



16.479

**Parlamentarische Initiative
Gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten**

Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates

vom 7. September 2017

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit diesem Bericht unterbreiten wir Ihnen den Entwurf zu einer Änderung des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechtes. Gleichzeitig erhält der Bundesrat Gelegenheit zur Stellungnahme.

Die Kommission beantragt, dem beiliegenden Entwurf zuzustimmen.

7. September 2017

Im Namen der Kommission
Der Präsident: Konrad Graber

Bericht

1 Entstehungsgeschichte

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) kritisierte in seinem Urteil vom 18. Oktober 2016¹ bezogen auf einen Fall der Unfallversicherung, dass in der Schweiz eine präzise und detaillierte gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten fehlt. Im Nachgang zu diesem Urteil stellten die Unfallversicherer die Observation von Versicherten ein.² Die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates (SGK-SR) kam am 8. November 2016 zum Schluss, dass dringender Handlungsbedarf bestehe und die geforderte gesetzliche Grundlage möglichst rasch geschaffen werden solle. Weil es fraglich erschien, ob die anderen Sozialversicherungen eine genügende gesetzliche Grundlage³ haben, die einer Prüfung durch den EGMR Stand halten würde und um eine einheitliche Grundlage für alle Sozialversicherungszweige zu schaffen, entschied sich die Kommission für eine Regelung im Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG)⁴.

Damit die Versicherungsträger das Abklärungsinstrument der Observation möglichst rasch wieder einsetzen können und im Wissen um die damals bevorstehende Eröffnung der Vernehmlassung des Bundesrates zum Entwurf zur Revision des ATSG, welcher die Schaffung genau einer solchen gesetzlichen Grundlage beinhaltet, beschloss die SGK-SR eine Kommissionsinitiative zu ergreifen. Sie wollte damit die Voraussetzung schaffen, um nach Abschluss der Vernehmlassung die Bestimmungen zur Observation aus dem Paket der ATSG-Reform herauslösen und via Kommissionsinitiative direkt in den parlamentarischen Prozess einspeisen zu können. Die SGK-SR kam zur Auffassung, dass die Umsetzung des Anliegens auf diesem Weg rascher erfolgen kann als bei einer Behandlung im Rahmen der ATSG-Reform.

Die SGK-NR befürwortete am 12. Januar 2017 dieses Vorhaben und erteilte mit 17 zu 0 Stimmen bei 6 Enthaltungen ihre Zustimmung zum Ergreifen einer Kommissionsinitiative.

Der Bundesrat eröffnete am 22. Februar 2017 die Vernehmlassung zur ATSG-Reform. In der Folge beauftragte die SGK-SR am 28. März 2017 das Kommissionssekretariat, in Zusammenarbeit mit der Verwaltung einen Berichts- und Erlassentwurf auf der Basis der Vernehmlassungsvorlage zum Observationsartikel auszuarbeiten. Das Vernehmlassungsverfahren dauerte bis am 29. Mai 2017.

¹ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte *Vukota-Bojić gegen Schweiz* vom 18.10.2016 (Application no. 61838/10).

² Vgl. Medienmitteilung der Suva „Keine neuen Observationsaufträge“ vom 20. Oktober 2016, abrufbar unter: <https://www.suva.ch/de-ch/die-suva/news-und-medien/medien/2016/10/19/keine-neuen-observationsauftraege> [Stand: 25. Juli 2017].

³ Vgl. Artikel 59 Absatz 5 Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG); SR 831.20.

⁴ SR 830.1.

Am 14. Juli 2017 nahm das Bundesgericht in einem Entscheid Bezug auf das Urteil des EGMR und kam zum Schluss, dass es nicht nur im Bereich der Unfallversicherung, sondern auch im Bereich der Invalidenversicherung an einer gesetzlichen Grundlage mangelt, welche die verdeckte Überwachung umfassend klar und detailliert regelt.⁵ In der Folge wurden auch im Bereich der Invalidenversicherung die Observationen eingestellt.

Die Kommission behandelte am 14. August und 7. September 2017 den Erlassentwurf. Sie stützte sich bei ihren Beratungen auf die Ergebnisse der Vernehmlassung des Bundesrates zum Observationsartikel im Rahmen der ATSG-Reform. Sie verzichtete auf die Durchführung einer eigenen Vernehmlassung, weil die Positionen der interessierten Kreise bekannt sind.⁶ Die Kommission wich in einigen Punkten von der Vernehmlassungsvorlage des Bundesrates ab. Mit 5 zu 3 Stimmen verabschiedete sie am 7. September 2017 schliesslich den Erlassentwurf zusammen mit dem vorliegenden Bericht zuhanden ihres Rates. Zugleich überwies sie ihn dem Bundesrat zur Stellungnahme.

2 Grundzüge der Vorlage

2.1 Ausgangslage und vorgeschlagene Regelung

Mit dieser Vorlage soll eine klare gesetzliche Grundlage geschaffen werden, die es den Sozialversicherungsträgern ermöglicht, Observationen von Versicherten durchzuführen. Dabei soll insbesondere den Anforderungen, welche der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in seinem Urteil vom 18. Oktober 2016⁷ aufgestellt hat, Rechnung getragen werden.

Der EGMR kam zum Schluss, dass die Bestimmungen des Schweizer Rechts, auf welche die Versicherungsträger ihre Überwachungsmassnahmen abstützen, dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit nicht genügen. Entsprechend soll mit dieser Vorlage insbesondere geregelt werden, unter *welchen Voraussetzungen* eine Person überwacht werden darf, *welche Überwachungsmassnahmen* zulässig sind und an *welchen Orten* eine Überwachung stattfinden darf. Die Regelung soll in einem neuen Artikel 43a erfolgen.

Mit dem Absatz 1 des neuen Artikels 43a soll festgelegt werden, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit eine Observation einer versicherten Person durchgeführt werden darf. Ebenfalls soll festgehalten werden, dass bei einer Observation neben Bild- auch Tonaufzeichnungen gemacht sowie zur Standortbestimmung technische Instrumente wie GPS-Peilsender eingesetzt werden dürfen. Die beiden Massnahmen hatte der Bundesrat in seiner Vernehmlassungsvorlage nicht vorgesehen. Sie sind aus Sicht der Kommission angezeigt, um effizient und konsequent

⁵ Vgl. BGE 9C_806/2016 E. 4.

⁶ Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b Bundesgesetz über das Vernehmlassungsverfahren, SR 172.061.

⁷ Vgl. Fn 1.

gegen Missbräuche bei den Sozialversicherungen vorzugehen, welche beträchtliche Kosten verursachen. Absatz 2 soll regeln, an welchen Orten eine versicherte Person observiert werden darf.

Gemäss dem EGMR sind die bestehenden Regelungen weiter nicht klar und bestimmt genug, um sicherzustellen, dass Überwachungsmaßnahmen nicht missbräuchlich durchgeführt werden und dass das gesammelte Material nicht missbräuchlich verwendet wird. Insbesondere fehlten im schweizerischen Sozialversicherungsrecht Bestimmungen zum Verfahren bezüglich der Anordnung und Überwachung von Observationsmassnahmen, zu der maximalen Observationsdauer sowie zu der Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung. Es bestünden auch weder Bestimmungen betreffend Aufbewahrung, Zugriff, Nutzung, Prüfung und Vernichtung des Observationsmaterials, noch zur Kommunikation über eine erfolgte Observation oder zur Möglichkeit einer Anfechtung des Ergebnisses.

Mit den Absätzen 3 bis 6 des neuen Artikels 43a soll die maximal zulässige Dauer der Observation, der Einsatz von Spezialistinnen und Spezialisten, die Verwendung des Observationsmaterials Dritter, die Kommunikation über eine erfolgte Observation sowie auch die Anfechtungsmöglichkeiten nach erfolgter Observation geregelt werden. Die maximal zulässige Dauer der Observation soll auf 30 Tage innerhalb von sechs Monaten festgesetzt werden, wobei diese Frist verlängert werden kann, wenn hinreichende Gründe bestehen. Die Kommission geht somit über die vom Bundesrat in der Vernehmlassungsvorlage vorgesehene Observationsdauer von 20 Tagen innerhalb von drei Monaten ohne Verlängerungsmöglichkeit hinaus. Sie erachtet dies jedoch auch in diesem Punkt als erforderlich, um den Versicherungsträgern die für eine erfolgreiche Missbrauchsbekämpfung notwendigen Möglichkeiten zu gewähren.

Mit Absatz 7 der Vorlage soll dem Bundesrat die Kompetenz erteilt werden, das Verfahren zur Festlegung der Zuständigkeit für die Anordnung der Observation, das Verfahren zur Einsichtnahme in das Observationsmaterial, die Weitergabe an die Strafbehörden, die Aufbewahrung und Vernichtung des Observationsmaterials, sowie die Anforderungen an die mit Observationen beauftragten Spezialistinnen und Spezialisten zu regeln.

Mit der vorgeschlagenen Regelung sind die bei der Observation zulässigen Massnahmen zur Missbrauchsbekämpfung wie im Urteil des EGMR gefordert gesetzlich festgehalten und vorhersehbar. Die Verhältnismässigkeit wird durch die Vorgaben zur Durchführung der Observation gewahrt. Die beantragten Observationsmassnahmen können nur ergriffen werden, wenn die Abklärungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden.

Die Kommission ist sich des Umstandes bewusst, dass die im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens erzielten Befunde einer Observation unter Umständen in einem späteren Strafverfahren, bei dem die Observation restriktiver geregelt ist, nicht als Beweismittel verwendet werden könnten.

2.2 Minderheitsanträge

Die Minderheit (*Stöckli, Rechsteiner Paul, Zanetti Roberto*) zum Einleitungssatz von Absatz 1 will wie im Vernehmlassungsvorschlag vorgesehen nur Bild-, nicht aber Tonaufnahmen und den Einsatz technischer Instrumente zur Standortbestimmung zulassen. Solche weitreichenden Überwachungsmittel, wie sie bei der klassischen polizeilichen Tätigkeit zur Anwendung kommen, sollen nicht im Rahmen einer Observation als verwaltungsrechtlicher Massnahme eingesetzt werden dürfen, die eher der Prävention zuzuordnen ist und auch durch Private durchgeführt werden kann. Insbesondere der Einsatz von technischen Überwachungsgeräten müsste aus Sicht der Minderheit zumindest wie in der Strafprozessordnung (StPO)⁸ resp. im Nachrichtendienstgesetz⁹ durch eine unabhängige Instanz genehmigt werden.

Die Minderheit (*Rechsteiner Paul, Stöckli, Zanetti Roberto*) zu Absatz 1 Buchstabe c verlangt, dass Observationen vorgängig von einem Richter des zuständigen kantonalen Versicherungsgerichts genehmigt werden müssen. Damit soll gewährleistet werden, dass eine ausserhalb des Versicherungsträgers stehende, richterliche Instanz das Vorliegen der Voraussetzungen für die Durchführung einer Observation prüft. Dies sei notwendig, da es sich um eine geheime Überwachung handelt, die in die durch Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)¹⁰ und Artikel 13 der Bundesverfassung (BV)¹¹ geschützte Privatsphäre eingreift. Die in anderen Zusammenhängen bewährte richterliche Genehmigung der geheimen Überwachung dränge sich umso mehr auf, als sie nicht nur von öffentlichen Institutionen, sondern auch von privaten Versicherungsgesellschaften durchgeführt werde.

Die Minderheit (*Stöckli, Rechsteiner Paul, Zanetti Roberto*) zu Absatz 2 Buchstabe b will sicherstellen, dass eine versicherte Person nur dann observiert werden kann, wenn sie sich an einem allgemein zugänglichen Ort befindet. So soll garantiert werden, dass die versicherte Person nicht in ihren Privaträumen überwacht werden kann und dass die damit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten vermieden werden. Diese Formulierung entspricht auch der Regelung von Artikel 282 Absatz 1 der Strafprozessordnung zur Observation.

Die Minderheit (*Stöckli, Rechsteiner Paul*) zu Absatz 3 will eine maximale Observationsdauer im Gesetz verankern, ohne den Versicherungsträgern die Möglichkeit einzuräumen, eine Observation auf unbestimmte Zeit zu verlängern. Eingriffe in die Privatsphäre einer überwachten Person sollen nur innerhalb eines klar definierten Zeitraums erfolgen können.

Die Minderheit (*Eder, Dittli, Keller-Sutter*) zu Absatz 7 möchte, dass einzig das Verfahren zur Festlegung der Zuständigkeit für die Anordnung der Observation beim Versicherungsträger durch den Bundesrat geregelt wird. Die Einsichtnahme in das Observationsmaterial sowie dessen Aufbewahrung und Vernichtung sei bereits in anderen Gesetzesnormen genügend geregelt. Auch für die Anforderungen an die Spezialistinnen und Spezialisten bestehe kein Regelungsbedarf. Die Minderheit sieht

⁸ SR 312.0.

⁹ SR 121.

¹⁰ SR 0.101.

¹¹ SR 101.

keine Notwendigkeit für eine umfassende Delegationsnorm und im Gegenteil die Gefahr einer unnötigen Bürokratisierung.

3 Vernehmlassungsergebnisse

Die Ergebnisse der Vernehmlassung des Bundesrates zeigen, dass eine gesetzliche Regelung der Durchführung von Observationen von Versicherten durch die Sozialversicherungsträger grundsätzlich sehr begrüsst wird. Zur konkreten Ausgestaltung der Regelung hingegen divergieren die Meinungen.

In Bezug auf Absatz 1 (Voraussetzungen und zulässige Mittel) fordern eine Mehrheit der Kantone, die Verbände der Durchführungsstellen, SUVA, Assura, FDP, der Schweizerische Städteverband und der Schweizerische Gewerbeverband sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch der Mittel für die Durchführung von Observationen eine im Vergleich zum Vernehmlassungsentwurf weniger einschränkende Regelung, insbesondere, dass auch Tonaufzeichnungen und GPS-Tracker zugelassen werden. Demgegenüber beurteilen der Kanton BS, Arbeitnehmerverbände¹², die SP sowie diverse Organisationen¹³ die Bestimmung, gerade auch im Vergleich zu Artikel 282 StPO, als (eher) zu weit formuliert bzw. nicht mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz vereinbar. Insbesondere sollen die Voraussetzungen, wann eine Observation zulässig ist, genauer bzw. restriktiver geregelt und auch die Privatsphäre Dritter gewährleistet werden.

Betreffend Absatz 2 (Zulässiger Ort der Observation) wird von den sich dazu äussernden Vernehmlassungsteilnehmern die im Vernehmlassungsentwurf vorgeschlagene Regelung in Buchstabe b mehrheitlich kritisch aufgenommen (Observation, falls sich die Person an einem Ort befindet, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist). Einige befürchten, dass mit der vorgeschlagenen Bestimmung Observationen auch weitgehend im Privatbereich (sogar im Innenbereich der Wohnung) erlaubt würden. Es wird deshalb gefordert, Observationen auf allgemein zugängliche Orte gemäss Buchstabe a zu beschränken (Observation, falls sich die Person an einem allgemein zugänglichen Ort befindet).

Die im Vernehmlassungsentwurf in Absatz 3 (Maximale Dauer und Zeitspanne) vorgesehene maximale Observationsdauer von 20 Tagen innerhalb von drei Monaten erachten alle sich dazu explizit äussernden Kantone, die meisten Durchführungsstellen, die SVP und der Schweizerische Gewerbeverband als generell zu enge zeitliche Beschränkung und fordern teilweise, Observationen müssten unter Umständen auch verlängert werden dürfen. Der Schweizerische Versicherungsverband und die SUVA kritisieren eine absolute Grenze im Gesetz generell und erachten diese als nicht notwendig. Demgegenüber fordern SolidaritéS und der Verband des

¹² Der Schweizerische Gewerkschaftsbund, Travail.suisse/Syna, der Schweizerische Verband des Personals öffentlicher Dienste.

¹³ DJS (Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz), Procap Schweiz, FSP (Föderation der Schweizer Psychologinnen und Psychologen), Avenir Social (Professionelle Soziale Arbeit Schweiz), Groupe sida Genève, AVIVO (association de défense et de détente des retraités), pro mente sana Schweiz.

Personals öffentlicher Dienste eine Reduktion der Höchstdauer sowohl bezüglich der Anzahl Observationstage als auch bezüglich der maximalen Zeitspanne. Privativim¹⁴ fordert eine Überprüfung und Herabsetzung der zulässigen Anzahl Observationstage im Hinblick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip.

In Bezug auf Absatz 4 (Beizug von Spezialisten) fordern mehrere Vernehmlassungsteilnehmer die ausdrückliche Verankerung der Sorgfalts- und Schweigepflicht von versicherungsexternen Spezialistinnen und Spezialisten im Gesetz. Ebenfalls wird kritisiert, dass die Qualifikationen und Anforderungen der „Spezialisten“ nicht näher definiert sind sowie, dass nicht ausdrücklich festgehalten werde, dass von den Versicherungsträgern auch „externe“ Spezialisten beauftragt werden können.

Im Zusammenhang mit den vorgeschlagenen Absätzen 5, 6 und 7 Buchstabe c gingen insbesondere Rückmeldungen zur Informationsform sowie zum Schicksal des Observationsmaterials ein. Insbesondere die Kantone und Durchführungsstellen befürchten durch die in Absatz 6 vorgeschriebene Form der Verfügung unnötigen Mehraufwand und bringen vor, das Verfahren sei nicht sinnvoll ausgestaltet. Andere Vernehmlassungsteilnehmer fordern einen präziseren Gesetzeswortlaut betreffend die Modalitäten der Gewährung des rechtlichen Gehörs. Von zahlreichen Vernehmlassungsteilnehmern wurde zudem – wenn auch aus verschiedenen Gründen – die vorgesehene Vernichtung des Observationsmaterials kritisiert, welche in den Fällen vorgesehen ist, wo die Anhaltspunkte durch die Observation nicht bestätigt wurde.

Sehr kontrovers diskutiert wird zudem die Frage, wer genau zur Anordnung von Observationen kompetent sein solle und ob dies überhaupt bzw. auf Verordnungsebene oder auf Gesetzesebene zu regeln sei.

Gemäss den Durchführungsstellen, einigen Kantonen¹⁵ sowie dem Schweizerischen Gewerbeverband ist auf eine Regelung der Zuständigkeit der Anordnung zu verzichten, da dieses Verfahren bei den Durchführungsstellen bereits etabliert sei und weil nicht in deren organisatorische Autonomiekompetenz eingegriffen werden dürfe. Befürchtet wird auch eine „Veradministrierung“.

Demgegenüber sind zwei Kantone¹⁶, der Schweizerische Städteverband, der Verband des Personals öffentlicher Dienste sowie die Demokratischen Juristen der Schweiz explizit der Meinung, dass eine Regelung auf Verordnungsebene nicht ausreiche sondern auf Gesetzesstufe erfolgen müsste.

Die GPS, SP, SolidaritéS, einige Arbeitnehmerverbände¹⁷ sowie andere interessierte Organisationen¹⁸ sind der Ansicht (oder werfen zumindest diesbezügliche Fragen auf), die Prüfung, ob die Voraussetzungen nach Absatz 1 erfüllt sind und die Observation zulässig ist, dürfe nicht im Ermessen des einzelnen Versicherungsträgers stehen. Damit müsse eine unabhängige staatliche Stelle beauftragt werden.

¹⁴ Vereinigung der schweizerischen Datenschutzbeauftragten.

¹⁵ Graubünden, Appenzell Ausserrhoden, Wallis und Zug.

¹⁶ Bern, Baselland.

¹⁷ Schweizerischer Gewerkschaftsbund, TravailSuisse/Syna, VPOD.

¹⁸ Inclusion Handicap, Pro mente sana und die Demokratischen Juristen Schweiz.

Über die vorgeschlagenen Bestimmungen hinaus forderten schliesslich mehrere Vernehmlassungsteilnehmer (insbesondere die Kantone, Durchführungsstellen und Versicherer), die gesetzliche Grundlage müsse ausdrücklich auch die Zulässigkeit der Verwendung von Observationsmaterial Dritter (sofern es den Anforderungen der hier vorgeschlagenen Bestimmungen genügt) regeln.

4 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen

4.1 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts

Art. 43a

Mit Artikel 43a ATSG soll eine Rechtsgrundlage für die Durchführung von Observationen in allen dem ATSG unterstehenden Sozialversicherungen geschaffen werden. Aus dem Urteil des EGMR ergibt sich, dass diese Bestimmung die Umstände definieren muss, die eine Observation rechtfertigen. Ausserdem sind die maximale Dauer, das Bewilligungsverfahren, die Kommunikation, die Aufbewahrung und die Löschung der Daten sowie der Zugang zu diesen Daten durch Dritte festzulegen.

Artikel 43a nimmt alle diese Kriterien auf.

Abs. 1: Dieser Absatz bestimmt die Umstände, die eine Observation rechtfertigen. Erwähnt werden die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit eine Observation durchgeführt werden darf sowie die Hilfsmittel, die verwendet werden dürfen:

Für eine Observation müssen zum einen konkrete Anhaltspunkte vorliegen, aufgrund derer anzunehmen ist, dass die versicherte Person unrechtmässig Leistungen bezieht oder zu beziehen versucht. Der Begriff der konkreten Anhaltspunkte ist aus Artikel 282 Absatz 1 Buchstabe a StPO sowie der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 137 I 327, Erw. 5.4.2.1, 136 III 410, Erw. 4.2.1) übernommen. Zum anderen ist erforderlich, dass die Abklärungen sonst (ohne Observation) aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden.

Absatz 1 betrifft Personen, die unrechtmässig Leistungen beziehen oder zu beziehen versuchen. Die Bedingung entspricht dem früheren Vorschlag eines Artikel 44a Absatz 1 E-ATSG, der im Rahmen der Revision des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (UVG)¹⁹ beantragt worden war (BBl 2008 5465).

Als Observation gilt die systematische Überwachung von Tätigkeiten einer Person während einer bestimmten Zeit und die Aufzeichnung der Resultate im Hinblick auf deren Verwendung im Rahmen des Abklärungsverfahrens. Zulässig sind neben Bildaufnahmen auch Tonaufzeichnungen und der Einsatz von technischen Instrumenten zur Standortbestimmung. Bei der Überwachung können demnach nicht nur visuelle, sondern auch akustische Aufnahmen getätigt werden. Zudem darf der Standort des Versicherten mit technischen Hilfsmitteln, wie insbesondere dem Global Positioning System (GPS), bestimmt werden.

¹⁹ SR 832.20.

Grundsätzlich stellt eine Observation einen Eingriff in die Grundrechte der versicherten Person (Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 13 BV) dar. Deshalb und gemäss dem Prinzip der Verhältnismässigkeit müssen sich die Versicherungsträger vor der Durchführung der Observation vergewissern, dass andere Abklärungen aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden. Diese Regel entspricht Artikel 282 Absatz 1 Buchstabe b StPO.

Abs. 2: Die Person kann an allgemein zugänglichen Orten bzw. an von solchen aus frei einsehbaren Orten überwacht werden. Gemäss BGE 137 I 327 sind "Videoaufnahmen der versicherten Person, die sie bei alltäglichen Verrichtungen (Haushaltsarbeiten) auf dem frei einsehbaren Balkon zeigen" zulässig²⁰ und es darf "bei einer Person, die bei freiwillig ausgeübten, von blosssem Auge beobachtbaren Alltagsverrichtungen in einem von jedermann öffentlich einsehbaren Bereich gefilmt wird, [darf] angenommen werden, sie habe insoweit auf einen Schutz der Privatheit verzichtet und in diesem Umfang ihre Privatsphäre der Öffentlichkeit ausgesetzt"²¹. Von jedermann frei einsehbar bedeutet, dass die Tätigkeit von blosssem Auge zu gegebener Tageszeit erkennbar ist. Der Innenbereich des Hauses, in dem die versicherte Person wohnt, bildet keinen ohne weiteres öffentlich frei einsehbaren Raum und eine hierin erfolgte Observation ist grundsätzlich unzulässig, weshalb z.B. die Überwachung im Treppenhaus oder in der Waschküche nicht gestattet ist (Urteil des Bundesgerichts 8C.829/2011 vom 9. März 2012 E. 8.4).

Abs. 3: Eine Observation kann sich über höchstens 30 aufeinanderfolgende oder einzelne Kalendertage erstrecken. Es spielt dabei keine Rolle, wie lange die Observation pro Tag erfolgt. Diese 30 Observationstage verstehen sich pro Observationsauftrag und müssen innerhalb einer Zeitspanne von sechs Monaten ab dem ersten Observationstag stattfinden. Die sechsmonatige Frist kann aus hinreichenden Gründen verlängert werden.

Abs. 4: Die Formulierung von Absatz 4 ermöglicht es dem Versicherungsträger, externe Spezialistinnen und Spezialisten (Detektivinnen/Detektive), aber auch fachkundige eigene Mitarbeitende zu beauftragen. Die externen Fachpersonen unterstehen derselben Sorgfalts- und Schweigepflicht wie die Versicherer, die sie beauftragt haben. Diese Bestimmung entspricht grundsätzlich der bisherigen Praxis der IV-Stellen.

Hat ein Dritter Observationsmaterial unter den Voraussetzungen und Schranken dieses Artikels erhoben, so kann auch dieses vom Versicherungsträger verwendet werden.

Abs. 5: Bei einer Observation muss der versicherten Person das Recht auf Anhörung garantiert werden, nachdem die Observation erfolgt ist, jedoch bevor die Versicherung eine Verfügung zur betreffenden Leistung erlässt. Die Person muss über Grund, Art und Dauer der Überwachung in Kenntnis gesetzt werden. Erfolgt diese Information in einem Gespräch, muss eine Zusammenfassung des Gesprächs erstellt und zu den Akten gelegt werden. Die versicherte Person muss nicht zwingend unmittelbar

²⁰ BGE 137 I 327 Regeste.

²¹ BGE 137 I 327 E. 6.1.

nach erfolgter Observation informiert werden, spätestens aber vor Erlass der Verfügung über die Leistung. Wird nach der Durchführung der Observation ein medizinisches Gutachten in Auftrag gegeben, muss die versicherte Person vor der Bestellung eines Gutachtens über die Observation informiert werden. Dies entspricht ebenfalls bereits der bisherigen Praxis der IV-Stellen. Ob diese Information mit einer Zwischenverfügung vergleichbar ist, kann offen bleiben.

Diese Regelung entspricht auch Artikel 283 Absatz 1 StPO und dem Artikel 44a Absatz 6 E-ATSG, der 2006 im Rahmen der Revision des UVG beantragt wurde (BBI 2008 5465, S. 5484).

Die versicherte Person kann im Rahmen der materiellen Verfügung zum Leistungsanspruch vor dem zuständigen kantonalen Gericht oder dem Bundesverwaltungsgericht (Artikel 56–58) das Vorliegen der nötigen Voraussetzungen einer Observation anfechten.

Nach Artikel 47 Absatz 1 Buchstabe a hat die versicherte Person zudem das Recht auf Akteneinsicht. Das Überwachungsmaterial kann eingesehen werden, nachdem der Versicherungsträger die versicherte Person über die durchgeführte Observation informiert hat.

Artikel 46 regelt die Aktenführung in den Sozialversicherungen. Der Artikel sieht vor, dass alle Unterlagen, die für die Entscheidungsfindung massgeblich sein können, im Dossier der versicherten Person zu erfassen sind. Das Observationsmaterial als Teil des Nachweises, dass die versicherte Person unrechtmässig Leistungen erhalten oder zu erhalten versucht hat, muss im Dossier der Person abgelegt werden.

Abs. 6: Erbringt das Überwachungsmaterial (Fotos, Videos, Überwachungsbericht, etc.) nicht den Beweis eines unrechtmässigen Leistungsbezugs oder eines Versuchs, unrechtmässige Leistungen zu beziehen, hat der Versicherungsträger eine Verfügung zu erlassen. Aus der Verfügung gehen der Grund, die Art und die Dauer der Observation hervor. Die versicherte Person hat damit die Möglichkeit, eine unrechtmässige Anordnung oder Ausführung der Observation anzufechten. Im Rahmen des rechtlichen Gehörs hat die versicherte Person Anspruch auf Akteneinsicht und damit die Möglichkeit, das Observationsmaterial einzusehen. Das Observationsmaterial muss zu einem späteren Zeitpunkt vernichtet werden. Gemäss Absatz 7 regelt der Bundesrat die Einzelheiten über das Schicksal der Akten.

Abs. 7: Mit dieser Bestimmung wird die Kompetenz zum Erlass des erforderlichen Verordnungsrechts an den Bundesrat delegiert (vgl. dazu auch Kapitel 7.2).

Buchstabe a: Der Bundesrat regelt das Verfahren zur Festlegung der Zuständigkeit für die Anordnung der Observation beim Versicherungsträger. Aufgrund der stark unterschiedlichen Organisationsstruktur der einzelnen Versicherungsträger ist die Regelung auf Verordnungsstufe am zielführendsten, um den konkreten Gegebenheiten Rechnung zu tragen.

Buchstabe b: Der Bundesrat regelt das Verfahren zur Einsichtnahme in das vollständige Observationsmaterial durch die versicherte Person. Während sowohl in den Fällen von Absatz 5 (mit der Leistungsverfügung) als auch Absatz 6 (mit der formellen Information) der Erlass einer Verfügung vorgesehen und damit die Akteneinsicht

gemäss Artikel 47 Absatz 1 Buchstabe c gewährleistet ist, überträgt Absatz 7 Buchstabe b dem Bundesrat die Kompetenz, die genauen Modalitäten dieser Akteneinsicht zu regeln.

Buchstabe c: Der Bundesrat regelt auch die Weitergabe des Observationsmaterials an die Strafbehörden, die Aufbewahrung und die Vernichtung des Observationsmaterials.

Im Sozialversicherungsbereich ist die Schweigepflicht als Regel resp. die Datenweitergabe als Ausnahme insbesondere in den Artikeln 32, 33 und 47 ATSG sowie in den Spezialgesetzen (z.B. Artikel 50a des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung²²) umfassend festgehalten. Da es sich um sehr sensible Daten handelt (medizinische, wirtschaftliche Daten usw.), ist die Weitergabe an Dritte sehr restriktiv geregelt. Die Datenbekanntgabe darf in den meisten Fällen nur auf schriftliche und begründete Anfrage hin erfolgen und muss sich auf die Daten, die für den in Frage stehenden Zweck erforderlich sind, beschränken. Nichtsdestotrotz soll speziell für die Weitergabe von Observationsmaterial an die Strafbehörden und die Verwertung des Observationsmaterials durch diese in Absatz 7 Buchstabe c eine detaillierte Regelung durch den Verordnungsgeber vorgesehen werden.

Für den Fall, dass durch die Observation die konkreten Anhaltspunkte nicht bestätigt werden konnten, hält Artikel 43a Absatz 6 fest, dass das Material vernichtet werden muss. Ergeht dagegen im Nachgang zur erfolgten Observation eine Verfügung über die Leistung, so ist das Observationsmaterial für das entsprechende Verfahren massgeblich und deshalb gemäss Artikel 46 vom Versicherungsträger systematisch zu erfassen.

Die detaillierte Regelung sowohl bezüglich der Weiterleitung an die Strafbehörden als auch bezüglich der Aufbewahrung und der Vernichtung des Observationsmaterials übersteigt den auf Gesetzesebene möglichen Konkretisierungsgrad. Artikel 43a Absatz 7 Buchstabe c delegiert deshalb die entsprechenden Rechtssetzungsbefugnisse an den Bundesrat.

Buchstabe d: Schliesslich regelt der Bundesrat auch die Anforderungen an die Spezialistinnen und Spezialisten, die mit der Observation beauftragt werden, da auch diese Regelung den möglichen Konkretisierungsgrad auf Gesetzesstufe übersteigt.

5 Auswirkungen

5.1 Finanzielle und personelle Auswirkungen

Mit der Observation soll den Versicherungsträgern als ultima ratio ein Instrument zur Verfügung stehen, um missbräuchlichen Leistungsbezug zu verhindern. Mit dieser Überwachungsmassnahme können Fälle von unrechtmässigen Bezug von Sozialversicherungsleistungen bzw. entsprechende Versuche aufgedeckt werden.

²² SR 831.10

Für diese Massnahmen können sowohl interne als auch externe Experten beauftragt werden. Entsprechend sind solche Überwachungsmassnahmen für die Versicherungsträger mit personellem und finanziellem Aufwand verbunden.

Diesem finanziellen Aufwand für die Überwachungsmassnahmen stehen die Einsparungen an Versicherungsleistungen gegenüber, deren unrechtmässiger Bezug dank den Observationsmassnahmen aufgedeckt bzw. verhindert werden konnte (vgl. dazu die Angaben der IV im Anhang 1).

Bei den personellen und finanziellen Auswirkungen handelt es sich nicht um Kosten, die aufgrund der vorliegenden Gesetzesbestimmung neu hervorgerufen werden. Die Observationen, die bereits heute durchgeführt werden, erhalten mit dieser Vorlage nur eine neue gesetzliche Grundlage und führen nicht zu zusätzlichen Kosten.

5.2 Vollzugstauglichkeit

Gestützt auf die bisherigen bundesrechtlichen Grundlagen haben die Sozialversicherungsträger mehrjährige Erfahrung mit der Durchführung von Observationen. Die Vollzugstauglichkeit dieser Massnahme hat sich in der Praxis und im Rahmen der entsprechenden bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts bestätigt.

5.3 Andere Auswirkungen

Mit der Schliessung dieser Gesetzeslücke wird sowohl für die Versicherungsträger als auch für die Versicherten Rechtssicherheit geschaffen. Weiter wirkt die Aufdeckung bzw. Verhinderung von unrechtmässigem Bezug von Sozialversicherungsleistungen sowohl gegenüber denjenigen Versicherten, die rechtmässig Sozialversicherungsleistungen beziehen als auch gegenüber den Sozialversicherungen allgemein vertrauensbildend.

6 Verhältnis zum europäischen Recht

Mit dem Urteil Nr. 61838/19 in Sachen Vukota-Bojić v. Schweiz hielt der EGMR fest, dass die Schweiz im Unfallversicherungsgesetz und ATSG über keine genügende gesetzliche Grundlage für Observationen verfügt. Mit dem vorliegenden Erlassentwurf wird diesem Urteil Rechnung getragen und die Lücke im ATSG und damit für alle diesem unterstehenden Sozialversicherungen geschlossen. Die von der Kommission vorgeschlagene Regelung nimmt sämtliche im Urteil genannten Kriterien auf.

7 Rechtliche Grundlagen

7.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit

Das ATSG enthält Regelungen, die vom Grundsatz her – abgesehen von der beruflichen Vorsorge – in allen Sozialversicherungszweigen zur Anwendung kommen. Die vorliegende Änderung des ATSG stützt sich insbesondere auf Artikel 112 Absatz 1, 114 Absatz 1 und 117 Absatz 1 der BV, die dem Bund die Kompetenz zur Gesetzgebung in den einzelnen Sozialversicherungen geben.

7.2 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Der Gesetzesentwurf sieht in Absatz 7 von Artikel 43a vor, dem Bundesrat die Kompetenz zum Erlass von Verordnungsrecht innerhalb des vom Gesetzestext vorgegebenen Rahmens zu geben. Diese Delegation ist gerechtfertigt und erforderlich, weil sie Regelungen betrifft, deren Konkretisierungsgrad die Gesetzesebene überschreiten würde. Aufgrund der vorgegebenen Leitlinien im Gesetzesartikel ist die Rechtsetzungsermächtigung des Gesetzes hinreichend konkretisiert.

Der Bundesrat soll demnach das Verfahren zur Festlegung der Zuständigkeit für die Anordnung der Observation beim Versicherungsträger, das Verfahren zur Einsichtnahme in das vollständige Observationsmaterial durch die versicherte Person, die Weitergabe von Observationsmaterial an die Strafbehörden, die Aufbewahrung und die Vernichtung des Observationsmaterials sowie die Anforderungen an die Spezialistinnen und Spezialisten, die mit der Observation beauftragt werden, regeln.

7.3 Erlassform

Nach Artikel 164 Absatz 1 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen, insbesondere über die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte (Buchstabe b), in der Form eines Bundesgesetzes zu erlassen. Die vorliegende Anpassung des ATSG erfolgt daher im normalen Gesetzgebungsverfahren.

Bilanz der Ermittlungen zur Bekämpfung des Versicherungsmissbrauchs in der IV

	2016		2015		2014		2013		2012	
	Total	davon mit Observation								
Abgeschlossen	1950	270	1'940	220	2'310	260	2'540	220	2'020	220
Verdacht bestätigt (Anzahl Fälle)	650	180	540	140	540	140	570	130	400	70
Nicht zugesprochene, entzogene oder gekürzte Renten (auf ganze Renten umgerechnet)	470	160	410	120	390	120	420	110	300	60
Ausgabenreduktion pro Jahr (Mio. Fr.)	11.7	4.0	10.0	2.9	9.5	2.9	10.8	2.8	7.6	1.5
Eingesparte Rentenleistungen (hochgerechnet; Mio. Fr.)	rund 178	rund 60	rund 154	rund 45	rund 144	rund 44	rund 173	rund 45.6	rund 120	rund 23.8

Entlastungen, die sich bei den Ergänzungsleistungen zur IV oder bei Invalidenrenten der zweiten Säule ergeben, sind bei den genannten Einsparungen nicht berücksichtigt.

Bundesgesetz *Entwurf*
über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts
(ATSG)
(Gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten)

Änderung vom ...

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,

nach Einsicht in den Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates vom 7. September 2017¹ und in die Stellungnahme des Bundesrates vom [Datum]²,

beschliesst:

I

Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000³ über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts wird wie folgt geändert:

Art. 43a **Observation**

¹ Der Versicherungsträger kann eine versicherte Person verdeckt observieren und dabei Bild- und Tonaufzeichnungen machen sowie technische Instrumente zur Standortbestimmung einsetzen, wenn:

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

Abs. 1 Einleitungssatz - Minderheit (Stöckli, Rechsteiner Paul, Zanetti Roberto)

¹ Der Versicherungsträger kann eine versicherte Person verdeckt observieren und dabei Bildaufzeichnungen machen, wenn:

SR ...

- 1 BBl 2002 ...
- 2 BBl 2002 ...
- 3 SR 830.1

2017-.....

1

Abs. 1 Bst. c - Minderheit (Rechsteiner Paul, Stöckli, Zanetti Roberto)

- c. eine Richterin oder ein Richter des zuständigen kantonalen Versicherungsgerichts gemäss Artikel 57 die Observation genehmigt hat.

² Die versicherte Person darf nur observiert werden, wenn sie sich:

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

Abs. 2 - Minderheit (Stöckli, Rechsteiner Paul, Zanetti Roberto)

² Die versicherte Person darf nur observiert werden, wenn sie sich an einem allgemein zugänglichen Ort befindet.

³ Eine Observation darf an höchstens 30 Tagen innerhalb von sechs Monaten ab dem ersten Observationstag stattfinden. Sie kann verlängert werden, wenn hinreichende Gründe dafür bestehen.

Abs. 3 - Minderheit (Stöckli, Rechsteiner Paul)

³ Eine Observation darf an höchstens 30 Tagen innerhalb von sechs Monaten ab dem ersten Observationstag stattfinden.

⁴ Der Versicherungsträger kann externe Spezialistinnen und Spezialisten mit der Observation beauftragen. Ebenso kann das Observationsmaterial Dritter verwendet werden, wenn die Voraussetzungen nach den Absätzen 1–3 erfüllt sind.

⁵ Spätestens vor Erlass der Verfügung über die Leistung informiert der Versicherungsträger die betroffene Person über den Grund, die Art und die Dauer der erfolgten Observation.

⁶ Konnten die Anhaltspunkte nach Absatz 1 Buchstabe a durch die Observation nicht bestätigt werden, so erlässt der Versicherungsträger eine Verfügung über den Grund, die Art und die Dauer der erfolgten Observation. In diesen Fällen vernichtet der Versicherungsträger das Observationsmaterial.

⁷ Der Bundesrat regelt:

- a. das Verfahren zur Festlegung der Zuständigkeit für die Anordnung der Observation beim Versicherungsträger;
- b. das Verfahren zur Einsichtnahme des vollständigen Observationsmaterials durch die versicherte Person;
- c. die Weitergabe an die Strafbehörden, die Aufbewahrung und die Vernichtung des Observationsmaterials;
- d. die Anforderungen an die Spezialistinnen und Spezialisten, die mit der Observation beauftragt werden.

Abs. 7 - Minderheit (Eder, Dittli, Keller-Sutter)

⁷ Der Bundesrat regelt das Verfahren zur Festlegung der Zuständigkeit für die Anordnung der Observation beim Versicherungsträger.

II

¹ Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

² Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten.