

recht

2/18

www.recht.recht.ch

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

36. Jahrgang

Inhalt

Grundsatzbeitrag

- 65 *Stephanie Motz*
Flüchtlinge mit Behinderungen
-

Vertiefungsbeiträge

- 76 *Roland Fankhauser*
Wider die Boulevardisierung der Verbrechen – ein Denkanstoss zugunsten von Betroffenen
- 83 *David Mühlemann*
Der (unzulässige) Strafbefehl im abgekürzten Verfahren
- 95 *Matthias Dürst*
Interessenabhängige Risikoverteilung im Auftragsverhältnis – das Beispiel der «clawback claims» im Fall Madoff
- 109 *Tizia Scharf*
Netflix & Co.: kartellrechtliche Zulässigkeit der Geoblocking-Praxis von Streamingdiensten
-

Im Fokus

- 120 *Kurt Pärli*
Observation von Versicherten – Der Gesetzgeber auf Abwegen



Impressum

Kontakt Verlag: Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
E-Mail: recht@staempfli.com

www.recht.recht.ch

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu richten. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden. Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im März, Juni, September und Dezember.

Abonnementspreise 2018

AboPlus

(Zeitschrift + Onlinezugang)

Schweiz: Normalpreis CHF 200.–,
für immatrikulierte Studenten CHF 155.–

Ausland: CHF 214.–

Onlineabo: CHF 178.–

Einzelheft: CHF 47.– (exkl. Porto)

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt. Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Abonnemente:

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88,
periodika@staempfli.com

Inserate:

Tel. 031 300 63 41, Fax: 031 300 63 90,
inserate@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2018

Gesamtherstellung: Stämpfli AG, Bern

Printed in Switzerland

ISSN 0253-9810 (Print)

e-ISSN 2504-1487 (Online)

Herausgeber und Redaktion

Privatrecht

SUSAN EMMENEGGER

Professorin für Privatrecht und
Bankrecht, Universität Bern

WOLFGANG ERNST

Professor für Römisches Recht
und Privatrecht, Universität Zürich

ROLAND FANKHAUSER

Professor für Zivilrecht und
Zivilprozessrecht, Universität Basel

ALEXANDRA JUNGO

Professorin für Zivilrecht,
Universität Freiburg

Wirtschaftsrecht

PETER JUNG

Professor für Privatrecht,
Universität Basel

PETER V. KUNZ

Professor für Wirtschaftsrecht
und Rechtsvergleichung,
Universität Bern

ROGER ZÄCH

Professor em. für Privat-,
Wirtschafts- und Europarecht,
Universität Zürich

Strafrecht

FELIX BOMMER

Ordinarius für Strafrecht, Straf-
prozessrecht und Internationales
Strafrecht, Universität Zürich

SABINE GLESS

Ordinaria für Strafrecht und Straf-
prozessrecht, Universität Basel

Öffentliches Recht

MARTINA CARONI

Ordinaria für Öffentliches Recht,
Völkerrecht und Rechtsvergleichung
im öffentlichen Recht,
Universität Luzern

NICOLAS F. DIEBOLD

Ordinarius für Öffentliches Recht
und Wirtschaftsrecht,
Universität Luzern

BERNHARD RÜTSCHÉ

Ordinarius für Öffentliches Recht
und Rechtsphilosophie,
Universität Luzern

DANIELA THURNHERR

Professorin für Öffentliches Recht,
insb. Verwaltungsrecht und
öffentliches Prozessrecht,
Universität Basel

Kurt Pärli

Observation von Versicherten – Der Gesetzgeber auf Abwegen

Gemäss einer Entscheidung des EGMR ist die Überwachung von Versicherten ein schwerer Eingriff in die Privatsphäre und bedarf einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage, die u. a. Vorhersehbarkeit und Verhältnismässigkeit der Überwachung regelt. Der Gesetzgeber müsste also ein Gesetz schaffen, mit dem der Überwachung klare Grenzen gesetzt und so die Grundrechte geschützt werden. Mit dem neuen Observationsartikel hat das Parlament genau das Gegenteil gemacht. Die Sozialversicherer erhalten weitreichende Kompetenzen zur Anordnung und Durchführung von Überwachungen ohne adäquate rechtsstaatliche Schranken.

Inhaltsübersicht

- I. Wie es zum Überwachungsgesetz kam
- II. So darf künftig überwacht werden
- III. Das Parlament hat versagt

I. Wie es zum Überwachungsgesetz kam

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) stellte in der Entscheidung *Vukota* gegen die Schweiz fest, dass die Überwachung von Personen, die Sozialversicherungsleistungen beziehen, einen schweren Eingriff in das in Art. 8 EMRK garantierte Menschenrecht auf Schutz des Familien- und Privatlebens darstellt.¹ Eine solche Überwachung bedürfe einer ausdrücklicheren Grundlage in einem Gesetz. Im Unterschied zum Bundesgericht² genügte dem EGMR die Abklärungsbefugnis in Art. 43 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) in Verbindung mit Art. 96 des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (UVG) nicht als gesetzliche Grundlage. Der EGMR schreibt in seinem Urteil auch inhaltliche Kriterien an ein Überwachungsgesetz vor. So müssen die gesetzlichen Bestimmungen klar und detailliert ausgestaltet sein. Für die betroffenen Personen muss vorhersehbar sein, wann sie mit einer verdeckten Überwachung rechnen müssen.³ Der EGMR verlangt weiter, dass die Art, der Umfang, die Dauer sowie die Voraussetzungen der Überwachung geregelt werden müssen. Auch ist erforderlich, dass die Kontrolle der Überwachung sichergestellt ist und der über-

wachten Person müssen Rechtsmittel zur Verfügung stehen.⁴

Das EGMR-Urteil führte dazu, dass die Unfallversicherer die Überwachung von Versicherten vorerst einstellten. Gestützt auf die EGMR-Entscheidung kam das Bundesgericht im Urteil vom Juli 2017 zum Schluss, dass es auch im Invalidenversicherungsgesetz an einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage für eine Überwachung fehlt.⁵ Dadurch wurde der Druck auf den Gesetzgeber, möglichst rasch eine gesetzliche Grundlage für die Überwachung zu schaffen, noch erhöht. Im Eilzugtempo hat das Parlament nun mit Art. 43a ATSG einen Observationsartikel geschaffen.⁶ Das Tempo und der Druck seitens der Versicherer bekamen dem Gesetz nicht gut.

II. So darf künftig überwacht werden

Der neue Observationsartikel birgt mehrere Probleme. So braucht es für die Überwachung, mit Ausnahme des Anbringens von GPS-Trackern, keine richterliche Genehmigung. Für die Überwachung genügt ein im Gesetz sehr vage umschriebener Anfangsverdacht.⁷ Wenn keine GPS-Tracker eingesetzt werden, kann «eine Person mit Direktionsfunktion im fallbearbeitenden Bereich oder im Bereich Leistungen des Versicherungsträgers» die Überwachung anordnen.⁸ Der Versicherungsträger kann externe Spezialistinnen und Spezialisten

¹ EGMR vom 18. Oktober 2016 – Nr. 61838/10, *Vukato-Bojic/Schweiz*.

² BGE 135 I 169.

³ EGMR vom 18. Oktober 2016 – Nr. 61838/10, *Vukato-Bojic/Schweiz*, Rz. 66.

⁴ EGMR vom 18. Oktober 2016 – Nr. 61838/10, *Vukato-Bojic/Schweiz*, Rz. 68.

⁵ BGE 143 I 377. Im konkreten Fall erachtet das Bundesgericht indes trotz fehlender rechtlicher Grundlage die Verwertung des Observationsmaterials angesichts des überwiegenden öffentlichen Interesses an der Aufdeckung des Versicherungsbetruges als zulässig.

⁶ Gegen das Gesetz wurde das Referendum ergriffen, siehe <http://www.grundrechte.ch/referendum-gegen-versicherungsspione.html>

⁷ Art. 43a Abs. 1 lit. a und b ATSG.

⁸ Art. 43a Abs. 2 ATSG (neu).

mit der Observation beauftragen.⁹ Die Überwachung ist nicht nur an allgemein zugänglichen Orten zulässig, sondern auch an Orten, «die von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar sind».¹⁰ Eine Beschränkung des Einsatzes technischer Mittel für die Überwachung ist nicht vorgesehen. Selbst Drohnen sind also als Observationsinstrumente nicht ausgeschlossen. Art. 43a ATSG (neu) hält lediglich fest, dass der Versicherungsträger dabei (bei der Observation) Bild- und Tonaufzeichnungen einsetzen darf. Weiter regelt das Gesetz die zulässige Dauer der Observation. Eine solche darf höchstens 30 Tage innerhalb eines Zeitfensters von sechs Monaten dauern, wobei eine Verlängerung um nochmals sechs Monate angeordnet werden darf (durch die Versicherung selbst), wenn hinreichende Gründe dafür bestehen.¹¹

Nicht oder kaum geregelt werden die Rechte der betroffenen Personen. Vorgesehen ist lediglich, dass spätestens vor Erlass der Verfügung über die Leistung eine Information über die Art und Dauer der erfolgten Observation geschuldet ist. Sollte sich durch die Observation der Verdacht des missbräuchlichen Bezugs von Leistungen nicht bestätigen, muss der Versicherungsträger eine Verfügung über die Art und Dauer der erfolgten Observation erlassen. Das Observationsmaterial ist in diesen Fällen zu vernichten, soweit nicht die versicherte Person ausdrücklich verlangt, dass das Material in den Akten verbleibt. Weitergehende Rechte der Versicherten finden sich im Observationsartikel nicht. Auch fehlt eine Bestimmung, die der Verwertung von Überwachungsmaterial, das entgegen den geltenden Vorschriften beschafft wurde, einen Riegel schiebt.

III. Das Parlament hat versagt

Sozialversicherungsmissbrauch ist nach Art. 148a Strafgesetzbuch (StGB) strafbar. Für die Strafverfolgung sind die entsprechenden Strafrechtsbehörden zuständig. Wenn sich herausstellt, dass eine Person die Sozialversicherungsleistungen in betrügerischer Weise bezieht oder bezogen hat, so erfolgt eine entsprechende strafrechtliche Sanktionierung und selbstverständlich auch eine Rückzahlungspflicht der unrechtmässig bezogenen Leistungen. Das ist auch richtig so. Es ist aber grundsätzlich fraglich, ob *Sozialversicherungen* die Kompetenz haben sollen, Überwachungen anzuordnen und durchzuführen oder ob dies nicht vielmehr Sache

der Polizei und Justiz sein soll. Vieles spricht für eine klare Aufgabenteilung: Sozialversicherungsbehörden haben abzuklären, ob die Voraussetzungen für den Leistungsbezug vorliegen oder nicht. Wenn Zweifel bestehen, ob eine Person wirklich aus Krankheits- und Unfallgründen arbeitsunfähig oder invalid ist, dann sind die Sozialversicherungsbehörden berechtigt und auch verpflichtet, mit (zusätzlichen) ärztlichen Untersuchungen, Gutachten usw. die notwendigen Klärungen vorzunehmen. Die versicherten Personen sind umfassend zur Mitwirkung verpflichtet, einschliesslich der Teilnahme an solchen Untersuchungen. Wenn nun trotz all dieser Abklärungen der Verdacht eines Missbrauchs besteht, so kann schon heute auf dem Wege einer Strafanzeige die Justiz eingeschaltet werden. Die Strafermittlungsbehörden haben zum einen die entsprechenden Kompetenzen zur Aufdeckung betrügerischen Verhaltens und sind zum anderen in einen klaren rechtstaatlichen Rahmen eingebunden. Beides ist bei den Sozialversicherungsbehörden nicht der Fall.

Wenn sich der Gesetzgeber entscheidet, dass verdeckte Ermittlungen auch für die Sozialversicherungsbehörden zulässig sein sollen, dann muss er diese «Sozialversicherungspolizei» rechtsstaatlich ausgestalten. Das würde bedeuten, dass bereits auf Gesetzesstufe klare Anforderungen an die Aus- und Weiterbildung der Ermittler vorgeschrieben sind, die Kontrolle der Kontrolleure gewährleistet wäre, die Überwachten vergleichbare Rechte wie im Strafprozess haben müssten usw. Der Gesetzgeber hätte zudem betreffend zulässige Überwachungsmittel eine rote Linie ziehen müssen. Geräte, die es erlauben, in den Privatbereich oder gar den Geheimbereich von Bürgerinnen und Bürgern einzudringen, sollten nicht erlaubt werden. Der Einsatz solcher Instrumente mag zur Bekämpfung schwerster Straftaten oder Terrorismus zum Schutze von Leib und Leben der Bürgerinnen und Bürger zulässig sein, aber sicher nicht standardmässig zur Überwachung von Bezügerinnen und Bezüger von Sozialversicherungsleistungen aufgrund eines im Gesetz kaum geregelten konkreten Anfangsverdachts.

Ein Überwachungsgesetz soll staatliche Macht hemmen, denn in einem liberalen Staat ist die Überwachung Privater auf ein absolutes Minimum zu beschränken. Leider hat unser Parlament genau das Gegenteil gemacht. Es hat ein Gesetz geschaffen, das den Sozialversicherungsträgern, also etwa den IV-Stellen, den Ausgleichskassen, Krankenkassen oder Unfallversicherern (auch Privatversicherern, die das UVG durchführen) zum Teil weitergehende Überwachungskompetenzen verleiht, als sie den Behörden im Strafverfahren oder im Nachrichtendienst zustehen.

⁹ Art. 43a Abs. 6 ATSG (neu), der Bundesrat erhält in Art. 43a Abs. 9 lit. c den Auftrag, die Anforderungen an die Spezialistinnen und Spezialisten zu regeln.

¹⁰ Art. 43a Abs. 4 lit. a und b ATSG (neu).

¹¹ Art. 43a Abs. 5 ATSG.

Der neue Gesetzesartikel ermächtigt alle Sozialversicherungen, die dem Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG unterstehen, zur Abklärung eines allfälligen missbräuchlichen Bezugs von Sozialversicherungsleistungen, Überwachungen durchzuführen bzw. zu beauftragen. Das kann weitreichende Folgen haben. Sozialversicherungsleistungen werden nicht voraussetzungslos gewährt, die Versicherten trifft eine sogenannte Schadenminderungspflicht, die in den letzten Jahren zunehmend verschärft wurde. Die Versicherten sind aufgefordert, alles zu tun, um Unfälle, Krankheiten, Arbeitslosigkeit und Invalidität zu vermeiden bzw. die finanziellen Folgen solcher Ereignisse für die Sozialversicherungen möglichst gering zu halten. Der rechtmässige Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen hat also viel mit unserem Verhalten sowohl im beruflichen als auch im privaten Bereich zu tun. Mit dem neuen Gesetz eröffnet sich für die Sozialversicherungsträger ein riesiges Potenzial für Überwachungen.

Die nun gesetzlich erlaubten Überwachungsmöglichkeiten durch die Sozialversicherungen stellen sämtliche Bezüger/innen von Leistungen unter Generalverdacht des Missbrauchs, und sie fördern eine gegenseitige Misstrauenskultur. Es ist in Erin-

nerung zu rufen, wofür Sozialversicherungen da sind: Sie dienen der Absicherung wirtschaftlicher Folgen elementarer Lebensrisiken wie Krankheit, Unfall, Invalidität oder Arbeitslosigkeit. Die Versicherten leisten auf der Grundlage ihres Erwerbseinkommens nicht unerhebliche Beiträge an die Finanzierung dieser Sozialwerke. Wie soll die versicherte Person bei Eintritt eines versicherten Risikos den Sozialversicherungsbehörden vertrauen können, wenn diese aufgrund dieses Gesetzes auf blossen Verdacht eines unrechtmässigen Leistungsbezuges hin eine Überwachung in die Wege leiten dürfen? Der Sozialstaatsgedanke wird so mit Füssen getreten. Nur nebenbei bemerkt: Zahlreiche Personen und Institutionen beziehen in irgendeiner Weise Leistungen vom Staat, man denke an die Unterstützung der Landwirtschaft oder Fördermittel für bestimmte Regionen, Wirtschaftszweige usw. Auch hier könnte der Gesetzgeber auf den Geschmack kommen, die Rechtmässigkeit der Voraussetzungen des Leistungsbezuges durch flächendeckende Überwachungen abzuklären. Vermutlich wird er dies aber nicht tun, denn die Nutzniesser solcher staatlichen Transferleistungen haben eine schlagkräftigere Lobby im Parlament als die Bezüger/innen von Sozialversicherungsleistungen.

Mit der Rubrik *Im Fokus* hat recht ein Forum geschaffen, in welchem ausgewählte Juristinnen und Juristen zu aktuellen und gesellschaftlich relevanten Fragestellungen aus subjektiver Sicht und pointiert Stellung nehmen können. *Im Fokus* soll auf Probleme oder Mängel im geltenden Recht hinweisen, Debatten eröffnen oder bereichern, alternative Optiken vermitteln und allen Leserinnen und Lesern lebhafter Denkanstoss sein.