

Versicherungsrechtliche Ansprüche und Observationen - eine Rechtsgüterabwägung

Leuenbergtagung 14. Juni 2013

Basellandschaftliche Richtervereinigung BLRV

**lic. iur. Y. Bollag, Leitung asim Begutachtung,
Universitätsspital Basel**

Themen

- Grundsätzliche Problematik
- Rechtliche Situation
 - Observation durch Privatversicherer
 - Observation durch Sozialversicherer
 - BGer-Praxis, Kritik in der Lehre, Künftige Regelung
- Observation und medizinische Begutachtung



Problemstellung und Fragen

Was ist eine Observation?

Welche Rechtsfragen werden bei einer Observation tangiert?

Was kann eine Observation zur Verwirklichung des Rechts beitragen?

Wie kann eine Observation der Verwirklichung des Rechts schaden?

Wie wollen wir uns in diesem Spannungsfeld entscheiden?

Wie gehen wir praktisch mit Observationen bei medizinischen Begutachtungen um? Was bewirken sie beim Betrachter?

Was ist eine Observation

Tatsachen, die sich im öffentlichen Raum verwirklichen und von jedermann wahrgenommen werden können (z.B. Gehen, Treppensteigen, Autofahren, Tragen von Lasten oder das Ausüben sportlicher Aktivitäten), werden systematisch gesammelt und verwahrt (BGer.).

- Datenbeschaffung über eine Person
- i.d.R. mittels Bildaufzeichnungen und Berichterstattung
- i.d.R. durch eine private beauftragte Person
- geheim
- Beweismittel für
 - Strafverfahren
 - Zivilverfahren
 - Verwaltungsverfahren Sozialhilfe
 - Sozialversicherung

en vogue in der Schweiz ab ca. 2005

Heikle Rechtsgüterabwägung:



Schutz der Öffentlichkeit
Schutz der Versicherten-
gemeinschaft

Richtige Mittelverwendung
Durchsetzung des Rechts
≠ Vermögensschädigung

Schutz des Einzelnen

Privatheit
Richtigkeit, ≠ Vorverurteilung
Rechtmässige Ansprüche

Unterschiedliche Rechtsordnung:

Observation durch
Privatversicherer
Haftpflichtversicherer,
Lebensversicherer etc.



Privatrecht ZGB,
Persönlichkeitsschutz, 28
Vertragsrecht VVG

Datenschutzgesetz

Strafrecht, StGB 179^{quater}

Observation durch
Sozialversicherer
IV, UV etc.



Öffentliches Recht: BV
Grundrechte
Sozialversicherungsgesetze

Datenschutzgesetz

Strafrecht, StGB 179^{quater}

Persönlichkeitsschutz nach ZGB Art. 28

- 1 Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen.
- 2 Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein **überwiegendes privates oder öffentliches Interesse** oder durch Gesetz gerechtfertigt ist.

Recht auf Privat- und Geheimsphäre:

Gemeinsphäre
Privatsphäre
Geheim-/Intimsphäre

Recht am eigenen Bild als Ausfluss des Pers. Rechts

spährenunabhängig:
- jede Bildaufzeichnung



Observation im Privatbereich oder mit Bildern ist widerrechtlich ausser Abs. 2 liegt vor

Überwiegendes Interesse: Abwägung BGE 136 III 410

Schutz der **Versicherten-**
gemeinschaft

Schutz der **Versicherung**


- Art des Leistungsanspruches
- Umfang/Höhe des Anspruches
- objektive Gebotenheit

Schutz des **Einzelnen**

Cave: Drittpersonen

Schwere des Eingriffes:

- Dauer
- «Intimität» der Aufzeichnungen
zulässig: Alltagsverrichtungen
- verhältnismässig: geeignet,
erforderlich (Anfangsverdacht)
und zumutbar - kein milderes
Mittel



Richtigstellung, Schadenersatz
O ≠ Beweismittel, nicht verwendbar
ev. Strafverurteilung n. Art. 179^{quater}

Überwiegendes Interesse: Abwägung BGE 136 III 410

Schutz der **Versicherten-**
gemeinschaft

Schutz der **Versicherung**

- Art des Leistungsanspruches
- Umfang/Höhe des Anspruches
- objektive Gebotenheit

Schutz des **Einzelnen**

Cave: Drittpersonen

Schwere des Eingriffes:

- Dauer
- «Intimität» der Aufzeichnungen
zulässig: Alltagsverrichtungen
- verhältnismässig: geeignet,
erforderlich (**Anfangsverdacht**,
kein milderes Mittel) und zumutbar

Eingriff ist zu tolerieren
O = Beweismittel, tauglich

Öffentliches Recht, Sozialversicherung Grundrechte

**Recht auf Achtung von Privat-/Familienleben, Wohnung, Korrespondenz
EMRK Art. 8.1**

Recht auf Leben und persönliche Freiheit BV 10

Rechtsgleichheit BV 8

**Schutz der Privatsphäre BV 13 I, Datenschutz BV 13 II (Informationelle
Selbstbestimmung)**

Mindestgarantien in einem gerichtlichen Verfahren BV 29 und 30

Keine Strafe ohne Gesetz BV 31 und 32

Art. 13 BV Schutz der Privatsphäre

Art. 13 Schutz der Privatsphäre

- ¹ Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs.
- ² Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten. (Konkretisiert im Datenschutzgesetz)

Art. 36 Einschränkung von Grundrechten, kumulativ:

¹ Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.

Genügen die gesetzlichen Grundlagen, O = schwerwiegend?

² Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.

Öffentliches Interesse? O = Falsch negativ - Falsch positiv

Missbrauchsbekämpfung – Generalverdacht –

Denunziantentum – Entsolidarisierung – Rechtsstaatlichkeit?

³ Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein. ***Verhältnismässig = geeignet, erforderlich, zumutbar***

⁴ Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.

Gesetzliche Grundlagen, Sozialversicherung

Art. 28.2 ATSG Auskunftspflicht (gemäss Lehre ungenügend)

Art. 43.1 ATSG Abklärung von Amtes wegen

Art. 57.1.c IVG Prüfung der Leistungsvoraussetzungen

Art. 59.5 IVG «Zur Bekämpfung des ungerechtfertigten Leistungsbezugs können die IV-Stellen Spezialisten beiziehen.

BGerichtspraxis

Bger: Gesetzliche Grundlage ausreichend:

BGE 132 V 241 Der Sozialversicherer darf für seine Sachverhaltsabklärungen Ergebnisse von Observationen verwerten, die rechtmässig durch einen **Privatversicherer** angeordnet wurden.

BGE 135 I 169 Observation einer versicherten Person durch einen von der Unfallversicherung beauftragten **Privatdetektiv** ist zulässig **kritisiert**

Urteil 8C_239/2008 17.12.2009 Observation im **Ausland** ist zulässig **kritisiert**

BGE 137 I 327 Observation im öff. Raum zulässig dazu gehört auch Balkon, Geeignetheit von Observationen

Kritik: u.a. L. Müller Jusletter 19.12.2011, Th. Gächter HAVE Personen-Schaden-Forum 2011 – Ausweitung räumlicher Anwendungsbereich, Ausweitung «Anfangsverdacht»

BGE 138 V 63 sofortige Rentenaufhebung aufgrund von Observationsmaterial des Haftpflichtversicherer ist nicht zulässig, umfassende (eigene) Sachverhaltsabklärung ist nötig

E-Art. 44a ATSG Überwachung

- 1 Eine Person, welche Versicherungsleistungen beantragt oder bezieht, kann ohne ihr Wissen überwacht werden,
wenn:
 - a. der Versicherer einen begründeten Verdacht hat, dass diese Person unrechtmäßig Leistungen bezieht respektive bezogen hat oder zu erhalten versucht; und
 - wenn
 - b. die bisherigen Abklärungen zu keinem Ergebnis geführt haben, ohne Aussicht auf Erfolg sind oder sich als ausserordentlich schwierig erweisen.
- 2 Die Anordnung der Überwachung wird mit Angaben über die den Verdacht begründenden Tatsachen in den Akten eingetragen.
- 3 Die Überwachung darf nur auf öffentlichem Grund erfolgen. Sie kann die Benutzung von Bildaufzeichnung beinhalten.
- 4 Die erfassten Daten werden im Dossier abgelegt. Falls sich der Verdacht nicht erhärtet, werden sie nach spätestens 10 Tagen gelöscht.
- 5 Der Versicherer kann einen Dritten mit der Überwachung beauftragen.
- 6 Er informiert die betroffene Person nach der Beendigung der Überwachung.

Observation und medizinische Begutachtung

- Verhältnismässigkeit = Geeignetheit
- medizinischer State of the Art
- rechtliche Anforderungen an ein Gutachten

Observation und medizinische Begutachtung

Geeignetheit der Observation

Missbrauchsbekämpfung (Versicherungsbetrug) = ist das identisch mit:

Feststellung des Ausmasses einer schwer fassbaren (d.h. nicht organisch, d.h. nicht bildgeberisch oder labortechnisch darstellbaren) Einschränkung????

- Alltagsverrichtungen – körperlicher Art
- psych. / kognitive Einschränkungen? Schmerz? Anpassung?
- normative Kraft der Observation?
 - Recht auf Teilhabe (z.B. Sozialkontakte)
- als Fremdanamnese im Kontext aller Erkenntnisse zu würdigen

Observation und medizinische Begutachtung

medizinischer State of the Art

- diskutabel ob O zu einem med. Gutachten gehört
- Grundvoraussetzung:
 - rechtmässige Observation
 - keine selektive Darstellung
- hohe Sorgfaltsanforderungen:
 - Anpassungsleistung - genaue Sichtung des gesamten Materials
 - Fachsicht ≠ Laiensicht
 - individuelle Leistungsvoraussetzungen, z.B. Sport
- Transparenz:
 - O im Kontext der Beschwerdeschilderung mit Exploranden zu besprechen
 - Vertrauensverhältnis der Begutachtung

Rechtliche Anforderung an medizinische Begutachtung

Beweiskraft eines Gutachtens:

- ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist,
- auf allseitigen Untersuchungen beruht,
- auch die **geklagten Beschwerden** berücksichtigt = Relation zu O
- in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist,
- in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und
- ob die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind.

Unabhängigkeit:

Was bewirkt O im Kopf des Gutachters? Welche Bilder werden bedient?

→ professionelle Reflektion

→ differenzierte Beschwerdevalidierung ≠ Beurteilung Lebensstil/-qualität

Fazit

- Observationen können ein taugliches Beweismittel zur Beurteilung von Versicherungsansprüchen sein
- Observationen stellen immer einen (schwerwiegenden) Eingriff in individuelle Rechte dar, an ihren Einsatz sind deshalb hohe Sorgfaltsanforderungen zu stellen
- die gesetzlichen Grundlagen (formales Gesetz, Leitlinien, Schranken) sind derzeit in der Schweiz dafür nicht ausreichend und sollten ergänzt werden*
- eine umfassendere Grundrechtsdiskussion bezüglich heutiger Observationspraxis /Missbrauchsbekämpfung, z.B. Teilhaberecht, Willkürverbot sollte im öffentlichen Interesse geführt werden
- die sachliche Geeignetheit von Observationen zur Beurteilung von funktionellen, medizinischen Leistungseinschränkungen sollte sich nach fachmedizinischen nicht Laieneinschätzungen (auch nicht richterlichen....) beurteilen
- der Versicherer hat in jedem Fall vor einer medizinischen Begutachtung allfälliges Observationsmaterial gegenüber dem Exploranden transparent zu machen, wenn es in der medizinischen Begutachtung bearbeitet werden soll

*vgl. Aebi-Müller,Eicker,Verde : Grenzen bei der Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation, in: Versicherungsmissbrauch, Riemer-Kafka, 2010