerk ist den formellen Voraussetzungen (Anordnung durch Person mit Direktionsfunktion, Dauer der Observation, Bewilligung des Observanten usw.) zu widmen.

RA M^LAW BENJAMIN WEIBEL arbeitet als Experte Schaden bei der Allianz Suisse Versicherungsgesellschaft AG und äussert in diesem Beitrag seine persönliche Meinung.

¹³⁷ BSK ATSG-THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER (Fn. 2), Art. 43a, Rz. 14 f.