

Regina Aebi-Müller / Andreas Eicker / Michel Verde

Verfolgung von Versicherungsmisbrauch mittels Observation – Grenzen aus Sicht des Privat-, des öffentlichen und des Strafrechts

Versicherungsmisbrauch ist ein Thema, das die Gemüter bewegt. Sowohl in der Sozialversicherung wie auch in der privaten Unfallversicherung besteht das dringende Anliegen, Personen, die eine gesundheitliche Beeinträchtigung nur vortäuschen, zu überführen. Weil dies nicht immer mittels ärztlicher Gutachten gelingt, wird nicht selten zum Mittel der Observationegriffen. Der nachfolgende Beitrag will die Grenzen des noch Zulässigen aufzeigen.

Rechtsgebiet(e): Sozialversicherungsrecht

Zitervorschlag: Regina Aebi-Müller / Andreas Eicker / Michel Verde, Verfolgung von Versicherungsmisbrauch mittels Observation – Grenzen aus Sicht des Privat-, des öffentlichen und des Strafrechts, in: Jusletter 3. Mai 2010

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung und Problemstellung
 - A. Observation bei Verdacht auf Versicherungsmissbrauch
 - B. Elemente der Ermittlungstätigkeit
 - 1. Begriff der Observation
 - 2. Observationsarten
 - 3. Observationsorte
 - 4. Observationsinhalte
 - 5. Abgrenzung: Befragung Dritter und Hausbesuche
 - C. Übersicht über die betroffenen Rechtsgebiete
- II. Privatrecht
 - A. Ausgangslage
 - B. Widerrechtlichkeit und Rechtfertigung
 - C. Eingriff in die rechtlich geschützte Persönlichkeit
 - 1. Exkurs: die Sphärentheorie
 - 2. Schutz der Geheim- und der Privatsphäre
 - 3. Insbesondere Aufzeichnung auf einen Bildträger
 - D. Rechtfertigung eines Eingriffs
 - 1. Grundsätzliches
 - 2. Überwiegende öffentliche oder private Interessen
 - 3. Einwilligung und Gesetz
 - E. Rechtsfolgen einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung
 - 1. Passivlegitimation
 - 2. Spezifische Klagen des Persönlichkeitsschutzes
 - 3. Allgemeine Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung
 - F. Prozessuale Beweisverwertung
- III. Öffentliches Recht
 - A. Anwendungsbereich
 - B. Eingriff in die Grundrechte
 - C. Rechtmäßigkeit des Eingriffs
 - 1. Übersicht
 - 2. Gesetzliche Grundlage
 - a) Allgemeines
 - b) Gesetzliche Grundlage für die Observation im Sozialversicherungsrecht?
 - c) Rechtsprechung
 - d) Entwurf zu einem neuen Art. 44a ATSG
 - 3. Öffentliches Interesse
 - 4. Verhältnismäßigkeit
 - a) Übersicht
 - b) Eignung
 - c) Erforderlichkeit
 - d) Zumutbarkeit
 - 5. Wahrung des Kerngehalts
 - D. Verwertung der Beweisergebnisse
- IV. Datenschutzrechtliche Aspekte
- V. Strafrecht
 - A. Ausgangslage und Problemstellung
 - B. Übersicht zu Art. 179quater StGB
 - 1. Tatobjekt: Tatsachen aus dem Geheim- und Privatbereich
 - 2. Tathandlung: Beobachten mit einem Aufnahmegerät
 - C. Rechtfertigung
 - 1. Allgemeines
 - 2. Notwehr
 - 3. Notstand
 - 4. Gesetzlich erlaubte Handlung und überwiegendes Interesse
 - D. Art. 179quater StGB als absolute Grenze der Observation?
- VI. Exkurs: internationale Verhältnisse
 - A. Problemstellung
 - B. Privatrecht
 - 1. Zuständigkeit
 - 2. Anwendbares Recht

- 3. Beweisverwertung
- C. Öffentliches Recht
- VII. Ergebnis

I. Einleitung und Problemstellung

A. Observation bei Verdacht auf Versicherungsmissbrauch

[Rz 1] In den vergangen Jahren haben dreiste Missbrauchsfälle immer wieder heftige emotionale Reaktionen in der Bevölkerung ausgelöst. Der Missbrauch der Sozialhilfe und der Sozialversicherungen – allen voran der Invalidenversicherung – befindet sich seit einigen Jahren im Visier der helvetischen Politik.¹ Als Remedur wird nicht selten die Observation genannt. Dabei handelt es sich um eine besondere Sachverhaltsabklärungsmassnahme seitens der Versicherer, die in der Regel auf die Ablehnung oder Kürzung von Leistungen abzielt.² Sie ist, wie nachfolgend darzulegen sein wird, rechtlich nicht unproblematisch.

[Rz 2] Zum Mittel der Observation greifen Versicherer verschiedenster Art. Je nachdem, ob der Versicherer privat- oder öffentlich-rechtlich handelt, ist die Zulässigkeit einer Observation nach privatem oder nach öffentlichem Recht zu beurteilen. Darüber hinaus stellen sich bei einer Observation auch datenschutz- und strafrechtliche Fragen.

B. Elemente der Ermittlungstätigkeit

1. Begriff der Observation

[Rz 3] Observation bedeutet Beobachtung oder Überwachung.³ Nach der Formulierung des Bundesgerichts sollen damit «Tatsachen, welche sich im öffentlichen Raum verwirklichen und von jedermann wahrgenommen werden können (beispielsweise Gehen, Treppensteigen, Autofahren, Tragen von Lasten oder Ausüben sportlicher Aktivitäten), systematisch gesammelt und erwährt werden.»⁴ Im Unterschied zur verdeckten Ermittlung im Sinne des Bundesgesetzes über verdeckte Ermittlungen ist es nicht Sinn und Zweck einer Observation, dass Kontakte zur überwachten Person geknüpft werden, um in ihr Umfeld einzudringen.⁵ Die Observation von Versicherungsleistungsempfängern erfolgt für gewöhnlich mittels Einsatz eines Privatdetektivs.

¹ Vgl. NZZ vom 28. August 2009, Drehen an der Anti-Betrugs-Schraube.

² KIESER UELI, Überwachung – Eine Auslegung von Art. 44a ATSG (Entwurf), hill 2009, Fachartikel 1 (zit. KIESER, ATSG 44a), Kap. IV lit. c.

³ Duden, Die deutsche Rechtschreibung, 25. Aufl., Mannheim / Wien / Zürich 2009, Stichwort «Observation»; vgl. Brockhaus, Die Enzyklopädie, Studienausgabe, 20. Aufl., Leipzig 2001, Stichwort «Observation».

⁴ Urteil des Bundesgerichts 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009, E. 6.3; BGE 135 I 169 / 171, E. 4.3.

⁵ BGE 135 I 169 / 171, E. 4.3 (bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009, E. 6.3).

2. Observationsarten

[Rz 4] Die Observation kann sich auf reines Beobachten und Rapportieren beschränken. In der Regel werden jedoch darüber hinaus Foto- oder Videoaufnahmen angefertigt. Diese können sich auf bestimmte Momente beschränken, in denen die entscheidenden Tatsachen zu Tage treten, oder ganze Abläufe innerhalb einer bestimmten Zeitspanne dokumentieren. Es ist regelmässig damit zu rechnen, dass mehr als nur die abzuklärenden Tatsachen bildlich festgehalten werden.

3. Observationsorte

[Rz 5] Wo sich die Observation abspielt, ist für die Beurteilung von deren Zulässigkeit von grosser Bedeutung. Rechtlich relevant ist namentlich die Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Räumlichkeiten, Fahrzeugen oder Aussenbereichen. Dabei können sowohl private als auch öffentlich zugängliche Observationsorte entweder frei einsehbar oder sichtgeschützt sein. Entsprechend verändert sich die Erwartungshaltung der observierten Person: In einem privaten, nur schwer einsehbaren Raum wird sie sich oft anders verhalten als auf einem öffentlichen Platz, weil sie sich unbeobachtet fühlt. Für den Versicherer kann eine Observation an solchen Orten deshalb von besonderem Interesse sein. Gleichzeitig stellt sich hier in erhöhtem Mass die Frage, ob eine Observation rechtmässig ist.

4. Observationsinhalte

[Rz 6] Als Observationsinhalte kommen alle Tatsachen in Betracht, die Rückschlüsse auf die körperliche Leistungsfähigkeit, die Arbeitsfähigkeit, Schmerzen usw. zulassen, wie beispielsweise Gehen, Treppensteigen, Arbeiten, Autofahren, Heben und Tragen von Lasten oder Ausüben sportlicher Aktivitäten.⁶ Je nach behaupteter Behinderung oder Beeinträchtigung sind die Observationsinhalte mehr oder weniger «privater» Natur. Ziel der Beobachtungen ist es, herauszufinden, ob Tatsachen vorliegen, die den Schluss nahe legen, dass der Versicherungsleistungsempfänger nicht an den von ihm geltend gemachten Gebrechen leidet.

[Rz 7] Beispielsweise konnte anhand von Observationsergebnissen festgestellt werden,

- dass die versicherte Person bis zu zwölf Stunden am Tag arbeitete und damit nicht erheblich arbeitsunfähig war;⁷
- dass die versicherte Person weder bei ihrer Fussballtrainer-Tätigkeit noch als Spieler irgendwelche Anzeichen von Schmerzen oder körperlichen Einschränkungen offenbarte;⁸

- dass die versicherte Person in der Lage war, Lasten zu heben und in gebückter Stellung zu arbeiten;⁹
- dass die versicherte Person auch schwere, stark belastende Gartenarbeiten durchführen konnte,¹⁰ oder
- dass die versicherte Person auch anstrengende Putzarbeiten durchführen und ein Auto lenken konnte.¹¹

5. Abgrenzung: Befragung Dritter und Hausbesuche

[Rz 8] Ergänzend oder alternativ zur Observation kommt auch eine Befragung von Drittpersonen aus dem Umfeld des Versicherungsleistungsempfängers als Sachverhaltsabklärungsmassnahme in Betracht. Weiter kommt es in der Praxis vor, dass die Behörden Hausbesuche durchführen. Auf diese beiden Sachverhaltsabklärungsmassnahmen wird im Folgenden nicht näher eingegangen.

C. Übersicht über die betroffenen Rechtsgebiete

[Rz 9] Die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit einer Observation betrifft gleichzeitig mehrere Rechtsgebiete:

- Zunächst soll geprüft werden, inwiefern der privatrechtliche Schutz der Persönlichkeit einer Observation entgegensteht. Diese Frage ist dann zu prüfen, wenn die Observation von einem privaten Versicherer ausgeht, der nicht-öffentliche Aufgaben wahrt (Kapitel II).
- Handelt nicht ein Privater, sondern geht die Observation von einem Versicherer aus, der Teil der öffentlichen Hand ist oder in deren Auftrag handelt, so steht nicht das Privatrecht im Vordergrund. Vielmehr ist diesfalls zu prüfen, ob die Observation vor den Grundrechten der betroffenen Person standzuhalten vermag (Kapitel III).
- Dabei stellt sich sowohl im öffentlichen Recht wie auch im Privatrecht die Frage nach der Verwertbarkeit der erlangten Observationsergebnisse.
- Zu prüfen ist ferner, ob das Datenschutzrecht, das gleichermaßen auf Bundesbehörden wie auf Private anwendbar ist, eine (weitergehende) Grenze der Observation bildet (Kapitel IV).
- Gewisse Formen der Observation können strafrechtlich relevant sein. Es ist daher auch zu prüfen, inwieweit sich die auftraggebende Versicherungsgesellschaft oder der observierende Privatdetektiv strafrechtlich verantwortlich machen (Kapitel V).

⁶ Vgl. ferner BGE 135 I 169 / 171, E. 4.3.

⁷ BGE 135 I 169, nicht veröffentlichte Erwägung 7.7 (siehe Urteil des Bundesgerichts 8C_807/2008 vom 15. Juni 2008).

⁸ Urteil des Bundesgerichts 8C_806/2007 vom 7. August 2008, E. 9.3.2.

⁹ KGer St. Gallen, Urteil vom 15. November 2005, E. IV.3b.

¹⁰ BGE 132 V 241 / 243, E. 2.5.2.

¹¹ BGE 129 V 323 / 324, E. 3.3.3.

- Und schliesslich können sich Fragen des internationalen Rechts stellen, wenn die Observation im Ausland erfolgen soll (Kapitel VI).

II. Privatrecht

A. Ausgangslage

[Rz 10] In privatrechtlicher Hinsicht kann die Observation eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB bewirken. Der Begriff der Persönlichkeit ist zwar keiner einfachen Definition zugänglich,¹² der Anschaulichkeit halber (und nur zu diesem Zweck¹³) kann aber auf «Persönlichkeitsgüter» oder «Persönlichkeitsbereiche» zurückgegriffen werden, die Lehre und Praxis zu Art. 28 ZGB herausgearbeitet haben. Im vorliegenden Kontext steht der **Schutz der informationellen Privatheit** («Privatsphärenschutz») im Vordergrund. Danach soll der einzelne – in gewissen Grenzen – selbst bestimmen dürfen, wer welches Wissen über ihn haben darf und welche personenbezogenen Begebenheiten und Ereignisse seines Lebens einer weiteren Öffentlichkeit verborgen bleiben sollen.¹⁴ Die Tatsachen,¹⁵ deren Geheimhaltung eine Person wünscht, brauchen nicht ehrenrührig zu sein.

B. Widerrechtlichkeit und Rechtfertigung

[Rz 11] Nach dem Gesetzeswortlaut ist die Widerrechtlichkeit einer Persönlichkeitsverletzung ohne weiteres gegeben, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Art. 28 Abs. 2 ZGB).¹⁶ Somit liegt eine zweistufige Prüfung der Widerrechtlichkeit nahe:¹⁷ In einem ersten Schritt wird festgestellt ob eine (grundsätzlich widerrechtliche) Persönlichkeitsverletzung vorliegt. Erst in einem zweiten Schritt wechselt der Blick zum Verletzer und dessen Motiven, d. h. zur Frage, ob ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.¹⁸

[Rz 12] Das beschriebene Vorgehen empfiehlt sich aus verschiedenen Gründen.¹⁹ Die Unterscheidung von Tatbestands-

mässigkeit (Verletzung) und Rechtswidrigkeit weist einerseits einen methodologischen Vorteil auf: Die Zweiteilung «erlaubt es, sich zuerst, nämlich bei der Frage, ob überhaupt eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, auf die Einwirkung auf die betroffene Person zu konzentrieren und erst anschliessend bei der Frage der Widerrechtlichkeit auch die Handlungsgründe des Verletzers in die Betrachtung einzubeziehen».²⁰ Das Vorgehen in zwei gedanklichen Schritten ermöglicht sodann eine adäquate Beweislastverteilung: Der Betroffene muss nachweisen, dass er tatsächlich in seiner Persönlichkeit verletzt wurde; demgegenüber muss der Eingreifer das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen darstellen und er trägt die Folgen einer diesbezüglichen Beweislosigkeit.²¹ Der verletzende Eingriff ist somit zwangsläufig widerrechtlich, wenn kein Rechtfertigungsgrund nachgewiesen wird.²²

C. Eingriff in die rechtlich geschützte Persönlichkeit

1. Exkurs: die Sphärentheorie

[Rz 13] Mit der Entwicklung der sog. **Sphärentheorie** versuchten Lehre und Rechtsprechung in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts die Grenzen des gerade noch Zulässigen möglichst konkret auszuloten. Dabei geht man traditionellerweise von einer **Dreiteilung des gesamten Lebensbereichs eines Menschen** in einen Geheim-, einen Privat- und einen Gemeinbereich aus. Die genannten Begriffe werden allerdings uneinheitlich verwendet. An Stelle der Geheimsphäre ist auch von der Intimsphäre die Rede, anstatt Gemeinbereich verwendet man auch den Ausdruck «Öffentlichkeitssphäre». Die Zuordnung personenbezogener Informationen zu einer dieser Sphären, die man sich als konzentrische Kreise denken kann, soll die Beantwortung der Frage erleichtern, ob überhaupt eine Verletzung der Persönlichkeit vorliegt und wie schwer diese wiegt. So sind die in die Geheimsphäre fallenden Lebensäußerungen absolut geschützt vor Kenntnisnahme und Weiterverbreitung.²³ Eine Verletzung der Persönlichkeit entfällt umgekehrt insbesondere dann von vornherein, wenn es um Tatsachen aus der Öffentlichkeitssphäre geht, weil diese Tatsachen grundsätzlich unbeschränkt zur Kenntnis genommen und weiterverbreitet werden dürfen. Tatsachen, die der zwischen diesen Bereichen anzusiedelnden Privatsphäre zugehörig sind, sind

¹² Dazu eingehend AEBI-MÜLLER REGINA E., Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Bern 2005, Rzn 35 ff.

¹³ Siehe AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rzn 82 ff.

¹⁴ HAUSHEER HEINZ / AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2008, Rz. 12.113; vgl. auch BUCHER ANDREAS, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Aufl., Basel 2009, Rz. 453.

¹⁵ Zum Begriff der Tatsache siehe hinten, Kap. V / B / 1.

¹⁶ Vgl. zur Theorie des Erfolgsunrechts bereits AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rzn 105 ff.

¹⁷ Vgl. u.a. TERCIER PIERRE, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984, Rzn 590 ff.; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER (Fn. 14), Rz. 12.13.

¹⁸ Die persönlichkeitsrechtliche Literatur sowie die Gerichtspraxis folgen diesem Schema praktisch einhellig. Siehe die Verweise bei AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 167, Fn. 455.

¹⁹ Im Einzelnen AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rzn 167 ff.

²⁰ GEISER THOMAS, Persönlichkeitsschutz: Pressezensur oder Schutz vor Meidienmacht?, SJZ 92 (1996), S. 73 ff., S. 74.

²¹ Vgl. anstatt vieler TERCIER (Fn. 17), Rz. 599; AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 514.

²² Ohne hier auf Details eingehen zu können, ist nachfolgend von der Erfolgsunrechtstheorie auszugehen, wonach der rechtswidrige Erfolg die Widerrechtlichkeit ohne weiteres indiziert. Im Einzelnen dazu AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rzn 105 ff.

²³ Grundlegend BGE 97 II 101. Siehe zum Ganzen AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rzn 527 ff.

zwar grundsätzlich geschützt, ein Eingriff kann aber durch überwiegende Interessen als gerechtfertigt erscheinen.

[Rz 14] Die Sphärentheorie ist Gegenstand fundierter **Kritik** geworden, die hier nur stark verkürzt wiedergegeben werden soll:²⁴

[Rz 15] Erstens bleibt unklar, ob die Abgrenzung nach **objektiven oder nach subjektiven Kriterien** erfolgt: Gehört in die Privat- oder Geheimsphäre alles, was die betroffene Person aus bestimmten – mehr oder weniger lauteren oder nachvollziehbaren – Gründen geschützt habe will? Oder kommt es auf objektive Elemente an, wie beispielsweise die Unbekanntheit einer bestimmten Tatsache? Falls die Abgrenzung sich nach dem subjektiven Geheimhaltungswillen der betroffenen Person richtet, entfällt freilich der Nutzen der Theorie: Unzulässig wäre dann jeder Eingriff, den der Betroffene ablehnt²⁵ – wozu die Aufdeckung eines Versicherungsbetruges stets gehören dürfte.

[Rz 16] Noch grundlegender bleibt offen, ob die ungeschützte Öffentlichkeitssphäre **örtlich** definiert wird (also danach, ob sich die fragliche Tatsache an einem öffentlich zugänglichen Ort abspielt) oder ob es um den **informationellen Gehalt** der Tatsache geht, also darum, ob die Tatsache die Öffentlichkeit etwas «angeht» oder nicht. Überdies ist auch kaum eine Öffentlichkeitssphäre denkbar, in der die betroffene Person gänzlich ungeschützt wäre.²⁶

[Rz 17] Sodann vermischt die praktische Anwendung der Sphärentheorie den Unterschied zwischen Persönlichkeitsverletzung und Rechtfertigung. Die unterschiedlichen Kriterien zur Abgrenzung der Sphären enthalten bereits Elemente einer Gewichtung der in Frage stehenden Interessen, also der **Güterabwägung**: Wiegt das Kenntnisinteresse sehr hoch, wird der Richter daher eine bestimmte Tatsache nicht der Geheimsphäre zuordnen, weil sonst keine Rechtfertigung denkbar ist.²⁷

[Rz 18] Im Einzelfall darf daher nicht einseitig mit Sphären argumentiert werden, auch wenn diese Begriffe für eine erste Einordnung eines möglicherweise persönlichkeitsverletzenden Verhaltens nützlich sein können. Vielmehr ist zu fragen, ob die konkrete Verletzungshandlung – hier: eine bestimmte Observation – tatsächlich zu einer **rechtlich relevanten Beeinträchtigung** des Betroffenen geführt hat.

[Rz 19] Auf die Sphärentheorie wird nicht nur im Privatrecht, sondern auch im **Strafrecht** zurückgegriffen,²⁸ dagegen ist im öffentlichen Recht und im Datenschutzrecht

regelmässig die Rede von einem «Recht auf informationelle Selbstbestimmung».²⁹

2. Schutz der Geheim- und der Privatsphäre

[Rz 20] Folgt man der Sphärentheorie, so gehören die beiden inneren Kreise – d. h. die Geheim- und die Privatsphäre – zum rechtlich geschützten Persönlichkeitsbereich.³⁰

[Rz 21] Der **Geheimbereich** umfasst nach dieser Vorstellung diejenigen Lebenssachverhalte, welche eine Person der Wahrnehmung und dem Wissen aller anderen Personen entziehen oder nur ganz bestimmten Personen anvertrauen möchte, wie z. B. innerfamiliäre Konflikte, sexuelle Verhaltensweisen, körperliche Leiden, persönliche rituelle Handlungen oder gewisse geschäftliche Verabredungen.³¹ Dabei ist sowohl in privatrechtlicher als auch in strafrechtlicher Hinsicht bedeutsam, dass das Geheimhaltungsinteresse und der Geheimhaltungswille zumindest aus den Umständen heraus erkennbar sind.³² Geht man mit einem Teil der Literatur davon aus, dass die in die Geheimsphäre fallenden Lebensäußerungen «absolut» vor Kenntnisnahme und Weiterverbreitung geschützt sind, muss bei deren Verletzung eine Rechtfertigung durch Interessenabwägung³³ von vornherein scheitern. In der schweizerischen Rechtsprechung wird allerdings die Vorstellung eines «absoluten Schutzes» nicht völlig durchgehalten.³⁴

[Rz 22] Überhaupt keine Verletzung der Persönlichkeit liegt umgekehrt dann vor, wenn Tatsachen aus der **Öffentlichkeitssphäre** betroffen sind, weil diese Tatsachen grundsätzlich unbeschränkt zur Kenntnis genommen und weiter verbreitet werden dürfen. Zur Öffentlichkeitssphäre gehören Lebenserscheinungen, die sich in der Öffentlichkeit abspielen und die von jedermann wahrgenommen werden können oder die – insbesondere durch öffentliches Auftreten – von

²⁴ Eingehend AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rzn 19 ff.

²⁵ AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rzn 521 f.

²⁶ Siehe dazu sogleich Kap. II / C / 2, zum sog. privat-öffentlichen Verhalten.

²⁷ AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 535.

²⁸ Dazu hinten, Kap. V / B / 1.

²⁹ Zur Problematik dieses Begriffs eingehend AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rzn 591 ff.

³⁰ BGE 97 II 97 / 101, E. 3. Zum strafrechtlichen Schutz siehe hinten, Kap. V. Zum öffentlich-rechtlichen Schutz siehe hinten, Kap. III.

³¹ BGE 97 II 97 / 100 f., E. 3; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER (Fn. 14), Rz. 12.119. Zum strafrechtlichen Begriff der Geheimsphäre vgl. BGE 118 IV 41 / 46, E. 4a; CORBOZ BERNARD, Les infractions en droit suisse, Volume I, Bern 2002, StGB 179quater N 6; DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Aufl., Zürich 2008, S. 392; von INS PETER / WYDER PETER-RENÉ, Kommentar zu den Art. 179 – 179novies und 348 StGB, in: Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111 – 392 StGB, 2. Aufl., Basel 2007 (zit. von INS / WYDER, BSK(Fn. 168), StGB 179quater N 7; STRATENWERTH GÜNTHER / JENNY GUIDO, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Delikte gegen Individualinteressen, 6. Aufl., Bern 2003, § 12 N 54).

³² Vgl. BUCHER (Fn. 14), Rz. 456; RIKLIN FRANZ, Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Freiburg 1968 (zit. RIKLIN, Radio und Fernsehen), S. 198.

³³ Dazu hinten, Kap. II / D / 2.

³⁴ Siehe AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 514, m.w.H.

der betroffenen Person selber publik gemacht werden.³⁵ Jedoch gehört nicht alles, was sich in der Öffentlichkeit ereignet, der Gemeinsphäre an. Vielmehr ergibt deren Umfang – und damit die Abgrenzung zur Privatsphäre – aus den Umständen im konkreten Fall.³⁶

[Rz 23] Die **Privatsphäre** umfasst den Bereich zwischen der Geheimsphäre und der Gemeinsphäre.³⁷ Zur Privatsphäre gehören Tatsachen, die zwar nicht geheim sind, welche jedoch die betroffene Person nur mit einem begrenzten, ihr in der Regel relativ nahe verbundenen Personenkreis teilen will oder muss.³⁸ Sie sind nicht dazu bestimmt, einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich gemacht zu werden, weil die betreffende Person bezüglich dieser Lebenserscheinungen – anders als bei Tatsachen der Gemeinsphäre – für sich bleiben und in keiner Weise öffentliche Bekanntheit haben möchte.³⁹ Tatsachen, die der Privatsphäre zugehörig sind, gelten grundsätzlich als geschützt. Ein Eingriff in die Privatsphäre ist deshalb prinzipiell widerrechtlich, kann aber im Einzelfall durch überwiegende Interessen als gerechtfertigt erscheinen.⁴⁰

[Rz 24] Im vorliegenden Kontext der Observation durch Versicherungsgesellschaften dürfte vor allem die **Abgrenzung zwischen Privat- und Öffentlichkeitssphäre** von Bedeutung sein, weshalb darauf etwas näher einzugehen ist. Von der Privatsphäre erfasst werden zunächst einmal Lebenserscheinungen in privaten Örtlichkeiten, in denen Hausfriedensbruch⁴¹ begangen werden kann.⁴² Zu solchen Örtlichkeiten gehören Wohnungen, Häuser,⁴³ Zelte, Wohnwagen, mit Wohnkabinen versehene Schiffe, Ladenlokale, Hotelzimmer, Werkplätze, die deutlich von ihrer Umgebung abgegrenzt sind, sowie unmittelbar zu einem Haus gehörende und mittels Zaun, Mauer oder Hecke umfriedete Plätze, Höfe oder Gärten.⁴⁴ Zur Privatsphäre gehören die sich im Hausfriedensbereich befindlichen Tatsachen allerdings nicht erst, wenn der observierende Privatdetektiv eine physische Grenze überschreitet, sondern bereits dann, wenn er ein rechtlich-moralisches Hindernis überwinden muss.⁴⁵ Darunter ist eine gedachte Grenze zu verstehen, die nach den all-

gemein anerkannten Sitten und Bräuchen ohne Zustimmung der betroffenen Person nicht überschritten wird, d. h. eine bei jedem anständig Gesinnten vorhandene psychologische Barriere.⁴⁶ Das Bundesgericht betrachtet beispielsweise in seiner strafrechtlichen Rechtsprechung auch die unmittelbar zum Wohnhaus gehörende Umgebung als Teil des Privatreichs im engeren Sinne, unabhängig davon, ob diese umfriedet ist (so z. B. der Briefkasten oder der Empfangsbereich vor der Haustüre).⁴⁷

[Rz 25] Neben der räumlich definierten Privatsphäre im engeren Sinne besteht auch eine **Privatsphäre im weiteren Sinne** (der sog. privatöffentliche Bereich), d. h. eine Privatsphäre, die Lebenssachverhalte mit persönlichem Gehalt erfasst, welche sich im öffentlichen Raum ereignen.⁴⁸ Denn obschon sich solche Sachverhalte im öffentlichen Raum ereignen und einem (verhältnismässig kleinen) Kreis von Drittpersonen bekannt sind oder sein können, kann davon ausgegangen werden, dass die betroffene Person ein Interesse daran hat, dass nicht weitere Personen davon Kenntnis nehmen oder Aufnahmen gemacht werden.⁴⁹ Auch hier lässt sich von einer gedachten, rechtlich-moralischen Grenze sprechen. In der Öffentlichkeit an den Tag gelegte höchstpersönliche Verhaltensweisen gehören demnach zur Privatsphäre.⁵⁰

[Rz 26] In der Regel wird der Privatdetektiv mehr wahrnehmen und aufzeichnen als nur die abzuklärenden Tatsachen. Denkbar ist beispielsweise, dass der beauftragte Privatdetektiv nicht nur observiert und fotografiert, wie die observierte Person Fahrrad fährt und schwere Kisten hebt, sondern auch wie sich ihr Tagesablauf gestaltet und wie sie beispielsweise einer ausserehelichen Affäre nachgeht. Durch die **Fülle der observierten Lebenssachverhalte** steigert sich deren persönlicher Gehalt. Dies kann dazu führen, dass eine Observation, welche an sich nur die Gemeinsphäre betreffen würde, im Ergebnis durch die Verknüpfung der Informationen auch die Privatsphäre berührt.

³⁵ BUCHER (Fn. 14), Rz. 457; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER (Fn. 14), Rz. 12.116.

³⁶ HAUSHEER / AEBI-MÜLLER (Fn. 14), Rz. 12.116.

³⁷ HAUSHEER / AEBI-MÜLLER (Fn. 14), Rz. 12.120.

³⁸ BGE 97 II 97 / 101, E. 3; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER (Fn. 14), Rz. 12.120.

³⁹ BGE 97 II 97 / 101, E. 3, wo fälschlicherweise vom Geheim- statt vom Gemeinbereich die Rede ist.

⁴⁰ Zur Rechtfertigung hinten, Kap. II / D.

⁴¹ Art. 186 StGB.

⁴² Vgl. BGE 118 IV 41 / 49, E. 4e; DONATSCH (Fn. 31), S. 392; VON INS / WYDER, BSK (Fn. 31), StGB 179quater N 9; STRATENWERTH / JENNY (Fn. 31), § 12 N 54; ferner RIKLIN, Radio und Fernsehen (Fn. 32), S. 200. Gemeint sind hier solche Tatsachen, die nicht schon der Geheimsphäre angehören.

⁴³ Wobei der Begriff des Hauses nicht nur Wohnhäuser umfasst, sondern auch Gebäude, die z.B. als Geschäftslokal, Fabrik, Amtslokal oder Parkgarage verwendet werden (BGE 108 IV 33 / 39, E. 5a).

⁴⁴ DONATSCH (Fn. 31), S. 444 f.; STRATENWERTH / JENNY (Fn. 31), § 6 N 4 f.

⁴⁵ BGE 118 IV 41 / 50, E. 4e.

⁴⁶ BGE 118 IV 41 / 50, E. 4e. Kritisch dazu STRATENWERTH / JENNY (Fn. 31), § 12 N 54.

⁴⁷ BGE 118 IV 41 / 50 f., E. 4e ff.

⁴⁸ Vgl. BGE 118 IV 41 / 47 und 51, E. 4b und 4f; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER (Fn. 14), Rz. 12.116; RIKLIN, Radio und Fernsehen (Fn. 32), S. 199 ff.

⁴⁹ Vgl. BUCHER (Fn. 14), Rz. 453; RIKLIN, Radio und Fernsehen (Fn. 32), S. 201.

⁵⁰ Vgl. RIKLIN FRANZ, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild, in: Dicke Detlev-Christian / Fleiner-Gerster Thomas (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, FS Leo Schürmann, Freiburg 1987, S. 535 ff. (zit. RIKLIN, strafrechtlicher Schutz), S. 551; DERS., Radio und Fernsehen (Fn. 32), S. 200 f.; SCHUBARTH MARTIN, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 3. Band: Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit, Art. 173–186 StGB, Bern 1984, StGB 179quater N 12 f., wobei er – zumindest hinsichtlich der Strafbarkeit – verlangt, dass der Betroffene nicht von der Öffentlichkeit ausweichen kann. A.M. CORBOZ (Fn. 31), StGB 179quater N 7.

3. Insbesondere Aufzeichnung auf einen Bildträger

[Rz 27] Eine Verletzung der Persönlichkeit kann bereits durch die blosse Observation eintreten, d. h. durch das Beobachten und die Kenntnisnahme der personenbezogenen Information an sich. In der Regel wird im Hinblick auf ein späteres Verfahren aber auch eine **bildliche Aufzeichnung** (Film oder Foto) erfolgen. Es stellt sich daher die Frage, ob damit ein weitergehender Eingriff in die Persönlichkeit der betroffenen Person verbunden ist.

[Rz 28] Lehre und Rechtsprechung anerkennen ein **Persönlichkeitsrecht am eigenen Bild**.⁵¹ Dabei stellt nach allgemeiner Auffassung schon allein die fotografische oder filmische Aufnahme eine Persönlichkeitsverletzung dar, und zwar auch dann, wenn die Aufnahme auf öffentlichem Grund angefertigt wurde und den Betroffenen nicht in einer ehrenrührigen oder intimen Situation zeigt.⁵² Es ist daher davon auszugehen, dass im Zusammenhang mit einer Observation regelmässig eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, wenn zwecks Dokumentation Aufnahmen der betroffenen Person angefertigt, aufbewahrt und für interne Berichte oder gar ein gerichtliches Verfahren verwertet werden.⁵³ Die Aufnahme in bewegten Bildern (Film) dürfte sodann in der Regel schwerer wiegen als einzelne Fotos.

D. Rechtfertigung eines Eingriffs

1. Grundsätzliches

[Rz 29] Wie dargelegt, sind Eingriffe in die rechtlich geschützte Persönlichkeit grundsätzlich widerrechtlich. Die Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung entfällt indessen, wenn sie durch die Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist.⁵⁴ Diese Rechtfertigungsgründe des Zivilgesetzbuches stimmen mit jenen des Datenschutzgesetzes überein.⁵⁵

[Rz 30] Ein allfälliger Rechtfertigungsgrund ist durch den Verletzer nachzuweisen. Gelingt der Nachweis nicht, so bleibt es bei der Widerrechtlichkeit des Eingriffs,⁵⁶ was die im Gesetz

vorgesehenen zivilrechtlichen Sanktionen nach sich ziehen kann.

2. Überwiegende öffentliche oder private Interessen

[Rz 31] Den wohl wichtigsten Rechtfertigungsgrund bei der Observation von Versicherungsleistungsempfängern stellt das **überwiegende Interesse** dar, welches die Versicherungsgesellschaft nachzuweisen vermag. Zu denken ist dabei sowohl an das private Interesse des Versicherers als auch das öffentliche Interesse der Versichertengemeinschaft, wirksam **Leistungsmisbrauch** zu bekämpfen und nicht zu Unrecht Leistungen erbringen zu müssen.⁵⁷ Entsprechend ist das Interesse des Versicherers um so höher zu gewichten, je grösser der Betrag ist, auf den die observierte Person Anspruch erhebt.⁵⁸

[Rz 32] Diese Interessen sind gegen die Interessen der observierten Person an der Wahrung ihrer informationellen Privatheit («Privatsphäre») abzuwägen.⁵⁹ Dabei fällt ins Gewicht, dass die geltend gemachten Leistungsansprüche sich namentlich auf den Gesundheitszustand, die Arbeitsfähigkeit etc. abstützen, so dass jedenfalls dem Grundsatz nach diesbezügliche Abklärungen zu dulden sind.⁶⁰ Ob eine bestimmte Observation zulässig ist, hängt von der **Schwere des Eingriffs** in die Persönlichkeit ab. Dafür kann entscheidend sein, wie sensibel bzw. geheimhaltungswürdig die fraglichen Tatsachen mit Blick auf die Interessen des Betroffenen sind. Allgemein lässt sich formulieren, dass das Interesse des Betroffenen an Vertraulichkeit in der Regel um so schützenswerter ist, je mehr das observierte Verhalten von seiner Persönlichkeit und namentlich von seiner höchstpersönlichen Lebensgestaltung erkennen lässt.⁶¹ Von Bedeutung ist aber auch die konkrete Verletzungshandlung. Das heimliche Ausspionieren von Informationen, die der Betroffene bewusst vor Kenntnisnahme durch Unbefugte abschirmen wollte, wiegt regelmässig schwerer als das blosse systematische Zusammentragen allgemein zugänglicher Informationen.⁶² Je «privater» die Natur der beobachteten Tätigkeiten ist und je weniger öffentlich der Ort, wo die Observation abspielt, desto grösser muss das von Seiten des Versicherers nachgewiesene

⁵¹ So etwa BGE 127 III 481 / 492, E. 3a / aa. Zur Frage, ob das Bildnis einer Person als eigenständiger Persönlichkeitsbereich zu erfassen ist oder ob entsprechende Beeinträchtigungen sich zwangslässig der informationellen Privatheit zuordnen liessen, siehe AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rzn 820 ff.

⁵² Siehe etwa LÉVY VANESSA, Le droit à l'image, Définition, Protection, Exploitation: étude de droit privé suisse, Diss. Lausanne 2002, S. 197. Zu möglichen Ausnahmen, bei deren Vorliegen die blosse Aufnahme an sich noch keine Persönlichkeitsverletzung bedeutet, siehe etwa AEBI-MÜLLER REGINA E., ZBJV 140 (2004), S. 244 ff. zu Urteil des Bundesgerichts, 5P.40/2003 vom 27. Mai 2003.

⁵³ Vgl. AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 826.

⁵⁴ Art. 28 Abs. 2 ZGB.

⁵⁵ Hinten, Fn. 157.

⁵⁶ AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 170, m.w.H.

⁵⁷ Vgl. EGMR, Urteil Nr. 41953 / 98, Verlière c. Suisse, vom 28. Juni 2001; BGE 135 I 169 / 175, E. 5.5; BGE 129 V 323 / 324, E. 3.3.3; ferner Urteil des Bundesgerichts 8C_239/2008

⁵⁸ Vgl. PHILIPPE MEIER / ALEXANDRE STAEGER, La surveillance des assurés (assurances sociales et assurances privées) – état des lieux, in Jusletter 14. Dezember 2009, Rz 58.

⁵⁹ Vgl. JÄGGI PETER, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR (NF) 79 (1960), 2. Halbband, S. 133a ff., S. 214a. Wie JÄGGI in Fn. 154 zu Recht anmerkt, geht es hier nicht – wie der Wortlaut von Art. 28 Abs. 2 ZGB suggeriert – um eine Interessensabwägung, sondern um eine Rechts-güterabwägung. Siehe dazu auch AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 244.

⁶⁰ EGMR, Urteil Nr. 41953 / 98, Verlière c. Suisse, vom 28. Juni 2001; BGE 129 V 323 / 324 f., E. 3.3.3.

⁶¹ AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 781.

⁶² AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 782.

Interesse sein.⁶³ Sehr schwerwiegende Eingriffe, welche beispielsweise die Intimsphäre des Betroffenen erfassen, lassen sich auch dann nicht mit den Interessen des Versicherers rechtfertigen, wenn sehr hohe Versicherungsleistungen in Frage stehen.

[Rz 33] Rechtmässig ist eine bestimmte Persönlichkeitsverletzung nur dann, wenn sie unter den gegebenen Umständen die **schonendste Massnahme** darstellt zur Wahrung eines nach den Umständen wertvolleren Rechtsgutes.⁶⁴ Ein Rechtfertigungsgrund ist daher nur zu bejahen wenn sich die Observation in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht auf das notwendige Mass beschränkt.⁶⁵ Konkret: Hätte eine bloße Beobachtung im öffentlichen Raum für die Aufdeckung eines Versicherungsmissbrauchs genügt, so sind Filmaufnahmen aus der Privatsphäre nicht mehr durch ein überwiegendes Interesse gedeckt. Liesse sich der Nachweis eines Versicherungsmissbrauchs auch mit einem mildernden Eingriff als mit einer Observation erbringen, ist eine solche somit stets unzulässig.⁶⁶ Mit anderen Worten muss die Observation durch einen Privatdetektiv und deren konkrete Durchführung das schonendste Mittel zur Interessenwahrung sein.

[Rz 34] Einfache oder pauschalisierende Lösungen lassen sich nach dem Gesagten nicht finden. Immerhin gibt die bisherige **Rechtsprechung** einige Anhaltspunkte darauf, was noch als rechtmässig betrachtet werden kann. Als zulässige Observation (mit entsprechenden Aufnahmen) betrachtet hat das Bundesgericht offenbar diejenige einer Person bei ihrer Tätigkeit als Putzfrau,⁶⁷ diejenige einer Person bei öffentlich beobachtbaren Gartenarbeiten⁶⁸ oder diejenige einer Person bei ihrer Arbeit als Serviceangestellte in einem Restaurant sowie auf dem Nachhauseweg.⁶⁹ Keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung erblickte das Bundesgericht ferner in der Installation einer Überwachungskamera im Kassenraum eines Juweliergeschäfts.⁷⁰

[Rz 35] Soweit von der Observation auch **Drittpersonen** betroffen sind,⁷¹ insbesondere indem diese nicht nur als «Mittfang» in die Observation geraten, sondern gezielt observiert

werden, ist dem Interesse solcher Drittpersonen an der Wahrung ihrer informationellen Privatheit grundsätzlich ein höheres Gewicht beizumessen.

3. Einwilligung und Gesetz

[Rz 36] Neben dem überwiegenden Interesse nennt Art. 28 Abs. 2 ZGB auch die Einwilligung und das Gesetz als mögliche Rechtfertigungsgründe. Beide interessieren im vorliegenden Kontext kaum:

[Rz 37] Die Gültigkeit einer **Einwilligung** setzt unter anderem voraus, dass sie freiwillig erfolgt ist⁷² und sich auf einen hinreichend konkreten Sachverhalt bezieht. Weil die Observation gerade den Zweck verfolgt, den Betroffenen dann zu beobachten, wenn er sich unbeobachtet fühlt, dürfte das vorgängige Einholen einer Einwilligung praktisch kaum in Frage kommen. Jedenfalls lässt sich allein aus der Tatsache, dass die versicherte Person Leistungsansprüche erhebt, die sich namentlich auf den Gesundheitszustand, die Arbeitsfähigkeit etc. abstützen, keine (stillschweigende) Einwilligung in eine Observation ableiten.⁷³

[Rz 38] Wird der Eingriff in die Privatsphäre durch ein **Gesetz** im materiellen Sinn ausdrücklich vorgeschrieben, erlaubt oder implizit vorgesehen, liegt keine Widerrechtlichkeit vor.⁷⁴ In solchen Sachlagen hat der Gesetzgeber die Interessensabwägung gewissermassen vorweggenommen.⁷⁵ Für die (in diesem Abschnitt ausschliesslich interessierende) private Versicherung ist eine entsprechende Gesetzesanordnung allerdings nicht ersichtlich.

E. Rechtsfolgen einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung

1. Passivlegitimation

[Rz 39] Nach dem Wortlaut von Art. 28 Abs. 1 ZGB sind **alle (Mit-)Urheber der Verletzung** (Allein- und Mittäter, Anstifter und Gehilfen) passivlegitimiert.⁷⁶ In unserem Kontext bedeutet dies, dass der Betroffene sowohl gegen den observierenden Privatdetektiv wie auch gegen die Versicherungsgesellschaft als juristische Person und die zuständigen, mit der Observation befassten Mitarbeiter vorgehen kann. Weil der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz keine «Kaskadenhaftung»

⁶³ Eingehend zur Methode der Interessenabwägung AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rzn 243 ff.

⁶⁴ AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 270; GROSSEN JACQUES-MICHEL, La protection de la personnalité en droit privé, ZSR 79 (1960) 2. Halbbd., S. 1a ff., S. 30a, m.w.H.

⁶⁵ Siehe dazu hinten, Kap. III / C / 4 / c.

⁶⁶ AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 270, m.w.H.

⁶⁷ BGE 129 V 323 / 324, E. 3.3.3.

⁶⁸ BGE 132 V 241 / 243, E. 2.5.1 f.

⁶⁹ Urteil des Bundesgerichts 8C_557/2007 und 8C_581/2007 vom 4. Juni 2008, E. 6 f.

⁷⁰ Urteil des Bundesgerichts 6B_536/2009 vom 12. November 2009, E. 3.7, betr. Beweisverwertung im Strafprozess gegen eine des Diebstahls bezichtigte Angestellte.

⁷¹ Siehe etwa Urteil des Bundesgerichts 8C_571/2008, E. 5.2, wo die Ehefrau des Versicherten ebenfalls observiert wurde.

⁷² Siehe dazu etwa HAAS RAPHAËL, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Diss. Luzern 2007, Rzn 730 ff.; AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 765.

⁷³ Allgemein zur konkludenten Einwilligung AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rzn 229 f.; HAAS (Fn. 72), Rzn 229 ff.

⁷⁴ Vgl. RAMPINI CORRADO, Kommentar zu den Art. 12 – 15 DSG, in: Maurer-Lambrou Urs / Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel 2006 (zit. RAMPINI, BSK), DSG 13 N 15 und 17.

⁷⁵ RAMPINI, BSK (Fn. 74), DSG 13 N 15.

⁷⁶ BGE 131 III 26 / 29, E. 12.1; vgl. auch den frz. Gesetzestext: «toute personne qui y participe»; zum Ganzen AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 281, m.w.H.

kennt, kann auch eine nur untergeordnet an der Verletzung beteiligte Person ins Recht gefasst werden.⁷⁷

2. Spezifische Klagen des Persönlichkeitsschutzes

[Rz 40] Das ZGB stellt in Art. 28a Abs. 1 und 2 verschiedene, auf Persönlichkeitsverletzungen zugeschnittene (und somit spezifische oder besondere) nichtvermögensrechtliche Klagemöglichkeiten zur Verfügung. Im vorliegenden Kontext ist an die **Unterlassungs-, die Beseitigungs- und die Feststellungsklage** zu denken, während eine Urteilspublikation nur selten in Betracht kommen wird.⁷⁸ Diese Klagen setzen **kein Verschulden** der beklagten Mitwirkenden voraus.⁷⁹

3. Allgemeine Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung

[Rz 41] Schmerzhafter als die spezifischen persönlichkeitsrechtlichen Klagen sind für den beklagten Versicherer oder Privatdetektiv die vermögensrechtlichen Klagen, auf die das Gesetz in Art. 28a Abs. 3 ZGB verweist. Sind die entsprechenden Voraussetzungen nachgewiesen, riskiert der Beklagte **Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen**.

Immerhin dürfte es der observierten Person nur selten gelingen, einen adäquat kausal durch die Observation verursachten Vermögensschaden nachzuweisen. Durchaus denkbar ist demgegenüber, dass die Gerichte eine Genugtuungsklage gutheissen, wenn die Observation eine schwere immaterielle Unbill verursacht hat.

[Rz 42] Sowohl die Schadenersatz- als auch die Genugtuungsklage setzen indessen den Nachweis eines **Verschuldens oder eines Kausalhaftungsgrundes** voraus.⁸⁰

F. Prozessuale Beweisverwertung

[Rz 43] Rechtmässig erlangte Beweismittel in Form von Untersuchungsberichten, Bild- und Videoaufnahmen oder Zeugenaussagen eines Privatdetektivs können in den Leistungsprozess vor dem Zivilrichter eingebracht werden. Wurde das Beweismittel unter Inkaufnahme einer Persönlichkeitsverletzung erlangt, erweist sich diese aber zufolge eines überwiegenden Interesses der Versicherungsgesellschaft als rechtmässig, so steht somit der Beweisverwertung nichts entgegen.

[Rz 44] Dagegen wird die Widerrechtlichkeit einer bestimmten Observation regelmässig zur Folge haben, dass die derart erlangten Beweismittel im Zivilprozess nicht zugelassen werden, was deren Wert erheblich schmälert. Nach Art. 152

Abs. 2 der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung dürfen **rechtmässig beschaffene Beweismittel** nämlich nur dann verwertet werden, «wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.»⁸¹ Hat die Interessenabwägung im Rahmen von Art. 28 Abs. 2 ZGB ergeben, dass der Versicherer kein überwiegendes Interesse an der Beweisbeschaffung mittels Observation nachzuweisen vermag, so sind kaum Fälle denkbar, in denen das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung im Zivilprozessrecht an diesem materiell-rechtlichen Ergebnis etwas zu ändern vermag.⁸²

[Rz 45] Im Rahmen der **Beweiswürdigung** wird der Richter zu beachten haben, dass der Privatdetektiv die Observation aufgrund eines konkreten Auftrages und letztlich mit dem Ziel durchgeführt hat, einen vermuteten Versicherungsmissbrauch aufzudecken. Das Beweismaterial kann insofern selektiv zusammengestellt worden sein. Überdies kann den Observationsergebnissen in der Regel nur soweit Beweiswert zukommen kann, als dass die davon aufgezeigten Verhaltensweisen der versicherten Person ohne massgebliche Einflussnahme des observierenden Detektivs zustande gekommen sind.⁸³

III. Öffentliches Recht

A. Anwendungsbereich

[Rz 46] Der Anwendungsbereich von Art. 28 ZGB ist nicht mehr betroffen, wenn keine privatrechtliche Beziehung vorliegt, sondern ein öffentlich-rechtliches Verhältnis. Hier ist nicht der zivilrechtliche, sondern der öffentlich-rechtliche, durch die Grundrechte gewährleistete und in verschiedenen öffentlich-rechtlichen Erlassen konkretisierte Persönlichkeitsschutz anzurufen.⁸⁴

[Rz 47] Ein öffentlich-rechtliches Verhältnis liegt ohne weiteres dann vor, wenn ein **öffentlicht-rechtlich organisierter Versicherer** in Wahrnehmung seiner Aufgaben auftritt, so etwa die SUVA als (selbstständige) öffentlich-rechtliche Anstalt.⁸⁵

⁷⁷ AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 281, m.w.H.

⁷⁸ Für Einzelheiten zu den genannten Klagen siehe u.a. AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 291 ff., m.w.H.

⁷⁹ BGE 126 III 161 / 165, E. 5a / aa.

⁸⁰ Vgl. HAUSHEER / AEBI-MÜLLER (Fn. 14), Rz. 14.54 ff. und 14.66 f. Als Kausalhaftungsgrund dürfte mit Blick auf den Versicherer die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR im Vordergrund stehen.

⁸¹ Eingehend dazu RÜEDI YVES, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, Diss. St. Gallen 2009, Rzn 300 ff.; siehe zudem BBI 2006 VI, 7312 f.; STAHELIN ADRIAN / STAHELIN DANIEL / GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 18 N 24. Bis zum Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO per 1.1. 2011 ist diesbezüglich das kantonale Prozessrecht zu konsultieren, dazu RÜEDI, Rzn 26 ff.. Zum Ganzen auch MEIER / STAEGER (Fn. 58), Rzn 59 ff.

⁸² Dies muss jedenfalls für das in den hier interessierenden Fällen des Versicherungsprozesses gelten. Namentlich in Prozessen, in denen der Gesetzgeber die Untersuchungsmaxime vorgesehen hat und damit das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung in besonderem Masse betont, kann es sich anders verhalten; siehe dazu RÜEDI (Fn. 81), Rzn 327 ff.

⁸³ BGE 135 I 169 / 175, E. 5.7; vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_806/2007 vom 7. August 2007, E. 4.2.

⁸⁴ BGE 98 Ia 508 / 521, E. 8a.

⁸⁵ Art. 61 Abs. 1 UVG.

[Rz 48] Nimmt ein privatrechtlich organisierter Versicherer **öffentliche Aufgaben** wahr, so hat er die Grundrechte ebenfalls zu wahren.⁸⁶ Dies trifft im vorliegend interessierenden Kontext etwa dann zu, wenn ein privater Unfallversicherer ein nach Art. 68 UVG zugelassenes Unternehmen ist. Es gilt dann als Behörde im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG.⁸⁷

[Rz 49] Persönlichkeitsschutz im Privatrecht bedeutet immer Persönlichkeitsschutz innerhalb eines sozialen Gefüges. Ur-eigenste Aufgabe des Persönlichkeitsschutzes bleibt deshalb die Abgrenzung der verschiedenen Persönlichkeitssphären. Beim Persönlichkeitsschutz der Verfassung geht es demgegenüber um das Verhältnis des Einzelnen zum Staat und damit um eine grundsätzlich andere soziologische Ausgangslage.⁸⁸ Schon aus diesem Grund unterliegt der grundrechtliche Schutz anderen Anforderungen und Massstäben als der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz. Der Staat kann – anders als der Normadressat des Privatrechts – kein eigenes originäres Entfaltungsinteresse geltend machen. Vielmehr darf der Staat nur gesetzlich niedergelegte Aufgaben wahrnehmen und ist deshalb an das Legalitätsprinzip gebunden.⁸⁹ Die ihm aufgetragenen Aufgaben muss der Staat dann allerdings auch erfüllen, was zu spezifischen und teilweise auch sehr tiefgreifenden Eingriffen in die Persönlichkeit des einzelnen Bürgers führen kann. Die **persönliche Freiheit** erfüllt daher als **Abwehrrecht** gegenüber dem Staat eine andere Funktion als der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz. Der Staat darf auch relativ harmlose Beeinträchtigungen nur vornehmen, wenn er ein überwiegendes Interesse daran nachweisen kann. Eine staatliche Handlung misst sich deshalb grundsätzlich an einem strengeren Massstab als dieselbe Handlung eines Privaten, der seinerseits Grundrechtsträger ist.

B. Eingriff in die Grundrechte

[Rz 50] Bereits unter der alten Bundesverfassung hatte das Bundesgericht im Rahmen des grundrechtlichen Persönlichkeitsschutzes einen **Anspruch auf «informationelle Selbstbestimmung»** entwickelt.⁹⁰ Daraus ergibt sich ein Anspruch des Einzelnen, grundsätzlich selber darüber zu bestimmen, wem und wann er persönliche Lebenssachverhalte, Gedanken, Empfindungen oder Emotionen offenbart.⁹¹ Im Rahmen

seiner Rechtsprechung unterscheidet das Bundesgericht allerdings zwischen Daten, die wegen ihres Persönlichkeitsbezuges intensiver geschützt werden müssen, und anderen Daten,⁹² wobei auch die systematische Erfassung an sich harmloser Daten, deren Verknüpfung über einen Teilbereich der Persönlichkeit umfassend Auskunft gibt, verfassungsrechtlichen Schutz geniesst.⁹³

[Rz 51] Mit der neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999 wurde das bis dahin ungeschriebene **Grundrecht der persönlichen Freiheit** ausdrücklich formuliert und gleichzeitig in verschiedene Teilelemente aufgeschlüsselt. Art. 10 BV garantiert nunmehr das Recht auf Leben und persönliche Freiheit. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um die «Grundgarantie zum Schutze der Persönlichkeit», die über den Wortlaut hinaus alle jene Freiheiten schützt, welche «elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen und ein Mindestmass an persönlicher Entfaltungsmöglichkeit erlauben».⁹⁴ Der Schutz der Privatsphäre ist ausdrücklich in Art. 13 BV geregelt, wobei die Abgrenzung zu Art. 10 BV heikel sein kann.⁹⁵

[Rz 52] Das Bundesgericht löst im öffentlich-rechtlichen Bereich die Frage nach der Begrenzung des Schutzes auf ein vernünftiges Mass mit Blick auf den konkreten (staatlichen) Eingriff. Die persönliche Freiheit erfährt daher keine positive Definition, sondern eine negative, indem festgehalten wird, dass gewisse Eingriffe wegen ihrer Art oder Intensität unerlässlich müssen. Was unter dem Begriff der persönlichen Freiheit genau zu verstehen ist, lässt sich nur mit Blick auf die verponnten Eingriffe in dieses Grundrecht verstehen; dies führt zu einer **kasuistischen Betrachtungsweise**.⁹⁶

[Rz 53] Art. 13 BV schützt gemäss Marginalie «die Privatsphäre» und damit unter anderem den Anspruch auf Achtung des «Privat- und Familienlebens» einer Person (Abs. 1) und den «Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten» (Abs. 2). Dabei ist der Begriff der Privatsphäre sehr weit zu verstehen, d. h. es geht um verschiedene Aspekte individueller Lebensführung, welche für die Persönlichkeit des Einzelnen von elementarer Bedeutung sind.⁹⁷ Art. 13 BV verpflichtet die Behörden insbesondere, die **Privatsphäre** einzelner Personen zu respektieren und private Informationen nicht an

⁸⁶ HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 1530a.

⁸⁷ BGE 135 I 169 / 170 f., E. 4.2; BGE 115 V 297 / 299 f., E. 2b. Das VwVG ist allerdings nur dann anwendbar, wenn gegen die Verfügung eine Beschwerde unmittelbar an eine Bundesbehörde zulässig ist (Art. 3 lit. a VwVG).

⁸⁸ MÜLLER JÖRG PAUL, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Diss. Bern 1964, S. 9.

⁸⁹ Vgl. Art. 36 Abs. 1 BV.

⁹⁰ Zur Problematik dieses Begriffs eingehend AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rzn 595 ff.

⁹¹ MÜLLER JÖRG PAUL / SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern

2008, S. 167; siehe auch DUBACH ALEXANDER, Das Recht auf Akteneinsicht, Diss. Bern 1990, S. 307 ff.

⁹² So die nicht publizierte Erwägung 4e von BGE 124 I 176 (abgedruckt in Plädoyer 1/1999, S. 79 f.).

⁹³ Vgl. MÜLLER / SCHEFER (Fn. 91), S. 168.

⁹⁴ BGE 127 I 6 / 12, E. 5a; MÜLLER / SCHEFER (Fn. 91), S. 43, sprechen von einer «subsidiären Garantie», die zum Tragen kommt, wenn die fragliche Handlung nicht im Schutzbereich eines spezifischen Grundrechts liegt.

⁹⁵ Vgl. WALTER KÄLIN, ZBJV 138 (2002), S. 629.

⁹⁶ KLEY ANDREAS, Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung – ausgewählte Neuerungen, ZBJV 135 (1999), S. 301 ff., S. 322.

⁹⁷ Zu den verschiedenen Aspekten des Privatsphärenbegriffs siehe AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rzn 490 ff.

die Öffentlichkeit zu bringen.⁹⁸ Als Teil der Privatsphäre ist die Geheimsphäre⁹⁹ ebenfalls grundrechtlich geschützt.¹⁰⁰

[Rz 54] Inhaltlich, d. h. mit Bezug auf den **sachlichen Schutzbereich**, stimmen der privat- und der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz weitgehend überein.¹⁰¹ Die wesentlichen Schutzgüter der Persönlichkeit gilt es auch im Zusammenhang mit staatlichen Eingriffen zu bewahren. Dabei bleibt freilich, wie bereits erwähnt, zu berücksichtigen, dass die Interessenlage im öffentlichen Recht eine andere ist.¹⁰² Ähnlich wie im Schutzbereich von Art. 28 ZGB¹⁰³ entfällt der Schutz des Einzelnen im öffentlichen Raum nicht von vornherein. Insbesondere bedeutet der Aufenthalt in der Öffentlichkeit keine Zustimmung, von einer staatlichen Behörde überwacht, gefilmt oder fotografiert zu werden.¹⁰⁴ Der Schutz von Art. 13 BV – insbesondere dessen Teilgehalt des Anspruchs auf informelle Selbstbestimmung (Abs. 2) – erstreckt sich auf jede Bearbeitung von Personendaten, darunter auch die Observation.¹⁰⁵

[Rz 55] Konkretisiert wird der grundrechtliche Schutz durch das Datenschutzgesetz.¹⁰⁶

C. Rechtmäßigkeit des Eingriffs

1. Übersicht

[Rz 56] Nach dem Gesagten bedeutet die Observation einer Person durch staatliche Organe bzw. durch öffentlich-rechtlich handelnde Versicherungsträger eine Verletzung der Freiheitsrechte des Betroffenen. Eine derartige Beschränkung von Grundrechten ist nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig, wobei kumulativ vier Voraussetzungen erfüllt sein müssen:

- eine gesetzliche Grundlage, welche im Falle

schwerwiegender Eingriffe in einem formellen Gesetz enthalten sein muss (Abs. 1);

- ein öffentliches Interesse, welches den Eingriff rechtfertigt (Abs. 2);
- die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs (Abs. 3) und
- die Wahrung des Kerngehalts des betroffenen Grundrechtes (Abs. 4).

2. Gesetzliche Grundlage

a) Allgemeines

[Rz 57] Grundrechteingriffe bedürfen einer gesetzlichen Grundlage in der Form eines generell-abstrakten Rechtssatzes.¹⁰⁷ Dabei muss die gesetzliche Grundlage eine **hinreichende Normdichte** aufweisen, d. h. genügend bestimmt sein. Die betroffene Person muss den Grundrechtseingriff als Folge ihres Verhaltens vorhersehen können.¹⁰⁸ Der erforderliche Bestimmtheitsgrad «hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidungen, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab [...]».¹⁰⁹

[Rz 58] Soweit es sich um einen **schwerwiegenden Eingriff** handelt, verlangt Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV hinsichtlich der Normstufe ein Gesetz im formellen Sinn. Dort müssen zumindest die Grundzüge der Regelung (Inhalt, Zweck und Ausmass) enthalten sein, so dass der (schwere) Eingriff in genügendem Umfang demokratisch legitimiert ist.¹¹⁰

[Rz 59] Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage wird vom **Datenschutzgesetz** für die Bearbeitung von Personendaten durch Bundesorgane wiederholt und konkretisiert, indem das DSG für jede Bearbeitung – und damit auch für eine Observation – eine gesetzliche Grundlage verlangt.¹¹¹ Soweit durch die Observation Angaben über die Gesundheit bearbeitet werden, verlangt das Datenschutzgesetz hinsichtlich der Normstufe ein Gesetz im formellen Sinn.¹¹² Angaben über die Gesundheit sind solche, die direkt oder indirekt Rückschlüsse über den physischen oder psychischen Gesundheitszustand einer Person erlauben, also solche, die einen

⁹⁸ KIENER REGINA / KÄLIN WALTER, Grundrechte, Bern 2007, S. 146 f.

⁹⁹ Siehe dazu vorne, Kap. II / C / 2.

¹⁰⁰ KIENER / KÄLIN (Fn. 98), S. 148.

¹⁰¹ Dies lässt sich etwa mit dem Beispiel des Arzthaftungsrechts illustrieren, wo die rechtliche Stellung des Patienten in einem öffentlichen Spital und in einem Privatspital im Ergebnis übereinstimmt; vgl. u.a. HAUSHEER / AEBI-MÜLLER (Fn. 14), Rzn 10.37 f. und 10.41.

¹⁰² AEBI-MÜLLER (Fn 12), Rzn 353 ff.

¹⁰³ Vorne, Kap. II / C / 2; vgl. ferner BREITENMOSER STEPHAN, Kommentar zu den Art. 13 Abs. 1 und 25 BV, in: Ehrenzeller Bernhard / Mastronardi Philippe / Schweizer Rainer J. / Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008 (zit. BREITENMOSER, SGK), BV 13 N 12 ff.; SCHWEIZER RAINER J., Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: Thürer Daniel / Aubert Jean-François / Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001 (zit. SCHWEIZER, Persönlichkeitsschutz), § 43 N 2.

¹⁰⁴ KIENER / KÄLIN (Fn. 98), S. 148; vgl. BREITENMOSER, SGK (Fn. 103), BV 13 N 13.

¹⁰⁵ Vgl. KIENER / KÄLIN (Fn. 98), S. 158 und 162 f.; RHINOW RENÉ / SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rzn 1376 ff.

¹⁰⁶ Dazu hinten, Kap. IV.

¹⁰⁷ Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BV.

¹⁰⁸ Vgl. KIENER / KÄLIN (Fn. 98), S. 87 f.

¹⁰⁹ BGE 135 I 169 / 173, E. 5.4.1; 131 II 13 / 29, E. 6.5.1; 128 I 327 / 340, E. 4.2; vgl. zudem SCHWEIZER RAINER J., in: Ehrenzeller Bernhard / Mastronardi Philippe / Schweizer Rainer J. / Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, (zit. SCHWEIZER, SGK), BV 36 N 15.

¹¹⁰ KIENER / KÄLIN (Fn. 98), S. 88 f.

¹¹¹ Art. 17 Abs. 1 DSG.

¹¹² Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSG.

medizinischen Befund im weitesten Sinn darstellen.¹¹³ Eine Ausnahme hat der Gesetzgeber für den Fall vorgesehen, wo die Bearbeitung für eine in einem Gesetz im formellen Sinn klar umschriebene Aufgabe unentbehrlich ist.¹¹⁴

b) Gesetzliche Grundlage für die Observation im Sozialversicherungsrecht?

[Rz 60] Art. 28 Abs. 2 ATSG verpflichtet denjenigen, der Versicherungsleistungen beansprucht, unentgeltlich alle Auskünfte zu erteilen, die zur Abklärung des Anspruchs und zur Festsetzung der Versicherungsleistungen erforderlich sind. Gemäss Abs. 3 desselben Artikels hat er alle Personen und Stellen (namentlich Arbeitgeber, Ärzte, Versicherungen und Amtsstellen) gegenüber dem Versicherungsträger im Einzelfall zur Auskunftserteilung zu ermächtigen. Nach hier vertretener Auffassung stellt **Art. 28 ATSG keine gesetzliche Grundlage** für eine Observation dar. Diese Bestimmung bezieht sich ausdrücklich auf die Mitwirkung beim Vollzug der Sozialversicherungsgesetze und auf die Auskunftserteilung. Eine Observation beschlägt weder den einen noch den anderen Fall.

[Rz 61] Nach **Art. 43 Abs. 1 ATSG** hat der Versicherungsträger von Amtes wegen die für die Prüfung von Leistungsbegehren notwendigen Abklärungen vorzunehmen. Sodann ermächtigt **Art. 96 lit. b UVG** die mit der Durchführung, der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung des UVG betrauten Organe, Personendaten zu bearbeiten oder bearbeiten zu lassen, soweit sie benötigt werden, um namentlich Leistungsansprüche zu beurteilen. Diese Bestimmungen könnten allenfalls als gesetzliche Grundlagen für eine Observation (im Verwaltungsverfahren) betrachtet werden. Obschon in den betreffenden Gesetzesbestimmungen keine Beweismittelbeschränkung enthalten ist,¹¹⁵ haben sich die Behörden selbstverständlich rechtsstaatlich korrekt zu verhalten.¹¹⁶

[Rz 62] Was die **Invalidenversicherung** anbelangt, so auferlegt Art. 57 Abs. 1 lit. c IVG den IV-Stellen die Aufgabe, die Voraussetzungen der Leistungspflicht zu prüfen. Zudem ist am 1. Januar 2008 Art. 59 Abs. 5 IVG in Kraft getreten, wonach zur Bekämpfung des ungerechtfertigten Leistungsbezugs die IV-Stellen Spezialisten beziehen können.¹¹⁷ Dem-

gegenüber hat der Ständerat das Vorhaben des Nationalrats abgelehnt, bei Art. 57 IVG einen vierten Absatz einzufügen, wonach bei Verdacht auf Versicherungsmisbrauch die IV-Stellen alle notwendigen Abklärungen durchzuführen oder anzuordnen haben sowie zu diesem Zweck Spezialisten beiziehen können.¹¹⁸ Art. 59 Abs. 5 IVG erlaubt zwar explizit den Beizug eines Spezialisten zwecks Bekämpfung eines ungerechtfertigten Leistungsbezugs, womit u.a. der Beizug eines Privatdetektivs gemeint ist¹¹⁹. In der genannten Bestimmung liegt daher prinzipiell eine gesetzliche Grundlage für die Anordnung von Observationen durch die IV-Stelle.¹²⁰ Dagegen bietet die in Art. 57 Abs. 1 lit. c IVG vorgesehene Pflicht zur Sachverhaltsabklärung für Observationen keine explizite gesetzliche Grundlage.

[Rz 63] Insgesamt lässt sich festhalten, dass im heutigen Zeitpunkt ausserhalb der Invalidenversicherung die **gesetzliche Grundlage** für eine Observation im öffentlich-rechtlichen Bereich **ehler knapp** ausfällt. Das ist allerdings verkraftbar, solange nur ein leichter Grundrechtseingriff in Frage steht, was bei einer Observation im öffentlichen Raum zutrifft.¹²¹

c) Rechtsprechung

[Rz 64] Nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht mit Art. 43 i. V. m. Art. 28 Abs. 2 ATSG (sowie Art. 96 lit. b UVG im Falle der Unfallversicherung) bereits heute eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Anordnung einer Observation, die das erforderliche Mass an Bestimmtheit aufweist.¹²² Allerdings soll dies nur für Observationen gelten, die sich ihrerseits an den durch Art. 179quater StGB vorgegebenen Rahmen halten und nur Tatsachen erfassen, die sich im öffentlichen Raum verwirklichen und von jedermann wahrgenommen werden können.¹²³ Beim öffentlichen Raum muss es sich indes nicht um eine Aussenfläche handeln, wie etwa ein Platz oder ein Bahnsteig. Vielmehr können auch geschlossene Räume, wie beispielsweise eine öffentliche Tennishalle, zum öffentlichen Raum zählen.¹²⁴

¹¹³ BELSER URS, Kommentar zu den Art. 3 und 11 DSG, in: Maurer-Lambrou Urs / Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel 2006, DSG 3 N 14.

¹¹⁴ Art. 17 Abs. 2 lit. a DSG.

¹¹⁵ Vgl. KIESER UELI, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2009 (zit. KIESER, Kommentar), ATSG 43 N 19 ff.

¹¹⁶ Vgl. WERMELINGER AMÉDÉO, DIGMA 2006, S. 97.

¹¹⁷ Das Inkrafttreten dieser Norm hat das Bundesamt für Sozialversicherungen und die IV-Stellen zu einer Offensive gegen Betrug bei der Invalidenversicherung mitbewogen, bei der auch das Mittel der Observation zum Einsatz kommt (vgl. Medienmitteilung BSV, S. 1 f.; Faktenblatt des Bundesamts für Sozialversicherungen vom 27. August 2009, Betrugsbekämpfung in der Invalidenversicherung, S. 1 f.).

¹¹⁸ Siehe Amtl. Bull. NR 2006 I, 396 ff.; Amtl. Bull. SR 2006 III, 609.

¹¹⁹ FRIEWAUER SUSANNE, Neuerungen im Rahmen der 5. IV-Revision, hill 2007, Fachartikel Nr. 6.

¹²⁰ So ausdrücklich das Versicherungsgericht des Kantons Solothurn in einem Entscheid vom 6. Januar 2010, E. 8b.

¹²¹ Ähnlich MEIER / STAEGER (Fn. 58), Rz. 19.

¹²² BGE 135 I 169 / 172 f., E. 5.1 – 5.4; bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 8C_571/2008 vom 1. Juli 2009, E. 4; zudem Urteil des Bundesgerichts 8C_806/2007 vom 7. August 2008, E. 4.2; BGE 132 V 241 / 242 f., E. 2.5.1.

¹²³ BGE 135 I 169 / 171 und 173 ff., E. 4.3, 5.4 und 5.7 (bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009, E. 6.3); zudem Urteil des Bundesgerichts 8C_571/2008 vom 1. Juli 2009, E. 4.

¹²⁴ Urteil des Bundesgerichts 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009, E. 6.4.1. Offen gelassen hat das Bundesgericht dagegen die Frage, ob der Tennisplatz eines Tennisclubs zum öffentlichen oder zum privaten Raum gehört.

d) Entwurf zu einem neuen Art. 44a ATSG

[Rz 65] Im Zusammenhang mit der Revision des UVG hat der Bundesrat vorgeschlagen, der Klarheit halber eine gesetzliche Grundlage für die Veranlassung einer Observation durch die Sozialversicherungen zu schaffen.¹²⁵ Aus dem bundesrätlichen Entwurf geht deutlich hervor, dass sich eine Observation auf den öffentlichen Grund zu beschränken hat. Dies wird wohl so zu verstehen sein, dass sich die observierte Person im öffentlichen Raum befinden muss.¹²⁶ Entsprechend wird dieser Gesetzesartikel – wenn er einmal in Kraft tritt – keine gesetzliche Grundlage bilden, um in die Privatsphäre im engeren Sinne oder gar in die Geheimsphäre einzudringen.

3. Öffentliches Interesse

[Rz 66] Das öffentliche Interesse an der Einschränkung des Schutzes der Privatsphäre (Art. 13 BV) liegt darin, dass der Versicherungsträger keine nicht geschuldeten Leistungen erbringen soll, um die Gemeinschaft der Versicherten nicht zu schädigen.¹²⁷ Über dieses öffentliche Interesse finanzieller Natur hinaus besteht bei den Sozialversicherungen ein Interesse am Schutz der Institutionen an sich und der diesen Institutionen innewohnenden Solidarität der Bevölkerung.

4. Verhältnismässigkeit

a) Übersicht

[Rz 67] Auch im Grundrechtsbereich findet eine Interessenabwägung statt. Diese ist aber inhaltlich etwas anders ausgerichtet als die Abwägung von privaten Rechtsgütern.¹²⁸ Das Erfordernis der Verhältnismässigkeit enthält drei Teilgehalte, nämlich der Eignung, der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne).¹²⁹

b) Eignung

[Rz 68] Die angeordnete Observation muss für die Klärung eines Verdachts auf Versicherungsmisbrauch geeignet sein. Dies wird meist zu bejahen sein, wenn es sich bei der behaupteten Beeinträchtigung um ein äusserlich direkt oder indirekt wahrnehmbares körperliches Leiden handelt.

c) Erforderlichkeit

[Rz 69] Die Observation muss in sachlicher, räumlicher,

zeitlicher und persönlicher Hinsicht erforderlich sein.¹³⁰ Im Einzelnen:

[Rz 70] Wo die Observation nicht die einzige taugliche Abklärungsmassnahme ist, fehlt es an der Erforderlichkeit. Gleches gilt, wenn eine Observation mit geringerer Eingriffsschwere (z. B. ohne Videoaufnahme) bereits ausreichen würde oder eine andere, mit Blick auf die Freiheitsrechte des Betroffenen **mildere Massnahme** zur Verfügung stünde. Dabei genügt es nicht, dass mit bloss überwiegender Wahrscheinlichkeit die Nutzlosigkeit anderer Abklärungsmassnahmen angenommen wird.¹³¹ Dementsprechend verlangt der Entwurf zu einem neuen Art. 44a ATSG¹³² in Abs. 1 lit. b, dass der Observation vorangehende Abklärungen zu keinem Ergebnis geführt haben, ohne Aussicht auf Erfolg sind oder sich als ausserordentlich schwierig erweisen. Eine Überwachung ist sodann nicht gewissermassen routinemässig, sondern nur dann anzurordnen, wenn ein erheblicher Anfangsverdacht bezüglich eines unrechtmässigen Leistungsbezugs vorliegt.

[Rz 71] Überdies bedeutet Erforderlichkeit bei der Observation, dass sich diese **inhaltlich** auf diejenigen Lebensäusserungen des Betroffenen zu beschränken hat, die in Zusammenhang mit dem Missbrauchsverdacht stehen. Ferner darf die Observation in **zeitlicher Hinsicht** nicht länger andauern, als es erforderlich ist, um zu den nötigen Erkenntnissen zu gelangen. Schliesslich ist die Observation in der Regel nur soweit und solange erforderlich, bis deren Ergebnisse bezüglich des abzuklärenden Sachverhalts dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu genügen vermögen.¹³³

[Rz 72] Das **Bundesgericht** betrachtet in seiner aktuellen Rechtsprechung die Erforderlichkeit einer Observation – insbesondere hinsichtlich der Verwertung der Observationsergebnisse als Beweismittel – grundsätzlich als gegeben, wenn im konkreten Fall «nur diese Beweismittel [...] eine unmittelbare Wahrnehmung wiedergeben können.»¹³⁴ Nach der Auffassung des Bundesgerichts stellt ein Zeugenbeweis keine ausreichende Alternative dar zu den Ergebnissen einer Observation als Beweismittel.¹³⁵ An der Erforderlichkeit der Observation fehlt es hingegen nach hier vertretener Auffassung, wenn eine zusätzliche ärztliche Abklärung ohne weiteres genügen würde, um den Missbrauchsverdacht abzuklären.¹³⁶ Was die Verhältnismässigkeit in zeitlicher Hinsicht

¹²⁵ E-Art. 44a ATSG, BBI 2008, 5444; dazu u.a. KIESER, ATSG 44a (Fn. 2), Kap. I; MEIER / STAEGER (Fn. 58), Rzn 43 ff.

¹²⁶ Vgl. BGE 135 I 169 / 171 und 173, E. 4.3 a.A. und 5.4.2; KIESER, ATSG 44a (Fn. 2), Kap. VI, Ziff. 1.

¹²⁷ EGMR, Urteil Nr. 41953 / 98, Verlière c. Suisse, vom 28. Juni 2001; Urteil des Bundesgerichts 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009, E. 6.4.1; BGE 135 I 169 / 174, E. 5.5; 129 V 323 / 325, E. 3.3.3.

¹²⁸ Vgl. AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rzn 272 und 354.

¹²⁹ TSCHANNEN PIERRE / ZIMMERLI ULRICH / MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 21 N 2.

¹³⁰ Vgl. TSCHANNEN / ZIMMERLI / MÜLLER (Fn. 129), § 21 N 6 ff.

¹³¹ KIESER, ATSG 44a (Fn. 2), Kap. V, Ziff. 2.2.

¹³² Dazu vorne, Kap. III / C / 2 / d.

¹³³ Vgl. KIESER, ATSG 44a (Fn. 2), Kap. IV, lit. a und Kap. V, Ziff. 2.1; DERS., Kommentar (Fn. 115), ATSG 43 N 30.

¹³⁴ BGE 135 I 169 / 174 f., E. 5.6; zudem Urteil des Bundesgerichts 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009, E. 6.4.1; BGE 129 V 323 / 325, E. 3.3.3.

¹³⁵ Urteil des Bundesgerichts 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009, E. 6.4.1.

¹³⁶ Siehe dazu auch KÄLIN (Fn. 95), S. 657; grosszügiger insofern MEIER

anbelangt, betrachtete das Bundesgericht eine Observationsdauer von 23 Tagen (wobei nur an 9 Tagen tatsächlich beobachtet und gefilmt wurde) als verhältnismässig.¹³⁷

[Rz 73] Im **Entwurf** für einen neuen **Art. 44a ATSG** wird als weitere Voraussetzung für eine Observation ein begründeter Verdacht darauf verlangt, dass die versicherte Person unrechtmässig Leistungen bezieht oder zu erhalten versucht. Ein begründeter Verdacht ist freilich, wie erwähnt, auch nach geltendem Recht eine notwendige Voraussetzung, um eine Observation anzurufen.¹³⁸ Ohne diesen besteht kein Anlass zu einer Observation und damit auch keine Erforderlichkeit in sachlicher Hinsicht. Die Elemente, die einen Verdacht begründen können, müssen einzelfallbezogen und konkret sein.¹³⁹ Ein **ausreichender Anfangsverdacht** wird beispielsweise bejaht, wenn die versicherte Person eine Invaliditätsrente erhält und zugleich ein AHV-pflichtiges Einkommen in der gleichen Höhe bezieht wie vor dem (behaupteten) Invaliditätseintritt. Ein hinreichender Verdachtsgrund kann auch vorliegen, wenn die vom Versicherten geltend gemachten Beschwerden somatisch nicht objektivierbar sind.¹⁴⁰

d) Zumutbarkeit

[Rz 74] Eine Observation ist nur zumutbar – und damit im engeren Sinn verhältnismässig –, wenn sie ein vernünftiges Verhältnis wahrt zwischen dem angestrebten Ziel der Aufdeckung des Versicherungsmissbrauchs und dem Eingriff, den sie für die betroffene Person bewirkt.¹⁴¹ Mit anderen Worten ist eine wertende Abwägung zwischen den betroffenen Interessen vorzunehmen.

[Rz 75] Die Zumutbarkeit einer bestimmten Observation kann nur im Einzelfall effektiv beurteilt werden. Das Bundesgericht hat sie in mehreren jüngeren Entscheiden bejaht.¹⁴²

5. Wahrung des Kerngehalts

[Rz 76] Schliesslich hat die Observation wie jeder andere Grundrechtseingriff die Kerngehaltsgarantie zu wahren. Insofern dürfen sich allerdings keine zusätzlichen Schwierigkeiten ergeben: Eine zu weitgehende Observation (die sich

/ STAEGER (Fn. 58), Rz. 25, die den Behörden «un véritable choix» zwischen Überwachungsmassnahmen und der Anordnung einer Expertise einräumen.

¹³⁷ Urteil des Bundesgerichts 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009, E. 6.4.1.

¹³⁸ Vgl. den in Fn 120 erwähnten Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons Solothurn, E. 8c.

¹³⁹ VersGer St. Gallen, Urteil IV 2008 / 451 vom 21. Juli 2009, E. 2.2 (Plädoyer 5 / 09, S. 70); hierzu und zum Folgenden KIESER, ATSG 44a (Fn. 2), Kap. V, Ziff. 1.

¹⁴⁰ Vgl. BGer, U 161 / 01, E. 3.3.3 a.A.; DETTWILER STEFAN A. / HARDEGGER ANDREAS, Zulässige Video-Überwachung von SUVA-Versicherten, HAVE 2003, S. 246 ff., S. 247; anders offenbar VersGer St. Gallen, Urteil IV 2008 / 451 vom 21. Juli 2009, E. 2.3 (Plädoyer 5 / 09, S. 70).

¹⁴¹ Vgl. HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN (Fn. 86), Rz. 614.

¹⁴² BGE 135 I 169 / 175, E. 5.6; 129 V 323 / 326, E. 3.3.3.

beispielsweise auf die Intimsphäre einer Person erstreckt) müsste nämlich schon an der Voraussetzung einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage und wegen fehlender Verhältnismässigkeit scheitern.¹⁴³

D. Verwertung der Beweisergebnisse

[Rz 77] Rechtmässig erlangte Observationsberichte, Fotografien und dergleichen sind im Verwaltungsverfahren über einen Versicherungsanspruch zum Beweis zuzulassen.¹⁴⁴ Dagegen müssen unrechtmässig erlangte Beweismittel – ähnlich wie im Zivilprozess¹⁴⁵ – von der Verwertung grundsätzlich ausgeschlossen bleiben.¹⁴⁶ Anders kann es sich ausnahmsweise dann verhalten, wenn das Beweismittel auch auf rechtmässigem Weg hätte erlangt werden können und das Interesse an der Wahrheitsfindung höher zu bewerten ist als das Schutzinteresse des Betroffenen.¹⁴⁷

[Rz 78] Nicht selten stellt sich die Frage, ob die Ergebnisse einer von einer privatrechtlich handelnden Versicherung angeordneten Observation durch den öffentlich-rechtlichen Versicherer ausgewertet werden dürfen. Die Zulässigkeit einer derartigen (**Zweit**)Verwertung von **Observationsergebnissen** ist nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen zu beurteilen, insbesondere sind die Grundrechte des Versicherungsleistungsempfängers (hier Art. 13 BV) zu beachten.¹⁴⁸ Die Rechtsprechung erlaubt die Verwertung, wenn die betreffende Observation ihrerseits im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ZGB rechtmässig war.¹⁴⁹ Das Bundesgericht hat namentlich die Verwertung von durch private Versicherungen erlangten Beweismitteln als zulässig erachtet in Fällen, wo eine Person bei ihrer Tätigkeit als Putzfrau observiert wurde,¹⁵⁰ bei öffentlich einsehbaren Gartenarbeiten,¹⁵¹ oder bei der Arbeit in einem Restaurant.¹⁵²

¹⁴³ Vgl. auch BGE 135 I 169 / 174, E. 5.4.2, wonach der Kerngehalt von Art. 13 BV weder durch eine Observation im öffentlichen Raum noch durch die Verwertung der entsprechenden Observationsergebnisse angetastet wird; siehe auch BGE 129 V 323 / 326, E. 3.3.3.

¹⁴⁴ MEIER / STAEGER (Fn. 58), Rz. 38.

¹⁴⁵ Vorne, Kap. II / F.

¹⁴⁶ KIESER, Kommentar (Fn. 115), ATSG 43 N 37.

¹⁴⁷ MEIER / STAEGER (Fn. 58), Rz. 40, m.w.H. Diese Autoren verneinen aber im Zusammenhang mit unrechtmässigen Observationen ein überwiegendes Interesse des öffentlich-rechtlichen Versicherers, da dieser nur wirtschaftliche Interessen in die Waagschale werfen könne; a.a.O., Rz. 41. Siehe auch vorne, Kap. II / F.

¹⁴⁸ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_806/2007 vom 7. August 2008, E. 4.2; BGE 132 V 241 / 242, E. 2.5.1; 129 V 323 / 325, E. 3.3.3; vgl. ferner KÄLIN (Fn. 95), S. 657.

¹⁴⁹ BGE 129 V 323 / 324 f., E. 3.3.3.; BGE 132 V 241 / 242, E. 2.5.1 a.A.

¹⁵⁰ BGE 129 V 323 / 324 f., E. 3.3.3.

¹⁵¹ BGE 132 V 241 / 243, E. 2.5.1 f.

¹⁵² Urteil des Bundesgerichts 8C_557/2007 und 8C_581/2007 vom 4. Juni 2008, E. 6 f.

IV. Datenschutzrechtliche Aspekte

[Rz 79] Das Datenschutzgesetz bezweckt «den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden.»¹⁵³ Das DSG findet sowohl im Verhältnis unter Privaten Anwendung als auch im Verhältnis zwischen Bundesorganen und Privaten. Weil es sich bei der Observation durch einen Privatdetektiv offensichtlich um eine Bearbeitung von Personendaten im Sinne des Datenschutzgesetzes handelt,¹⁵⁴ ist dieses Bundesgesetz **für alle Observationen zu berücksichtigen**, unabhängig davon, ob diese durch einen privaten oder durch einen öffentlichen Versicherer angeordnet werden. Gleiches gilt auch für das Aufbewahren, Verwenden und Bekanntgeben der durch die Observation beschafften Informationen.

[Rz 80] Dennoch sind die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes im vorliegenden Kontext letztlich von **beschränkter Tragweite**. Denn das Datenschutzgesetz will weder am System des Grundrechtsschutzes im öffentlichen Recht noch am privatrechtlichen System des Art. 28 ZGB etwas ändern. Vielmehr geht es um eine Konkretisierung des Schutzes.¹⁵⁵ Nach der Botschaft des Bundesrates¹⁵⁶ «werden dem Richter gewisse Anhaltspunkte, gleichsam Gewichtssteine, für die Interessenabwägung an die Hand gegeben.» Es geht also im Zusammenhang mit dem DSG nicht um eine speziellere Regelung, die die allgemeinere Regelung verdrängen würde. Im Folgenden sei deshalb nur auf wenige Besonderheiten des DSG hingewiesen.

[Rz 81] Die **Bearbeitung von Personendaten** – und damit die Observation – muss nach Art. 4 Abs. 1 DSG rechtmässig sein.¹⁵⁷ Auch muss die Datenbeschaffung für die betroffene Person erkennbar sein.¹⁵⁸ Dies bedeutet, dass die betroffene Person zumindest aufgrund der Umstände mit der Datenbeschaffung (und der weiteren Datenverarbeitung) rechnen musste, wobei die Anforderungen um so höher liegen, je stärker in die Persönlichkeitsrechte eingegriffen wird.¹⁵⁹ Schliesslich muss die Bearbeitung verhältnismässig sein.¹⁶⁰

[Rz 82] Von Bedeutung ist im Datenschutzrecht (das sich

nicht an die Sphärentheorie anlehnt) die Unterscheidung zwischen normalen und «**besonders schützenswerten Personendaten**».¹⁶¹ Für letztere – zu denen auch die Gesundheitsdaten gehören – gelten besonders strenge Voraussetzungen für die Bearbeitung. Dies ist zu beachten, wenn einem Detektiv beispielsweise Unterlagen über die zu observierende Person ausgehändigt werden.

[Rz 83] Beim **Einsatz eines externen Detektivs** durch Bundesorgane ist insbesondere zu beachten, dass eine Datenbearbeitung durch Dritte zulässig ist, sofern die Daten nur so bearbeitet werden, wie der Auftraggeber selbst es tun dürfte und keine gesetzliche oder vertragliche Geheimhaltungspflicht es verbietet.¹⁶² Das Datenschutzgesetz drückt damit den Grundsatz der Outsourcing-Freiheit aus.¹⁶³ Dabei muss sich der Auftraggeber insbesondere vergewissern, dass der Dritte die Datensicherheit gewährleistet.¹⁶⁴ Auch darf die Bekanntgabe nicht gegen die allgemeinen Grundsätze der Datenbearbeitung¹⁶⁵ verstossen.¹⁶⁶ So darf die Versicherung dem Detektiv nur diejenigen Informationen herausgeben, die zu seiner Instruktion notwendig sind, nicht aber etwa die ganze Krankengeschichte der versicherten Person.¹⁶⁷

V. Strafrecht

A. Ausgangslage und Problemstellung

[Rz 84] Strafrecht spielt im vorliegenden Kontext eine mehrfache Rolle. Begeht der Privatdetektiv im Rahmen seiner Observation eine strafbare Handlung, so riskiert er eine strafrechtliche Verurteilung (und mit ihm ggf. die Anstifter aus dem Versicherungsunternehmen). Sodann ist grundsätzlich davon auszugehen, dass Beweismittel, die durch eine strafbare Handlung erlangt wurden, weder im Zivil- noch im Verwaltungsverfahren verwertbar sind. Entsprechende Observationsergebnisse sind somit letztlich nutzlos.

[Rz 85] Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob die Observation eine strafbare **Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte** i. S. v. Art. 179quater StGB darstellt. Nach der genannten Bestimmung macht sich strafbar, «wer eine Tatsache aus dem Geheimbereich eines andern oder eine nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache aus dem Privatbereich eines andern ohne dessen Einwilligung mit einem Aufnahmegerät beobachtet oder auf einen Bildträger aufnimmt». Die Absätze 2 und 3 enthalten strafbare Anschlusshandlungen (z. B. Auswertung,

¹⁵³ Art. 1 DSG.

¹⁵⁴ Art. 3 lit. e DSG.

¹⁵⁵ Siehe u.a. AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 545.

¹⁵⁶ BBI 1988 II, 460.

¹⁵⁷ Die Widerrechtlichkeit der Datenbearbeitung im Privatrechtsverhältnis entfällt, wenn sie durch die Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 13 Abs. 1 DSG). Die Rechtfertigungsgründe des DSG decken sich damit mit jenen von Art. 28 Abs. 2 ZGB; dazu vorne, Kap. II / D.

¹⁵⁸ Art. 4 Abs. 4 DSG.

¹⁵⁹ Vgl. MAURER-LAMBOURU URIS / STEINER ANDREA, Kommentar zu den Art. 4 und 6 DSG, in: Maurer-Lambrou Urs / Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel 2006, DSG 4 N 8.

¹⁶⁰ Art. 4 Abs. 2 DSG. Diesbezüglich sei nach hinten auf Kap. III / C / 4 verwiesen.

¹⁶¹ Art. 3 lit. c DSG.

¹⁶² Art. 10a Abs. 1 DSG.

¹⁶³ RAMPINI, BSK (Fn. 74), DSG 14 N 1.

¹⁶⁴ Art. 10a Abs. 2 DSG.

¹⁶⁵ Art. 4 ff. DSG.

¹⁶⁶ RAMPINI, BSK (Fn. 74), DSG 14 N 17.

¹⁶⁷ DETTWILER / HARDEGGER (Fn. 140), S. 248.

Weitergabe an Dritte) für die aus einer Straftat gemäss Abs. 1 hervorgegangenen Kenntnisse und Aufnahmen.¹⁶⁸

[Rz 86] Das Bundesgericht hat in seiner jüngsten Rechtsprechung die Auffassung vertreten, diejenige Observation, die die durch Art. 179quater StGB definierten Grenzen überschreite, sei **gleichzeitig ein unzulässiger Grundrechteingriff**. Dagegen sei eine behördlich angeordnete Observation einer versicherten Person innerhalb der strafrechtlichen Schranken, namentlich Art. 179quater StGB, und unter Wahrung der Intimsphäre zulässig.¹⁶⁹ Diese Verknüpfung zwischen Strafrecht und öffentlichem Recht scheint nicht ganz unproblematisch, weshalb darauf zurückzukommen ist (hinten, Kapitel V / C / 4 und V / D). Vorab ist allerdings die strafrechtliche Ausgangslage näher zu betrachten.

B. Übersicht zu Art. 179quater StGB

1. Tatobjekt: Tatsachen aus dem Geheim- und Privatbereich

[Rz 87] Der Gesetzgeber liess sich bei Art. 179quater StGB von der zu Art. 28 ZGB entwickelten Sphärentheorie inspirieren.¹⁷⁰ Strafrechtlich geschützt sind sowohl die Geheimsphäre als auch – jedenfalls in gewisser Hinsicht – die Privatsphäre. Grundsätzlich kann bezüglich dieser beiden Sphären auf die Ausführungen in Kapitel II / C / 2 vorne verwiesen werden. Präzisierend ist dazu Folgendes zu ergänzen:

[Rz 88] Nebst vom Geheimbereich spricht Art. 179quater StGB auch von Tatsachen aus dem Privatbereich, die **nicht ohne weiteres zugänglich** sind. Diese Formulierung wurde während der parlamentarischen Beratung als Kompromiss ins Gesetz aufgenommen, nachdem der Nationalrat auch den gesamten Privatbereich strafrechtlich schützen wollte, während der Ständerat (in Übereinstimmung mit dem Bundesrat) nur dem Geheimbereich strafrechtlichen Schutz zukommen lassen wollte.¹⁷¹ Dieser Kompromiss hat dazu geführt, dass der strafrechtliche Schutz die Privatsphäre nur teilweise erfasst wird, also bezüglich der nicht jedermann ohne weiteres zugänglichen Tatsachen.¹⁷²

[Rz 89] Ob nebst Tatsachen aus der Privatsphäre im engeren Sinne – d. h. Tatsachen innerhalb des Hausfriedensbereichs – auch solche aus dem sog. **privatöffentlichen Bereich** von

Art. 179quater StGB erfasst werden, ist in der Lehre umstritten: Teilweise wird dies verneint,¹⁷³ teilweise wird verlangt, dass diese Tatsachen vom Intimitätsgrad her der Geheimsphäre zugeordnet werden können und die betroffene Person sich unbeobachtet wähnt,¹⁷⁴ wiederum andere Autoren verlangen, dass die Wahrnehmung besondere Vorkehren wie Anschleichen oder Verstecken erfordert,¹⁷⁵ und schliesslich wird auch die Meinung vertreten, in der Öffentlichkeit seien höchstpersönliche Verhaltensweisen strafrechtlich geschützt, sofern der Betroffene nicht ausweichen könne.¹⁷⁶

[Rz 90] Nach **bundesgerichtlicher Rechtsprechung** gehört neben der Privatsphäre im engeren Sinne auch die (nicht umfriedete) unmittelbar angrenzende, durch eine rechtlich-moralische Grenze geschützte Umgebung zum strafrechtlich geschützten Bereich.¹⁷⁷ Dabei ist es nicht erforderlich, dass für die Tathandlung die physische Grenze des Hausfriedensbereichs überschritten wird.¹⁷⁸

[Rz 91] Art. 179quater StGB bezieht sich auf Tatsachen. Im Zusammenhang mit den Vergehen gegen die Ehre versteht man darunter äusserlich in Erscheinung tretende und dadurch in irgendeiner Form wahrnehmbare und einem Beweis zugängliche Ereignisse oder Zustände der Gegenwart oder der Vergangenheit.¹⁷⁹ Als solche gelten insbesondere **Verhaltensweisen und Erscheinungsbild** der observierten Person.¹⁸⁰ Nebst jedem Geschehen kommt auch jeder Gegenstand in Betracht, soweit eine Beziehung zum geschützten Bereich besteht.¹⁸¹

¹⁶⁸ VON INS / WYDER, BSK (Fn. 31), StGB 179quater N 15.

¹⁶⁹ BGE 135 I 169 / 171 und 175, E. 4.3 und 5.7.

¹⁷⁰ BGE 118 IV 41 / 45, E. 4; VON INS / WYDER, BSK (Fn. 31), StGB 179quater N 6; AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 515.

¹⁷¹ Siehe BBI 1968 I, 595; Amtl. Bull. NR 1968, 335 ff.; Amtl. Bull. SR 1968, 186 ff.; Amtl. Bull. NR 1968, 630 ff. Zum Ganzen ausführlich BGE 118 IV 41 / 47 f., E. 4c, m.w. Verw.; RIKLIN, strafrechtlicher Schutz (Fn. 50), S. 543 ff., m.w. Verw.; ferner SCHUBARTH (Fn. 50), StGB 179quater N 2.

¹⁷² Vgl. BGE 118 IV 41/47, E. 4c; METZGER HUBERT ANDREAS, Der strafrechtliche Schutz des persönlichen Geheimbereichs gegen Verletzungen durch Ton- und Bildaufnahme- sowie Abhörgeräte, Diss. Bern 1971, S. 89; RIKLIN, strafrechtlicher Schutz (Fn. 50), S. 549 und 554.

¹⁷³ CORBOZ (Fn. 31), StGB 179quater N 7 a.E.; METZGER (Fn. 172), S. 91 f.

¹⁷⁴ So offenbar RIKLIN, strafrechtlicher Schutz (Fn. 50), S. 550 ff.

¹⁷⁵ DONATSCH (Fn. 31), S. 393.

¹⁷⁶ SCHUBARTH (Fn. 50), StGB 179quater N 12 ff. In einem jüngsten Bundesgerichtsentscheid hielt das Bundesgericht fest, die Videoaufnahme mittels Überwachungskamera im Kassenraum eines Juweliergeschäfts betreffe keine Tatsachen aus dem Geheimbereich oder aus dem nicht jedermann ohne weiteren Privatbereich der Angestellten. Dies obgleich die Betroffenen von der Kamera keine Kenntnis hatten und sich insofern unbeobachtet wähnten; Urteil des Bundesgerichts 6B_536/2009 vom 12. November 2009, E. 3.2.

¹⁷⁷ BGE 118 IV 41 / 49 f., E. 4e. Siehe dazu auch vorne, Kap. II / C / 2.

¹⁷⁸ BGE 118 IV 41 / 50, E. 4e. In der Lehre wird hingegen teilweise verlangt, dass die Wahrnehmung und die Aufnahme nur mit Hilfe von technischen Mitteln oder qualifizierten Aktivitäten und Anstrengungen möglich sind (siehe etwa RIKLIN, strafrechtlicher Schutz (Fn. 50), S. 551 f.; SCHUBARTH (Fn. 50), StGB 179quater N 12 und 19).

¹⁷⁹ BGE 118 IV 41 / 44, E. 3; VON INS / WYDER, BSK (Fn. 31), StGB 179quater N 5; SCHWANDER VITAL, Das Schweizerische Strafgesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, 2. Aufl., Zürich 1971, Rz. 604.

¹⁸⁰ Vgl. BGE 118 IV 41 / 44, E. 3; VON INS / WYDER, BSK (Fn. 31), StGB 179quater N 5; SCHUBARTH (Fn. 50), StGB 179quater N 9.

¹⁸¹ SCHUBARTH (Fn. 50), StGB 179quater N 9; vgl. RIKLIN, Radio und Fernsehen (Fn. 32), S. 196.

2. Tathandlung: Beobachten mit einem Aufnahmegerät

[Rz 92] Tathandlung ist gemäss Abs. 1 das Beobachten der Tatsache aus dem Geheim- oder Privatbereich mit einem Aufnahmegerät¹⁸² oder das Aufnehmen ebendieser Tatsache auf einen Bildträger. Mit der ersten Tatalternative genügt für die Strafbarkeit also bereits die blosse Möglichkeit, von der beobachteten Tatsache eine Aufnahme machen zu können; dass tatsächlich eine angefertigt worden ist, ist nicht erforderlich.¹⁸³ Der strafrechtliche Schutz von Art. 179quater StGB bezieht sich auf das **Risiko**, dass von Tatsachen aus der Geheim- oder der Privatsphäre Bildaufnahmen angefertigt, wiedergegeben und verbreitet werden.¹⁸⁴ Bei den Aufnahmen kann es sich sowohl um analoge als auch digitale, um Foto- oder Filmaufnahmen handeln.¹⁸⁵

[Rz 93] Unter einem **Aufnahmegerät** ist ein Gerät zu verstehen, mit dem man Bildmaterial aufnehmen, aufbewahren und wiedergeben kann.¹⁸⁶ In Betracht kommen im vorliegenden Kontext beispielsweise Foto- oder Videokameras, Handykameras oder Webcams.¹⁸⁷ Keine Aufnahmegeräte sind etwa Ferngläser, Fernrohre oder Einwegspiegel.¹⁸⁸

[Rz 94] Keine strafbare Handlung liegt nach dem Wortlaut von Art. 179quater StGB vor, wenn die beobachtete Person ihre **Einwilligung** erteilt hat. Im vorliegenden Kontext kann von einer Einwilligung allerdings nicht ausgegangen werden.¹⁸⁹

C. Rechtfertigung

1. Allgemeines

[Rz 95] Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 179quater StGB erfüllt, bedeutet dies nicht notwendigerweise, dass das entsprechende Verhalten tatsächlich strafbar ist. Denkbar ist, dass sich der observierende Privatdetektiv auf einen Rechtfertigungsgrund berufen kann.

¹⁸² Voyeurismus ohne Aufnahmegerät ist hingegen straflos (VON INS / WYDER, BSK (Fn. 31), StGB 179quater N 14).

¹⁸³ BGE 117 IV 31 / 33, E. 2b: «Il n'est toutefois pas nécessaire de prouver qu'une image a été fixée sur un support, il suffit que l'auteur ait observé un fait relevant du domaine privé ou secret à l'aide d'un appareil qui lui donnait la faculté de capter l'image pour la transmettre, la conserver ou la reproduire.»

¹⁸⁴ CORBOZ (Fn. 31), StGB 179quater N 12.

¹⁸⁵ VON INS / WYDER, BSK (Fn. 31), StGB 179quater N 13 f.

¹⁸⁶ BGE 117 IV 31 / 33, E. 2b.

¹⁸⁷ Vgl. BBI 1968 I, 592 f.; BGE 117 IV 31 / 33 f., E. 2b; DONATSCH (Fn. 31), S. 393 f.; VON INS / WYDER, BSK (Fn. 31), StGB 179quater N 14; RIKLIN, strafrechtlicher Schutz (Fn. 50), S. 553.

¹⁸⁸ BGE 117 IV 31 / 34, E. 2c und 3; CORBOZ (Fn. 31), StGB 179quater N 10; DONATSCH (Fn. 31), S. 393; VON INS / WYDER, BSK (Fn. 31), StGB 179quater N 14; STRATENWERTH / JENNY (Fn. 31), § 12 N 55; vgl. RIKLIN, strafrechtlicher Schutz (Fn. 50), S. 553; a.M. SCHUBARTH (Fn. 50), StGB 179quater N 17 ff.

¹⁸⁹ Dazu schon vorne, Kap. II / D / 3 (betr. Einwilligung zu einer Persönlichkeitsverletzung).

2. Notwehr

[Rz 96] Die Notwehr setzt gemäss Art. 15 StGB als objektives Rechtfertigungselement das Vorliegen eines gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden rechtswidrigen Angriffs voraus. Eine solche **Notwehrlage** wird bei denjenigen Sachverhalten, bei denen eine Observation zum Einsatz kommt, kaum vorliegen. Selbst wenn man Versicherungsbetrug als widerrechtlichen Angriff auf das Vermögen des Versicherers betrachten will, so sind Observation und Bildaufzeichnung zur materiellen Beendigung des Betrugs keine geeigneten Verteidigungshandlungen, da sie lediglich darauf gerichtet sind, Beweismaterial zu sammeln. Überdies fehlt es am subjektiven Rechtfertigungselement, also dem **Verteidigungswillen**, da mit der Observation nicht die Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs, sondern die Aufklärung bzw. Prävention einer Straftat bezeichnet wird. Daher ist die Notwehr als Rechtfertigungsgrund vorliegend kaum von praktischer Relevanz.

3. Notstand

[Rz 97] Notstand kommt gemäss Art. 17 StGB dann als Rechtfertigungsgrund in Frage, wenn ein eigenes Rechtsgut oder dasjenige einer anderen Person einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr ausgesetzt ist und durch die Rettungshandlung höherwertige Interessen gewahrt werden. Da das Gesetz nur von Rechtsgütern einer Person spricht, sind nach h. A. öffentliche Interessen nicht notstandsfähig.¹⁹⁰ Bei Eingriffen zugunsten von Rechtsgütern der Allgemeinheit wird über die in Art. 17 StGB geregelten Fälle hinaus noch ein **übergesetzlicher Notstand** diskutiert.¹⁹¹ Wenn dieser nicht schon gänzlich abgelehnt wird,¹⁹² ist der Anwendungsbereich aber äusserst begrenzt, da die Befugnisse staatlicher Institutionen – und insofern auch die Ermittlungsbefugnisse – in besonderen Gesetzen festgelegt werden, sodass mit einer Berufung auf Notstand zugunsten staatlicher Eingriffe gesetzgeberische Entscheidungen umgangen würden.¹⁹³ Damit kann dieser Rechtfertigungsgrund von vornherein nur von **privaten Versicherungsunternehmen** angerufen werden, die sich auf ihre privaten Vermögensinteressen und den Schutz ihrer Prämienzahler berufen. Auch dort bleibt jedoch fraglich, ob im Zusammenhang mit einem mutmasslichen Versicherungsbetrug ein **Beweisnotstand** vorliegt, der die

¹⁹⁰ BGE 94 IV 68 / 70, E. 2; DONATSCH ANDREAS / TAG BRIGITTE, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 8. Aufl., Zürich 2006, S. 230; STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 3. Aufl., Bern 2005, § 10 N 40.

¹⁹¹ Vgl. z.B. SCHRÖDER HORST, Die Not als Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgrund im deutschen und schweizerischen Strafrecht, ZStrR 76 (1960), 12 ff.

¹⁹² WAIBLINGER MAX, SJK, Nr. 1206, 4.

¹⁹³ SEELMANN KURT, Kommentar zu den Art. 11, 14 – 18 StGB, in: Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1 – 110 StGB, Jugendstrafgesetz, 2. Aufl., Basel 2007 (zit. SEELMANN, BSK), StGB 17 N 15.

Observation zu rechtfertigen vermag.¹⁹⁴ Dies ist hier jedoch weniger problematisch als bei der Notwehr, da die Notstands-lage schon begrifflich keinen «Angriff» voraussetzt, sondern über den Begriff «Gefahr» lediglich ein Prognoseurteil verlangt, also ein hypothetisches Ex-ante-Urteil eines verständigen Dritten in der Position des Täters.¹⁹⁵ Das dem Notstand zugrunde liegende entscheidende Prinzip ist schliesslich die **Interessenabwägung**. Ob durch die «Rettungshandlung» – hier die Observation mit Bildaufzeichnung – «höherwertige Interessen» gewahrt werden, lässt sich wohl nur im Einzelfall anhand einer umfassenden Abwägung der widerstreitenden Interessen beurteilen, wobei zu berücksichtigen ist, in welchem Ausmass die Privat- oder Geheimsphäre verletzt wird, wie hoch das Gewicht des Beweisinteresses ist sowie ob und in welchem Ausmass Dritte beeinträchtigt werden.¹⁹⁶ Grundsätzlich wird man einen Beweisnotstand als Rechtfertigungsgrund – wenn überhaupt – nur mit grosser Zurückhaltung ausnahmsweise annehmen dürfen.¹⁹⁷

4. Gesetzlich erlaubte Handlung und überwiegendes Interesse

[Rz 98] Bedeutsamer könnte bei der Observation der Rechtfertigungsgrund des gesetzmässigen Handelns sein. **Art. 14 StGB** schliesst die Rechtswidrigkeit für Handlungen aus, die durch ein Gesetz geboten oder zumindest erlaubt sind.

[Rz 99] Hinsichtlich **amtlicher Handlungen**, die einen Straftatbestand erfüllen, gilt, dass sie nur in dem Umfang nach diesem Grund gerechtfertigt sind, wie das öffentliche Recht es erlaubt oder gebietet.¹⁹⁸ Ein allgemeiner Ermittlungs- oder Abklärungsauftrag reicht hierzu nicht aus.¹⁹⁹ Im hier interessierenden Kontext ist daraus abzuleiten, dass es einer Gesetzesnorm bedarf, aus welcher ausdrücklich hervorgeht, dass auch eine Observation zulässig ist, die in den von Art. 179quater StGB geschützten Bereich der Geheim- und Privatsphäre eingreift. Ob die geltenden gesetzlichen Grundlagen im Sozialversicherungsrecht diesen Anforderungen genügen, ist zweifelhaft.²⁰⁰ Aus diesem Grund ist die Auffassung des Bundesgerichts, dass sich die Observationsbefugnis einer Sozialversicherung nur innerhalb der von

Art. 179quater StGB gesetzten Schranken bewegen kann,²⁰¹ im Ergebnis nicht zu beanstanden.

[Rz 100] Anders kann es sich allenfalls verhalten, wenn ein **privatrechtlich handelnder Versicherer** eine Observation veranlasst. Denn wenn eine Observation nach Art. 28 Abs. 2 ZGB aufgrund eines überwiegenden Interesses als rechtmässig und damit erlaubt qualifiziert wird,²⁰² so erschiene es als widersprüchlich, wenn dieses Verhalten strafbar wäre. Dies umso mehr, als das Strafrecht bekanntlich subsidiär eingreift und keineswegs alle möglichen zivilrechtlich relevanten Persönlichkeitsverletzungen erfasst. Anders formuliert: Mit den Art. 173 ff. StGB hat der Gesetzgeber den allgemeinen Persönlichkeitsschutz von Art. 28 ZGB punktuell mit dem strafrechtlichen Schutz verstärkt. Das Strafrecht kann daher zwar durchaus in der Weise auf die Auslegung des Zivilrechts zurückwirken, als es mit Art. 179quater StGB verdeutlicht, dass die Beobachtung mit Aufnahmegeräten als schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung gelten muss. Auch solche schweren Verletzungen können aber im Einzelfall ausnahmsweise durch überwiegende private oder öffentliche Interessen im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ZGB gerechtfertigt sein (vgl. dazu genauer die nachfolgenden Ausführungen in Abschnitt D).

[Rz 101] Sowohl für öffentlichrechtlich als auch für privatrechtlich handelnde Versicherer ist sodann noch an den gewohnheitsrechtlichen, von Lehre und Praxis nahezu einheitlich anerkannten Rechtfertigungsgrund der **Wahrnehmung berechtigter Interessen** zu denken.²⁰³ Wird nach einem gemeinsamen Nenner der Fallgruppen gesucht, auf die dieser Rechtfertigungsgrund angewendet wird, so besteht dieser wohl in der Wahrung verfassungsmässig garantierter Freiheitsrechte. Insofern ist es fraglich, ob dieser Rechtfertigungsgrund hier überhaupt einschlägig sein kann. Abgesehen davon sollte er äusserst restriktiv gehandhabt werden: Ein solcher, der blossen Interessenverrechnung zugänglicher Rechtfertigungsgrund ist gefährlich, da er das Potential birgt, die eigentlich vom Gesetzgeber bestimmten Grenzen strafbaren Verhaltens aufzulösen.²⁰⁴ Freilich würden sich aus diesem Rechtfertigungsgrund für den privaten Versicherer auch kaum neue Gesichtspunkte ergeben. Denn überwiegt das Interesse des Versicherers dasjenige der observierten Person, so ist die Observation, wie erwähnt, zivilrechtlich erlaubt und damit schon nach Art. 14 StGB gerechtfertigt.

D. Art. 179quater StGB als absolute Grenze der Observation?

[Rz 102] Vor dem erläuterten Hintergrund fragt sich (wie

¹⁹⁴ WALDER HANS, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess, ZStr 82 (1966), S. 36 ff., S. 48.

¹⁹⁵ SEELMANN, BSK (Fn. 193), StGB 17 N 4.

¹⁹⁶ SCHUBARTH (Fn. 50), StGB 179bis N 41; vgl. VON INS / WYDER, BSK (Fn. 31), StGB 179bis N 20.

¹⁹⁷ Zu weit geht beispielsweise METZGER (Fn. 172), S. 108, wenn er einen Beweisnotstand bereits dann als rechtfertigend betrachtet, wenn ein Ehemann in ein Zimmer eindringt um dort den Ehebruch seiner Gattin mit deren Freund zu fotografieren.

¹⁹⁸ STRATENWERTH (Fn. 190), § 10 N 97, m.w. Verw.

¹⁹⁹ Vgl. SCHUBARTH (Fn. 50), StGB 179octies / 400bis N 7.

²⁰⁰ Vgl. davorne, Kap. III / C / 2.

²⁰¹ BGE 135 I 169 / 171, E. 4.3 (bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009, E. 6.3); dazu auch vorne, Kap. III / C / 2 / c.

²⁰² Dazu vorne, Kap. II / D / 2.

²⁰³ Dazu eingehend anstatt vieler STRATENWERTH (Fn. 190), § 10, N 60, m.w.H.

²⁰⁴ DONATSCH / TAG (Fn. 190), S. 254; SEELMANN, BSK (Fn. 193), StGB 14 N 24 f.

bereits angedeutet) ob sich der Privatdetektiv unabhängig von den in Frage stehenden Vermögensinteressen stets an die **Schranken von Art. 179quater StGB** halten muss, wie dies das Bundesgericht in einem bereits mehrfach erwähnten Entscheid offenbar unterstellt.²⁰⁵ Nachdem das Strafrecht selber Rechtfertigungsgründe zulässt, also eine den Tatbestand erfüllende Handlung rechtmässig sein kann, scheint diese Auffassung hinterfragbar zu sein. Mag man ihr, wie ausgeführt, auch für den öffentlich-rechtlichen Bereich – angesichts der dürftigen rechtlichen Grundlage für die Observation²⁰⁶ – zustimmen, so ist doch nochmals zu betonen, dass die Ausgangslage im Privatrecht eine andere ist.²⁰⁷

[Rz 103] Mit der vom Bundesgericht geforderten Rückwirkung des Strafrechts auf das Privatrecht ist eine Problematik angesprochen, die rechtstheoretisch unter dem Stichwort «Einheit der Rechtsordnung» behandelt und diskutiert wird.²⁰⁸ Hinter dieser Argumentationsfigur verbirgt sich die Vorstellung, dass die Teile einer Rechtsordnung, also die verschiedenen Rechtsgebiete, nicht beziehungslos nebeneinander stehen, sondern eine harmonische Einheit bilden (sollen). Verlangt wird nicht ihre Ungeteiltheit, sondern allem voran wird gefordert, dass die verschiedenen Teilgebiete des Rechts keine einander widersprechenden Lösungen hervorbringen. Anders gesagt ergibt sich aus der Bedeutungsvielfalt dieser Argumentationsfigur, die hier nicht wiedergegeben werden kann, die Forderung nach der **Widerspruchsfreiheit der Gesamtrechtsordnung** als zentrales Anliegen. Im Zentrum der Diskussion um die Wahrung der Einheit der Rechtsordnung steht damit die Forderung nach der einheitlichen Beurteilung des Erlaubt- bzw. Verbotenseins innerhalb der Gesamtrechtsordnung. Mit Blick auf den hier betrachteten Kontext hiesse das, was vom Strafrecht gemäss Art. 179quater StGB als tatbestandlich angesehen wird, muss auch auf andere Teilrechtsordnungen, beispielsweise das Privatrecht, zurückwirken. Letztlich geht es damit um die auch in anderen Zusammenhängen relevante Frage, ob ein Rechtsgebiet dem anderen im Hinblick auf die Einheit der Rechtsordnung inhaltlich folgen und die von ihm hervorgebrachten Wertungen übernehmen muss.²⁰⁹ Mit Rücksicht darauf ist im hier interessierenden Zusammenhang zu klären, welche Beziehung gerade das Strafrecht zu den anderen Teilrechtsordnungen hat, insbesondere zum Privatrecht. Zu erwarten ist,

dass die Offenlegung der insofern bestehenden strafrechtlichen Besonderheiten Anhaltspunkte für die Relevanz der Argumentationsfigur Einheit der Rechtsordnung liefert.

[Rz 104] Für das Verhältnis des Strafrechts zu anderen Rechtsgebieten – auch zum Privatrecht – ist zunächst bemerkenswert, dass das Strafrecht seinen Anwendungsbereich auf den Schutz bestimmter Rechtsgüter vor besonders gravierenden Angriffen beschränkt. Adressiert ist damit der sog. **fragmentarische Charakter des Strafrechts**: Ein Grossteil der von anderen Teilrechtsgebieten als rechtswidrig bewerteten und Rechtsfolgen nach sich ziehenden Handlungen ist allein schon deshalb strafrechtlich irrelevant, weil gar kein Straftatbestand existiert, der dieses Verhalten überhaupt erfassen könnte. Dies gilt z. B. für die fahrlässige (sorgfaltswidrige) Sachbeschädigung, die zwar zivilrechtlich zu einem Schadenersatzanspruch führt, aber keinen Straftatbestand erfüllt.²¹⁰ Diese Uneinheitlichkeit der Rechtsordnung bzw. die Beschränkung des Strafrechts auf ganz bestimmte von anderen Rechtsgebieten als rechtswidrig bewertete Handlungen ist unbedenklich, weil das Strafrecht als «schärfstes Mittel»²¹¹ staatlicher Gewalt nur als ultima ratio staatlichen Handelns zum Einsatz kommen darf. Dieses Verständnis von der Anwendung des Strafrechts gehört zu den wenigen unstreitigen Grundüberzeugungen im Strafrecht.²¹²

[Rz 105] Problematisch wird es hingegen, wenn das Strafrecht auf Tatbestandsebene ein Verhalten als verboten und damit strafwürdig erklärt, welches nach privatrechtlicher Wertung noch als erlaubt gilt, wie es gemäss der oben gemachten Ausführungen mit Blick auf das Verhältnis von Art. 28 Abs. 2 ZGB zu Art. 179quater StGB der Fall sein kann.²¹³ Bei Erlaubtsein des betreffenden Verhaltens nach einem Teil der Rechtsordnung steht nämlich ganz offensichtlich in Frage, ob eine Verhaltenskriminalisierung dann überhaupt erforderlich ist. Die Forderung nach der **Erforderlichkeit der Strafrechtsanwendung**, verstanden als Ausprägung des verfassungsrechtlich verankerten Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, gehört ebenso wie die Subsidiarität des Strafrechts (Einsatz nur als ultima ratio) zu den wenigen unumstrittenen Grundsätzen dieses Rechtsgebiets.²¹⁴ Strafe als ultimatives staatliches Instrument zur Verhaltenssteuerung darf demnach nur eingesetzt werden, wenn ein bestimmtes Verhalten tatsächlich der Bestrafung als staatliche Reaktion bedarf, also ein Strafschutzbedürfnis besteht. Die Erforderlichkeit

²⁰⁵ Siehe BGE 135 I 169 / 171, E. 4.3 (bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009, E. 6.3).

²⁰⁶ Vorne, Kap. III / C / 2 / b.

²⁰⁷ Siehe schon vorne, Kap. III / A (betr. Unterschiede zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Schutz).

²⁰⁸ Vgl. z.B. BALDUS MANFRED, Die Einheit der Rechtsordnung, Berlin 1995; FELIX DAGMAR, Einheit der Rechtsordnung, Tübingen 1998; GÜNTHER HANS-LUDWIG, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, Köln 1983; NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Ultima Ratio?, ZStrR 111 (1993), S. 236 ff.; ZIEGLER PETRA CAMATHIAS, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Mehrheitsentscheidungen von Gremien in Aktiengesellschaften, Diss. Zürich 2004, S. 33 f.

²⁰⁹ FELIX (Fn. 208), S. 142 f. und 159.

²¹⁰ Vgl. Art. 144 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 StGB, wonach nur eine vorsätzlich begangene Sachbeschädigung strafbar ist.

²¹¹ BVerfGE 1, 39, 51.

²¹² GÜNTHER (Fn. 208), S. 192 f.; NIGGLI (Fn. 208), S. 236, m.w.N. Letzterer nimmt allerdings einen «unica ratio»-Charakter des Strafrechts an, wenn das Strafrecht die einzige mögliche staatliche Reaktion sei. Dies sei immer dann der Fall, wenn Güter betroffen seien, deren Wert nicht wirtschaftlich messbar erscheine (vgl. DERS., a.a.O., S. 236, S. 251).

²¹³ Vgl. dazu schon Kap. V / C / 4.

²¹⁴ GÜNTHER (Fn. 208), S. 192.

der Verhaltenskriminalisierung hängt damit massgeblich von der Antwort auf die Frage ab, ob der durch die anderen Teilrechtsordnungen gewährte Rechtsgüterschutz bereits ausreichend ist. Dies ist letztlich eine Wertungsfrage, für die nur selten verbindliche Anhaltspunkte gegeben werden können. Ein solcher seltener Fall könnte allerdings in der hier betrachteten Fallkonstellation vorliegen: Wenn das fragliche Verhalten (hier die Observation mit einem Aufnahmegerät im Privatbereich) von einer Teilrechtsordnung (hier dem Privatrecht) unter bestimmten Voraussetzungen (Interessenabwägung) als rechtmässig gewertet und gestattet wird, dann stellt sich die Frage, ob diese Bewertung des Verhaltens die Entscheidung über die Erforderlichkeit einer Verhaltenskriminalisierung nicht bereits aufgrund des subsidiären Charakters des Strafrechts vorwegnimmt. Anders gewendet fragt sich, ob infolge des zwischen den übrigen Teilrechtsordnungen und dem Strafrecht bestehenden Stufenverhältnisses die Erforderlichkeit der Verhaltenskriminalisierung jedenfalls dann entfällt, wenn eine andere Teilrechtsordnung das betroffene Verhalten als erlaubt ausweist.²¹⁵

[Rz 106] Tatsächlich kann höchstrichterlicher Rechtsprechung entnommen werden, dass öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Erlaubnisse die Erforderlichkeit für den Einsatz von Strafrecht entfallen lassen: Das Strafrecht darf wegen seiner Eigenschaft als ultima ratio des staatlichen Steuerungsinstrumentariums überhaupt nur dann zum Einsatz kommen, «[...] wenn ein bestimmtes Verhalten *über sein Verbotensein hinaus* in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist».²¹⁶ Daraus wird deutlich, dass die Strafbewehrung von Verhalten in zwei Schritten zu erfolgen hat: Erstens ist zu klären, ob das betreffende Verhalten tatsächlich nach einer Teilrechtsordnung verboten bzw. unerlaubt oder rechtswidrig ist; zweitens ist zu fragen, ob dieses verbotene Verhalten derart sozialschädlich ist, dass seine Unterbindung dringend geboten ist. Das Strafrecht knüpft somit an das – in aller Regel durch eine Teilrechtsordnung vermittelte – *Verbotensein* eines konkreten Verhaltens an und verstärkt «nur» den durch diese Teilrechtsordnung vermittelten Rechtsgüterschutz durch die Androhung von Strafe. In der Konsequenz heisst das – und dies ist im hier betrachteten Zusammenhang entscheidend –, dass «die durch eine andere Teilrechtsordnung ausgewiesene Rechtmässigkeit eines Verhaltens die Erforderlichkeit der Bestrafung gleichsam automatisch entfallen» lässt.²¹⁷ Anders gesagt: Entfällt aufgrund privatrechtlicher Erlaubnissätze das Verbotensein einer Handlung, hat dies «erst recht» Konsequenzen für die strafrechtliche Beurteilung. Da das Strafrecht an das durch andere Rechtsgebiete vermittelte Verbotensein anknüpft und den dadurch vermittelten Rechtsgüterschutz

lediglich verstärkt, kann das nach anderer Teilrechtsordnung erlaubte Verhalten nicht durch das Strafrecht, welches nur als Verstärkung des Rechtsgüterschutzes gedacht ist, missbilligt werden.²¹⁸

[Rz 107] Unter dem Gesichtspunkt der **Rechtssicherheit** heisst das zugleich, dass die Bestrafung eines nach privatrechtlichen Kriterien erlaubten Verhaltens infolge der strafrechtlichen Nichtanerkennung dieser Erlaubnis faktisch ein rückwirkendes Verbot dieses (privatrechtlich erlaubten) Verhaltens bedeuten würde, was dem Gedanken der Rechtssicherheit widerspräche.

[Rz 108] Zusammengefasst folgt aus diesen Überlegungen, dass die Ultima-ratio-Funktion und der subsidiäre Charakter des Strafrechts – logisch – implizieren, dass (auch) privatrechtliche Erlaubnisse auf das Strafrecht durchschlagen und nicht, wie vom Bundesgericht offenbar unterstellt, der privatrechtliche Handlungsspielraum an den Schranken des Strafrechts zu messen ist. Eine vom Strafrecht bezweckte Verstärkung des Rechtsgüterschutzes ist nicht erforderlich und daher unverhältnismässig, wenn die Verhaltenskriminalisierung schon gar nicht an ein Verbotensein außerhalb des Strafrechts anknüpfen kann. Andernfalls wird nämlich ein strafrechtliches Verbot, und damit das «schärfste Schwert» in der staatlichen Verhaltenssteuerung, auf ein Verhalten bezogen, welches zunächst z. B. privatrechtlich als erlaubt gewertet wurde.²¹⁹

[Rz 109] Allerdings bedeutet dies nicht, das ist ausdrücklich zu betonen, dass der Strafgesetzgeber gezwungen wäre, die Straftatbestände auf eine bestimmte Art und Weise auszugestalten, um bspw. dem privatrechtlichen Erlaubtsein einer Handlung im Strafrecht Rechnung zu tragen. Die Verfassungsschranke der Erforderlichkeit als Ausprägung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes verlangt nur, dass eine *Bestrafung* des «Täters» nicht erfolgt, wenn sein Verhalten von einer anderen Teilrechtsordnung, z.B. dem Privatrecht, als rechtmässig ausgewiesen wird. Es ist insofern ausreichend, dem privatrechtlichen Erlaubtsein einer Handlung erst bei der Feststellung der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit Bedeutung beizumessen, indem die zwar tatbestandlich gegebene Be-einträchtigung des geschützten Rechtsguts als gerechtfertigt qualifiziert wird.²²⁰

[Rz 110] Dieses Ergebnis entspricht, wie eingangs dieses Abschnitts schon angedeutet, auch den Wertungen des Gesetzgebers selbst, der in **Art. 14 StGB** ausdrücklich normiert hat, dass derjenige gerechtfertigt handelt und sich daher nicht strafbar macht, dessen Verhalten nach dem Gesetz einer anderen Teilrechtsordnung «erlaubt» ist. Nach der hier vertretenen Auffassung ist es daher im Einzelfall denkbar, dass selbst eine die objektiven Grenzen von Art. 179quater

²¹⁵ FELIX (Fn. 208), S. 306; GÜNTHER (Fn. 208), S. 197.

²¹⁶ BVerfGE 88, 203, 258.

²¹⁷ FELIX (Fn. 208), S. 307 f.

²¹⁸ FELIX (Fn. 208), S. 317; GÜNTHER (Fn. 208), S. 362.

²¹⁹ FELIX (Fn. 208), S. 316.

²²⁰ FELIX (Fn. 208), S. 311.

StGB überschreitende Observation im Einzelfall sowohl zivil- wie auch strafrechtlich zulässig ist.

VI. Exkurs: Internationale Verhältnisse

A. Problemstellung

[Rz 111] Versicherungsleistungsempfänger halten sich bisweilen im Ausland auf; sei es ferienhalber oder sei es weil sie dort ihren Wohnsitz haben. Damit kann sich unter Umständen eine **Observation im Ausland** aufdrängen. Bei deren rechtlicher Beurteilung ist wiederum zu unterscheiden, ob die Observation von einer privatrechtlich oder von einer öffentlich-rechtlich handelnden Versicherung veranlasst wird:

B. Privatrecht

1. Zuständigkeit

[Rz 112] Handelt es sich um eine privatrechtlich handelnde Versicherung, so gelten für Ansprüche aus Persönlichkeitsverletzung die **IPRG-Bestimmungen** über die Ansprüche aus unerlaubter Handlung.²²¹ Nach Art. 129 IPRG (i. V. m. Art. 21 Abs. 1 f. und 4 IPRG) ist das schweizerische Gericht am Wohnsitz oder am Sitz des Beklagten zuständig. Damit riskiert der Versicherer, der einen Observationsauftrag erteilt hat, eine Klage wegen Persönlichkeitsverletzung in der Schweiz. Denkbar ist allerdings auch, dass die observierte Person, die im Ausland ihren Wohnsitz hat, gestützt auf das dortige Landesrecht eine Klage vor den lokalen Gerichten gegen den Privatdetektiv oder den Versicherer anhebt.

[Rz 113] Entsprechendes gilt im Anwendungsbereich des **Lugano-Übereinkommens** (Art. 2 LugÜ); allerdings kann gemäss Art. 5 Nr. 3 LugÜ nach Wahl des Klägers der Beklagte auch an dem Ort belangt werden, wo das schädigende Ereignis eingetreten ist, sofern es sich dabei um einen Vertragsstaat des Übereinkommens handelt.

2. Anwendbares Recht

[Rz 114] Haben sowohl Schädiger als auch Geschädigter (d. h. die observierte Person) ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz, so wendet der zuständige Schweizer Richter schweizerisches Recht an.²²² Andernfalls ist das Recht desjenigen Staates anwendbar, in welchem die unerlaubte Handlung begangen worden ist oder in welchem der Erfolg (Verletzung des Rechtsgutes) eingetreten ist, falls dieser nicht in dem Staat eintritt, wo die unerlaubte Handlung begangen worden ist, und der Schädiger mit dem Erfolgseintritt im betreffenden Staat rechnen musste.²²³

²²¹ Art. 33 Abs. 2 IPRG.

²²² Art. 133 Abs. 1 IPRG.

²²³ Art. 133 Abs. 2 IPRG. Nach deutschem Recht beurteilte das Bundesgericht

[Rz 115] Bei Ansprüchen aus persönlichkeitsverletzender **Datenbearbeitung** kann der Geschädigte zudem wählen zwischen dem Recht des Staates, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern der Schädiger mit dem Erfolgseintritt im betreffenden Staat rechnen musste, dem Recht des Staates, in dem der Urheber der Verletzung (Schädiger) seine Niederlassung oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder dem Recht des Staates, in dem der Erfolg der verletzenden Handlung eintritt, sofern der Schädiger mit dem Erfolgseintritt im betreffenden Staat rechnen musste.²²⁴

3. Beweisverwertung

[Rz 116] Wichtiger als die Frage nach einer Klage wegen Persönlichkeitsverletzung kann für den Versicherer die Frage sein, ob die durch eine **Observation im Ausland erlangten Beweismittel** in der Schweiz verwertbar sind. Es handelt sich dabei um einen Aspekt des Beweisrechts, der sich nach der *lex fori*, d. h. nach dem in der Schweiz anwendbaren Zivilprozessrecht richtet.²²⁵

[Rz 117] Gemäss dem künftig massgebenden **Art. 152 Abs. 2 ZPO CH** ist ein Beweismittel, wie erwähnt, dann verwertbar, wenn es rechtmässig beschafft worden ist, ansonsten nur dann, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.²²⁶ Entscheidend ist hier folglich, nach welcher Rechtsordnung die prozessuale Vorfrage zu beantworten ist, ob die mittels der betreffenden Observation erlangten Beweismittel rechtmässig beschafft worden sind. Art. 152 Abs. 2 ZPO CH äussert sich nicht darüber, nach welchem Recht bei internationalen Verhältnissen die **Rechtmässigkeit der Beweismittelbeschaffung** zu beurteilen ist. Unproblematisch ist die Rechtslage somit nur dann, wenn die Observation sowohl nach schweizerischem wie auch nach ausländischem Recht als zulässig zu betrachten ist.

[Rz 118] Mit Art. 152 Abs. 2 ZPO CH soll die Einheit der Rechtsordnung gewahrt werden, indem Unwerturteile des materiellen Rechts durch das Zivilprozessrecht beachtet werden.²²⁷ Die schweizerische Rechtsordnung verlangt unter Umständen von einem schweizerischen Zivilgericht, dass es die materielle Rechtmässigkeit eines Verhaltens nach einem bestimmten ausländischen Recht beurteilt. Es wäre nun – zumindest soweit das internationale Privatrecht keine

im Urteil 8C_239 / 2008 (E. 6.4.1) die Rechtmässigkeit einer Observation eines in Deutschland ansässigen Versicherungsleistungsempfängers, die im Auftrag eines Schweizer Versicherungsunternehmens in Deutschland und teilweise in Österreich durchgeführt worden war (allerdings ohne auf das IPRG Bezug zu nehmen, da der Versicherer eine öffentlich-rechtlich handelnde Unfallversicherung gewesen ist).

²²⁴ Art. 139 Abs. 3 IPRG.

²²⁵ SCHNYDER ANTON K. / LIATOWITSCH MANUEL, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich 2006, Rz. 542; STAHELIN / STAHELIN / GROLIMUND (Fn. 81), § 18 N 148.

²²⁶ Zur zivilprozessualen Beweisverwertung siehe auch vorne, Kap. II / F.

²²⁷ Vgl. RÜEDI (Fn. 81), Rz. 211.

Rechtswahl vorsieht – offenkundig widersprüchlich und mit der Einheitlichkeit des schweizerischen (materiellen) Rechts nicht vereinbar, wenn bei der rechtlichen Würdigung einer Handlung (hier: einer Observation) zwar für die materiellrechtliche Beurteilung ausländisches Recht angewendet werden muss, wenn die betreffende Handlung Teil des Streitgegenstandes ist, die Beurteilung derselben Handlung im Rahmen einer zivilprozessualen Vorfrage dagegen nach schweizerischem Recht erfolgen würde. Welche Rechtsordnung zur Anwendung gelangt, sollte sich daher auch dann nur aus den **Bestimmungen des internationalen Privatrechts** ergeben (siehe dazu vorstehend Kapitel VI / B / 2), wenn es darum geht, nach Art. 152 Abs. 2 ZPO CH die Rechtmässigkeit einer Beweismittel-Beschaffungshandlung zu beurteilen, die im Ausland erfolgte. Im Einzelnen bedeutet dies Folgendes:

- Ist bei der rechtlichen Würdigung der Observation schweizerisches Recht anwendbar, so beurteilt sich diese (in ihrer Eigenschaft als Beweismittel-Beschaffungshandlung) ausschliesslich nach schweizerischem Recht.
- Umgekehrt ist die Rechtmässigkeit der Observation als Beweismittel-Beschaffungshandlung nach dem betreffenden ausländischen Recht zu beurteilen, wenn nach internationalem Privatrecht die Observation ausländischem Recht untersteht.²²⁸

[Rz 119] Somit ergibt sich aus dem auf die Streitsache anwendbaren **materiellen (schweizerischen oder ausländischen) Recht**, ob es sich bei den Observationsergebnissen um rechtmässig oder um rechtswidrig erlangte Beweismittel handelt. Dies muss wohl auch dann gelten, wenn die Observation nur nach dem anwendbaren ausländischen Recht rechtswidrig gewesen ist, unter dem Blickwinkel des schweizerischen Rechts jedoch zulässig gewesen wäre.²²⁹ Analog ist zu argumentieren, wenn die Observation nach Schweizer Recht rechtswidrig gewesen wäre, nach dem anwendbaren ausländischen Recht jedoch zulässig gewesen ist. Das Beweismittel ist diesfalls vor schweizerischen Gerichten verwertbar. Im letztgenannten Fall gilt allerdings der Vorbehalt, dass die Observation nicht gegen den schweizerischen Ordre public verstossen darf,²³⁰ was sich aus Art. 17 IPRG ergibt.

[Rz 120] Schliesslich ist zu beachten, dass sich die Rechtswidrigkeit der Observation im Ausland – und damit die Rechtswidrigkeit der Beschaffung der Observationsergebnissen als Beweismittel – auch aufgrund des Strafrechts des betreffenden Landes ergeben kann.

C. Öffentliches Recht

[Rz 121] Wünscht eine öffentlich-rechtlich handelnde Versicherung eine Observation im Ausland, so muss sie den Weg der **Amtshilfe** beschreiten. Zwar verfügt die Schweiz über eine Vielzahl von Abkommen und Vereinbarungen mit anderen Ländern über die soziale Sicherheit, doch enthalten diese in der Regel nur allgemeine Bestimmungen über gegenseitige Hilfe bei Abklärungen. Explizite Betrugsbekämpfungsklauseln fehlen. Die Observationen erfolgen daher in der Regel im Rahmen konkreter, einzelfallbezogener Vereinbarungen zwischen den zuständigen Regierungsstellen. Zu beachten ist, dass unter Umständen selbst dann, wenn der Weg über die Amtshilfe nicht eingehalten wird, die Observationsergebnisse verwertbar sein können. Dies trifft dann zu, wenn das öffentliche Interesse an der Verhinderung des Versicherungsmisbrauchs im Verhältnis zum formalen Mangel bei der Beweismittelbeschaffung (Observation) überwiegt.²³¹

[Rz 122] Denkbar ist im Einzelfall zudem, dass bereits rechtmässig erlangte Observationsergebnisse einer mit dem gleichen Ereignis befassten privaten Versicherung vorliegen. Diese dürfen ohne weiteres durch den öffentlich-rechtlichen Versicherer verwertet werden,²³² auch wenn die Observation im Ausland stattgefunden hat.

VII. Ergebnis

- Obschon Observationen im Zusammenhang mit vermutetem Versicherungsmisbrauch sowohl **im öffentlichen Recht wie auch im Privatrecht** sinnvoll sein können, gelten für die beiden Teilrechtsbereiche nicht dieselben Regeln.
- Während im Privatrecht bei überwiegendem Interesse des Versicherers bereits ein Rechtfertigungsgrund nach Art. 28 Abs. 2 ZGB vorliegt, stellt sich bei Observationen durch dem öffentlichen Recht unterstellte Versicherer – jedenfalls nach geltendem Recht – verstärkt die Frage nach einer hinreichend konkreten **gesetzlichen Grundlage** für den staatlichen Eingriff.
- Im Einzelfall kann die Observation den **Straftatbestand** von Art. 179quater StGB erfüllen. Nach hier vertretener Auffassung ist allerdings nicht jedes Verhalten, das objektiv den genannten Tatbestand erfüllt, auch tatsächlich strafbar. Ist die Observation durch den privaten Versicherer nämlich nach

²²⁸ So im Ergebnis offenbar auch das Bundesgericht im Urteil 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009, E. 6.4.1.

²²⁹ A.M. RÜEDI (Fn. 81), Rz. 295. Der genannte Autor argumentiert, die Einheit der schweizerischen Rechtsordnung sei «nicht gefährdet, wenn die Handlung mit einer ausländischen Rechtsordnung in Konflikt steht.»

²³⁰ Ebenso RÜEDI (Fn. 81), Rz. 294.

²³¹ Urteil des Bundesgerichts 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009, E. 6.4.2. Wie im Zivilprozess (siehe vorne, Kap. VI / B / 3) ist auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Frage nach der Verwertbarkeit von Beweismitteln nach der lex fori zu beurteilen, d.h. im schweizerischen Verfahren nach schweizerischem Recht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009, E. 6.4.2).

²³² Dazu schon vorne, Kap. III / D.

Art. 28 Abs. 2 ZGB rechtmässig, so muss auch die Strafbarkeit des Verhaltens entfallen.

- Eine **zivilrechtliche Rechtfertigung** ist aber nicht leichthin zu bejahren, wenn der Privatdetektiv Beobachtungen aus dem Privat- oder Geheimbereich der observierten Person getätigt hat. Denn im Sinne der durch **Art. 28 Abs. 2 ZGB** geforderten Interessenabwägung muss die in Frage stehende Observation nicht nur ein geeignetes, sondern auch das mildeste mögliche Mittel zur Interessenwahrung gewesen sein. Überdies müssen die Interessen, die der Versicherer durch sein Vorgehen wahrt, die Interessen des Betroffenen an Wahrung seiner Privatheit überwiegen.
- Weil unrechtmässig erlangte **Beweismittel im Prozess** grundsätzlich nicht verwertet werden dürfen, handelt es sich bei der Frage der Rechtmässigkeit der Observation nicht bloss um ein Problem zivilrechtlicher Folgeansprüche oder strafrechtlicher Sanktion.
- Die Unterscheidung zwischen staatlichem und privatem Handeln ist auch im **internationalen Kontext** von erheblicher Bedeutung, muss doch der öffentlich-rechtliche Versicherer für eine Observation im Ausland grundsätzlich den Amtshilfeweg beschreiten.
- Mit Blick auf die schon recht reiche Rechtsprechung ist festzuhalten, dass Observationen zum Zwecke der Betrugsbekämpfung vom **Bundesgericht** in zahlreichen Fällen als zulässig erachtet wurden. Die gerichtlich zu beurteilenden Observationen beschränkten sich indessen bisher immer auf öffentlich zugängliche Plätze oder Räume.

Prof. Dr. iur. Regina E. Aebi-Müller und Prof. Dr. iur. Andreas Eicker sind ordentliche Professoren an der Universität Luzern. Michel Verde, MLaw (Luzern), ist wissenschaftlicher Assistent an der Universität Luzern.

Es handelt sich um eine überarbeitete und stark erweiterte Fassung des Vortrags von Regina Aebi-Müller anlässlich der durch das Luzerner Zentrum für Sozialversicherungsrecht organisierte Tagung «Versicherungsmisbrauch: Ursache-Wirkungen-Massnahmen». Für weitere Beiträge zum Thema siehe den entsprechenden Tagungsband: Riemer-Kafka Gabriela (Hrsg.), Versicherungsmisbrauch, Schulthess Verlag.

* * *