

Zürcher Hochschule
für Angewandte Wissenschaften



*Diploma of Advanced
Studies in Paralegalism*

Diplomarbeit DAS Paralegalism

Die Personenobservation im Zusammenhang mit
der Betrugsbekämpfung bei Privatversicherungen

vorgelegt von

Stefan Liechti

Eingereicht am 14. Mai 2012 bei

Dr. iur. Roger Müller

School of Management and Law

ZHAW Winterthur

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Literaturverzeichnis	IV
Materialienverzeichnis.....	VIII
Abkürzungsverzeichnis.....	IX
Kapitel 1: Einleitung	1
1. Motivation	1
2. Ziel dieser Arbeit	2
3. Einführung in den Themenbereich.....	3
4. Abgrenzungen.....	4
5. Vorgehensweise.....	6
Kapitel 2: Observation.....	6
1. Einführung in die Observation	7
2. Observationsarten.....	7
2.1 Kurzfristige zeitliche Beobachtung über eine gesamthaft kurze Zeitperiode	7
2.2 Kurzfristige zeitliche Beobachtung über eine gesamthaft längere Zeitperiode.....	8
2.3 Langzeitüberwachung im Sinne einer Dauerüberwachung	8
2.4 Zufällig ausgewählte Überwachungszeitpunkte über einen längeren Zeitraum	9
3. Eingesetzte Observationsmittel	9
3.1 Foto- und Videokamera	10
3.2 GPS-Peilsender	11
4. Chronologischer Ablauf eines Observationsfalles anhand eines Praxisbeispiels.....	12

Kapitel 3: Rechtliche Rahmenbedingungen.....	14
1. Generell betroffene Rechtsgüter bei einer Personenobservation.....	14
1.1. Der Begriff des Rechtsgutes im Allgemeinen	14
1.2. Betroffene Rechtsgüter im Verfassungsrecht	15
1.2.1. Art. 8 Ziff. 1 EMRK.....	15
1.2.2. Art. 10 Abs. 2 BV	16
1.2.3. Art. 13 BV Abs. 1	16
1.2.4. Art. 13 BV Abs. 2	17
1.2.5. Art. 26 BV Abs. 1	17
1.3. Betroffene Rechtsgüter im Zivilrecht.....	18
1.3.1. Art. 28 Abs. 1 ZGB	18
1.3.2. Art. 12 Abs. 1 DSG	19
1.3.3. Art. 641 Abs. 2 ZGB	20
1.3.4. Art. 928 Ziff. 1 ZGB.....	21
1.3.5. Art. 328 Ziff. 1 OR.....	21
1.4. Betroffene Rechtsgüter im Strafrecht	22
1.4.1. Art. 144 Abs. 1 StGB	22
1.4.2. Art. 173 StGB	22
1.4.3. Art. 179 ^{bis} Abs. 1 StGB	23
1.4.4. Art. 179 ^{quater} StGB.....	24
1.4.5. Art. 186 StGB	25
2. Der Persönlichkeitsschutz bei Observationen im Besonderen	26
2.1. Verfassungsrechtliche Sichtweise	27
2.1.1. Eingriff in die Grundrechte	27
2.1.2. Grundlage nach Art. 36 BV	27
2.1.3. Datenschutzrechtliche Aspekte	28
2.2. Zivilrechtliche Sichtweise	29
2.2.1. Überblick	29
2.2.2. Die „Drei Sphären- Theorie“	30
2.3. Strafrechtliche Sichtweise.....	33
2.3.1. Überblick	33
2.3.2. Ehrverletzungsdelikte.....	33
2.3.3. Strafbare Handlungen gegen den Geheim- und Privatbereich	34

3.	Der Eigentumsschutz bei Observationen im Besonderen	35
3.1	Verfassungsrechtliche Sichtweise	35
3.2	Zivilrechtliche Sichtweise	36
3.3	Strafrechtliche Sichtweise	36
Kapitel 4: Rechtfertigung von Observationen		38
1.	Rechtfertigungsgründe für die Durchführung einer Observation	38
1.1	bei Privatversicherungen	39
1.2	bei Sozialversicherungen	39
Kapitel 5: Rechtsprechung in der Schweiz		40
1.	Einleitung in die bundesgerichtliche Rechtsprechung	40
2.	BGE Urteil vom 12.Dezember 2009, (8C_239/2008) „Observationen im Ausland“	40
3.	BGE Urteil vom 11.November 2011 (8C_272/2011) „Balkon- Urteil“	41
4.	BGE Urteil 136 III 410 vom 2.Juli 2010 „Zulässigkeit der Observation durch einen Privatdetektiv“ ..	43
5.	Weitere Bundesgerichtsurteile kurz zusammengefasst	44
Kapitel 6: Rechtsprechung im angrenzenden Ausland		45
1.	Deutschland	45
Kapitel 7: Schlussbetrachtung		46
Fazit dieser Arbeit		46
Wahrheitserklärung		47
Anhang		48
Anhang 1: Musterauftrag an den Privatdetektiven zur Observation		48
Anhang 2: Flussdiagramm zur Fallbearbeitung		49
Anhang 3: Beschreibung und grobe Funktionsweise von GPS-Peilsendern		50

Literaturverzeichnis

AEBI-MÜLLER REGINA ELISABETH ET. AL.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 1, Zürich 2007. (zit. CHK- AEBI-MÜLLER, Art. x N y).

AEBI-MÜLLER REGINA ELISABETH: Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Hausheer Heinz (Hrsg.), Habil., Bern 2005 (zit. AEBI-MÜLLER, Habil, Rz.x).

AEBI-MÜLLER REGINA ELISABETH: Observation- Nutzen und Grenzen, Personen-Schaden- Forum 2011, Weber Stephan (Hrsg.), Zürich 2011. (zit. AEBI-MÜLLER, HAVE, S. x).

ALT-MARTIN ALOIS ET AL.: ZGB für den Alltag, Der Schweizerische Beobachter (Hrsg.), Kommentierte Ausgabe. 10.Auflage, Zürich 2010.

BASLER KOMMENTAR DSG: siehe MAURER-LAMBROU u.a. (zit. BSK-MEILI, Art. x ZGB N y).

BERNER TAGE FÜR DIE JURISTISCHE PRAXIS: Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis u. Wissenschaft, Zimmerli Ulrich (Hrsg.) Bern 2000 (zit. BTJP 1999, WEBER DÜRLER, S. x).

BONDOLFI ALBERTO: Zur „Privatsphäre“ in sozialetischer Sicht, Perspektive Datenschutz, Praxis und Entwicklungen in Recht und Technik, Rudin Beat (Hrsg.), Zürich 2002.

BREHM ROLAND: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 41-61 OR Band VI, Berner Kommentar 3. Auflage, Bern 2006.

BRÜCKNER CHRISTIAN: Das Personenrecht des ZGB, Zürich, 2000.

DERS.: Strafrecht III Delikte gegen den Einzelnen, 9. Auflage, Zürich 2008 (zit. DONATSCH, Strafrecht III S. x).

- DONATSCH ANDREAS:** Kommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, Donatsch Andreas (Hrsg.), Flachsman Stefan, Hug Markus, Weder Ulrich, 18. Auflage, Zürich 2010 (zit. DONATSCH, Kommentar StGB).
- EDELBACHER MAX:** Theil Michael, Kriminalität gegen Versicherungen, Wien 2008.
- FLEINER THOMAS:** Administrative Law in the Common Law and Civil Law Legal Traditions and the Development of the Rule of Law. Beijing 2004.
- FUHRER STEPHAN:** Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011.
- GÄCHTER THOMAS:** Observationen im Sozialversicherungsrecht, Personen-Schaden- Forum 2011, Weber Stephan (Hrsg.), Zürich 2011. (zit. GÄCHTER, HAVE, S. x).
- HÄFELIN ULRICH/ HALLER WALTER/ KELLER HELEN:** Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7.Auflage, Zürich 2008.
- HAUSHEER HEINZ / AEBI- MÜLLER REGINA ELISABETH:** Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Auflage, Bern 2008 (zit. HAUSHEER/AEBI 2008).
- JÄGGI PETER:** Zeitschrift für Schweizerisches Recht II, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, Basel 1960.
- KÄSER BEATRICE:** Sozialleistungsbetrug, Sozialversicherungsbetrug / Sozialversicherungsmissbrauch, Diss. Zürich, Zürich 2012.
- MAURER-LAMBROU URS/ VOGT NEDIM PETER:** Datenschutzgesetz, Basler Kommentar, 2.Auflage, Basel 2006 (zit. BEARBEITER BSK DSG Art. x N y).
- MEIER PHILIPPE/ STAEGER ALEXANDRE:** La surveillance des assurés (assurances sociales et assurances privées) état des lieux, Jusletter vom 14.12.2009.
- MEILI ANDREAS:** Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 4. Auflage, Basel 2010. (zit. BSK-Meili, Art. x N y)

- MENGE HERMANN:** Langenscheidt, Taschenwörterbuch Latein, Langenscheidt-Redaktion (Hrsg.) 9.Auflage, Berlin 2006.
- MÜLLER LUCIEN:** Observation von IV-Versicherten: Wenn der Zweck die Mittel heiligt, Jusletter vom 19.12.2011.
- RIEMER-KAFKA GABRIELA ET AL.:** Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 45, Versicherungsmissbrauch, Ursachen-Wirkungen–Massnahmen, Riemer-Kafka Gabriela (Hrsg.), Zürich 2010 (zit. BEARBEITER, LBR, Versicherungsmissbrauch S. x).
- ROSENTHAL DAVID / JÖHRI YVONNE:** Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008.
- ROXIN CLAUD:** Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2. Auflage, München 1994.
- SCHAUB ROLAND:** Der Privatdetektiv im schweizerischen Recht, Diss. Zürich, St. Gallen 2011.
- SCHUBARTH MARTIN:** Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil. Bd. 3, Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit, Art. 173-186 StGB, Bern 1983 (zit. Schubarth; zu Art. x StGB, N y).
- STRATENWERTH GÜNTER/JENNY GUIDO:** Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Auflage, Bern 2003 (zit. STRATENWERTH/JENNY, BT I Art. x Rz.y).
- STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG:** Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2007 (zit. STRATENWERTH/WOHLERS, StGB HK Art. x, Rz. y).
- TRECHSEL STEFAN ET. AL.:** Schweizertisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/ St. Gallen 2008 (zit. TRECHSEL/AUTOR, StGB PK, Art. x N y).
- WEBER-LEJEUNE STEFANIE:** Legaldefinitionen unter besonderer Berücksichtigung des Umweltrechts, Berlin 1997.

WEICHBRODT RAPHAEL: Der Versicherungsbetrug, Bern 1940.

ZALUNARDO-WALSER ROBERTO: Verdeckte kriminalpolizeiliche Ermittlungsmassnahmen unter besonderer Berücksichtigung der Observation, Diss. Zürich 1998.

Materialienverzeichnis

- BÜRO BASS AG Studie: „Nicht zielkonforme Leistungen in der Invalidenversicherung: Bedeutung und Grössenordnung“ Forschungsbericht Nr. 4/07 (im Auftrag des Bundesamt für Sozialversicherungen).
- BOTSCHAFT zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (6. IV Revision, zweites Massnahmenpaket) vom 11. Mai 2011 (zit. dazu Erläuternder Bericht 2010–0162).
- GUTACHTEN des schweizerischen Versicherungsverbands (SVV) zur Frage der Zulässigkeit von GPS- Peilsendern zur Ermittlung von Fällen des Versicherungsmisbrauchs.
- WEGLEITUNG zur Verordnung zum Arbeitsgesetz Art. 26 ArGV 3 des Staatssekretariat für Wirtschaft SECO

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
ArGV	Verordnung zum Arbeitsgesetz des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO
Art.	Artikel
asim	Academy of Swiss Insurance Medicine, Basel
ATSG	Bundesgesetz vom 6.Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR830.1)
BASS	Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien
bezgl.	bezüglich
BSV	Bundesamt für Sozialversicherungen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVE	Bundesgesetz vom 20.Juni 2003 über die verdeckte Ermittlung (SR 321.8)
BVM	Bekämpfung des Versicherungsmissbrauchs
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
d.h.	das heisst
DAS	Diploma of Advanced Studies
DSG	Bundesgesetz vom 19.Juni 1992 über den Datenschutz (SR 235.1)

EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
Erw.	Erwägungen
f.	und folgende Seite bzw. und folgender Artikel
ff.	und folgende Seiten bzw. und folgende Artikel
ggf.	gegebenenfalls
GPS	Global Positioning System
h.L.	herrschende Lehre
i.A.	im Allgemeinen
i.d.R.	in der Regel
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
IV	Schweizerische Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19.Juni 1959 (SR 831.20)
lit.	litera = Buchstabe
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N.	Note(n), Randnote(n)
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30.März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220)
Rz.	Randziffer

SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Bern)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
SVV	Schweizerischer Versicherungsverband
u.a.	unter anderem
u.a.m	und andere mehr
u.U.	unter Umständen
u.v.m.	und viele mehr
usw.	und so weiter
v.a.	vor allem
Vgl.	Vergleiche.
VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, SR 221.229.1)
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert(e)
ZP	Zielperson

Kapitel 1: Einleitung

„Gesetzeskenntnis erleichtert die Rechtsfindung ungemein“¹

1. Motivation

„Versicherungsmissbrauch, IV-Betrüger, Sozialhilfebetrug, Versicherungsbetrug“ – alles Schlagwörter aus der aktuellen Presse, welche in der Gesellschaft Emotionen auslösen und die Phantasie der Menschen anregen. Sicher ist man geneigt zu denken, das Phänomen des Versicherungsbetruges im Allgemeinen sei erst in jüngster Zeit bekannt geworden. Dies ist aber sicherlich nicht so. Bereits 1940 fügte ein kritischer Psychiater Folgendes an: „*Der Versicherungsbetrug ist einer Krankheit vergleichbar, die in kritischen Zeiten epidemisch auftreten und dadurch die Sozial- und private Versicherung schwer gefährden kann*“². Diese Worte haben nichts von ihrer Aktualität eingebüsst und sind heute fast treffender als wie vor über 70 Jahren. Geändert haben sich nur die Methoden der Versicherungsbetrüger. Die „Gefährdung“ für die gesamte Versicherungswirtschaft durch das Phänomen „*Versicherungsbetrug*“ war bereits zu früheren Zeiten eklatant³. Seit Anfang der 90er Jahre wird die Debatte rund um den Versicherungsbetrug im Allgemeinen auch viel öffentlicher geführt und dieses Thema ist schon längst kein Tabu mehr. Der Schweizerische Versicherungsverband (SVV)⁴ weist in seinen Publikationen jeweils darauf hin, dass keine exakten Zahlen zu diesem Thema existieren, aber „*rund 10 Prozent ihrer Schadenzahlungen im Schadenversicherungsgeschäft auf betrügerischen Forderungen beruhen*“⁵. Gemäss einer vom Bundesamt für Sozialversicherung BSV⁶ in Auftrag gegebenen Studie an das Büro BASS⁷ geht man davon aus, dass im Jahr 2005 ca. 300-400 Mio. CHF / Jahr oder anders ausgedrückt, 5% - 6% der gesamten Ren-

¹ ZALUNARDO-WALSER, Einführung. Knapp formulierter Grundsatz von Prof. Dr. Manfred Rehbinder, erstmals erwähnt während einer Vorlesung an der Universität Zürich 1977. Diese Weisheit wird m.E. mit konstanter Regelmässigkeit im Bereich der Justiz, unabhängig jeglicher Grenzen, immer wieder bestätigt.

² WEICHBRODT, S. 93.

³ WEICHBRODT, S. 5.

⁴ Der Schweizerische Versicherungsverband (SVV) ist die Dachorganisation der privaten Versicherungswirtschaft. Dem SVV sind kleine und grosse, national und international tätige Erst- und Rückversicherer angeschlossen. <<http://www.svv.ch/de/der-svv/portraet>> (letztmals besucht 01.04.2012).

⁵ Homepage des SVV ; <www.svv.ch/de/konsumenten/allgemeine-informationen/versicherungsbetrug> (letztmals besucht am 18.03.2012).

⁶ Das Bundesamt für Sozialversicherungen ist zuständig für die Aufsicht und Kontrolle der Sozialversicherungsträger (wie z.B. AHV, Invalidenversicherung, Ergänzungsleistungen, berufliche Vorsorge, Erwerbser-satzordnung u.a.m.).

⁷ Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien BASS AG, Bern.

tenzahlungen im Untersuchungsjahr 2005 als nicht „zielkonforme Rentenzahlungen“⁸ geflossen sind. Entsprechende Zahlen in derselben Grössenordnung finden sich in der gesamten Versicherungswirtschaft⁹ wieder und werden von der Gesellschaft zur Kenntnis genommen und i.d.R. auch anerkannt. Aufgrund der immensen Grössenordnung von ca. 1 Mia. CHF / Jahr¹⁰, begannen ab ca. 1990¹¹ die Privatversicherer in der Schweiz mit dem Aufbau entsprechender Betrugsabteilungen. Zum heutigen Zeitpunkt arbeiten in der Schweiz ca. 200 hauptamtliche „Betrugsbekämpfer“ bei den verschiedensten Versicherungsgesellschaften¹².

Aus datenschutzrechtlichen Gründen wurden einige wenige Bemerkungen des Autors in dieser (öffentlich zugänglichen) Version nicht wiedergegeben. Zudem werden die Anhänge 1 und 2 ebenfalls nicht veröffentlicht. Ich bitte hierfür um Verständnis.

2. Ziel dieser Arbeit

Regelmässig wird versucht, bei komplexen Personenschadenfällen mit einer entsprechend grossen Schadenssumme die vom Versicherer ins Feld geführten Observationsergebnisse vor Gericht aus dem Recht zu weisen. D.h. immer wieder wird die Rechtmässigkeit solcher Personenobservationen gesamthaft kritisiert und die Resultate daraus, zur rechtlichen Prüfung durch ein Gericht, eingeklagt. Sicher ist der aktuellste Leitentscheid des Bundesgerichtes¹³ vom 11. November 2011 von wegweisender Bedeutung. Hier wurde die strafrechtliche Relevanz von Videoaufnahmen bei einer Observation auf den frei einsehbaren Balkon der ZP beurteilt. Das höchste Schweizer Gericht gelangte zur Auffassung, dass diese Aufnahmen den Tatbestand nach StGB Art. 179^{quater} nicht erfüllen und es sich somit nicht um ein strafbares Verhalten seitens des Privatdetektives handelt¹⁴. Die h.L. ist sich aber bezüglich dieses Urteiles uneinig und es wird zuweilen auch von prominenter Seite gar heftig kritisiert¹⁵.

⁸ Die Terminologie „nicht zielkonforme Leistungen“ entstammt der vorerwähnten Studie: „Nicht zielkonforme Leistungen bei der Invalidenversicherung. Bedeutung und Grössenordnung“ Forschungsbericht Nr. 4/07.

⁹ Als Beispiel hierfür die ALLIANZ-SUISSE, welche in ihrer Pressemeldung vom 26.07.2010 von einer Betrugsquote von 10 % ausgeht <www.presseportal.ch/de/pm/100008591/100607446/allianz-suisse-versicherungsbetrug-nimmt-gerade-in-der-ferienzeit-zu> (letztmals besucht am 18.03.2012).

¹⁰ EDELBACHER, Max, Theill, Michael 2008, S. 13.

¹¹ Die „AXA- Winterthur“ (damals noch „Winterthur Versicherung“) war die erste Versicherungsgesellschaft, welche zur Bekämpfung des Versicherungsmissbrauchs, speziell geschultes Personal einsetzte.

¹² Eigene Erhebung aufgrund verschiedener Anfragen bei Versicherungsgesellschaften und IV- Stellen.

¹³ BGE 137 I 327.

¹⁴ BGE 137 I 327, Erw. 6.2.

¹⁵ MÜLLER LUCIEN, Observation von IV-Versicherten: Wenn der Zweck die Mittel heiligt, Jusletter vom 19.12.2011 Rz. 51.

Mit dieser Diplomarbeit versuche ich den aktuellen Stand der Rechtsprechung zu erfassen, diesen mit den neusten Lehrmeinungen zu vergleichen, um am Schluss ein Fazit ziehen zu können, ob und unter welchen Umständen eine Personenobservation durch eine Versicherungsgesellschaft unter strikter Einhaltung rechtlicher Rahmenbedingungen durchgeführt werden darf.

3. Einführung in den Themenbereich

Der Begriff „*Observation*“ stammt ursprünglich von dem lateinischen Wort „*observare*“ ab und bedeutet in etwa so viel wie: „*beobachten*“¹⁶. In rechtlichem Zusammenhang existiert bis heute keine Legaldefinition¹⁷ für den Begriff der „*Observation*“. Gemäss dem Bundesgericht handelt es sich bei einer Observation um eine systematische Sammlung von Tatsachen, „*welche sich im öffentlichen Raum verwirklichen und von jedermann wahrgenommen werden können*“ (z.B. Gehen, Treppensteigen, Autofahren, Tragen von Lasten oder Ausüben sportlicher Aktivitäten)¹⁸.

Eine Personenobservation wird in den meisten Fällen durch Privatdetektive ausgeführt, welche diese spezielle Art der Ermittlungen im Auftrag der Versicherungsgesellschaften tätigen. Es sind in den meisten Fällen nicht direkt die Betrugsermittler der Versicherungsgesellschaften selbst (wie vielfach vermutet), welche diese Observationen durchführen, sondern es besteht i.d.R. ein schriftlicher Auftrag für die externen Privatdetektive¹⁹.

Eine solche Personenobservation ist lediglich in der Invalidenversicherung (IV) gesetzlich geregelt (Art. 59 Abs. 5 IVG), wobei diese Regelung m.E. sehr offen gehalten ist²⁰. Somit werden generell, durch die Observation einer Person durch die Privatversicherungen, viele verschiedene Rechtsgebiete bzw. die entsprechenden Rechtsnormen mehr oder weniger direkt betroffen. Hierzu die Wichtigsten:

¹⁶ MENGE, 359.

¹⁷ WEBER-LEJEUNE, S. 35.

¹⁸ BGE 8C_239/2008, Erw. 6.3.

¹⁹ Vgl. Anhang 1 „*Musterauftrag an den Privatdetektiven zur Observation*“.

²⁰ Exakter Wortlaut: „*Zur Bekämpfung des ungerechtfertigten Leistungsbezugs können die IV-Stellen Spezialisten beiziehen*“.

I.	Europäische Menschenrechtskonvention	EMRK
II.	Schweizerische Bundesverfassung	BV
III.	Zivilgesetzbuch	ZGB
IV.	Obligationenrecht	OR
V.	Schweizerisches Strafgesetzbuch	StGB
VI.	Datenschutzgesetz	DSG
VII.	Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsgesetz	ATSG
VIII.	Bundesgesetz über die Verdeckten Ermittlungen	BVE ²¹
IX.	Versicherungsvertragsgesetz	VVG

Aufgrund der komplexen und auch vielschichtigen gesetzlichen Lage ist die Unsicherheit in Bezug auf die Rechtmässigkeit der Personenobservation durch die Privatversicherungen im Allgemeinen relativ gross und die Meinungen hierzu gehen entsprechend, ja teilweise sogar diametral, auseinander^{22, 23, 24}. Dem gegenüber kann aber festgestellt werden, dass die Aufdeckungsquote einer angeordneten Observation bei ca. 12.5% liegt²⁵. Die Versicherungsgesellschaften selbst sprechen sich auch immer häufiger für dieses Mittel aus, welches aber sicherlich immer als *ultimo ratio*²⁶ gesehen werden muss.

4. Abgrenzungen

Im Rahmen dieser Diplomarbeit soll nur der Teil der Personenobservation durch Privatversicherungen beleuchtet werden. Im Gegensatz zu den Sozialversicherungen, wie IV, AHV usw. sind die Privatversicherungen keine öffentlich-rechtlichen Versicherungen mit entsprechend

²¹ Dieses Gesetz gilt allerdings nur in Zusammenhang mit Strafverfahren.

²² Vgl. Artikel in der Basler Zeitung vom 23.12.2011
<www.martinforter.ch/news/2011_12_22/23_12_2011_BAZ.pdf> (letztmals besucht am 30.03.2012).

²³ Vgl. dazu auch die allgemein kritische Haltung von RA Matthias Horschik anlässlich der asim Fortbildungsveranstaltung vom 12. Januar 2012, im Speziellen: Folie 25, 32 38 80 ff.,
<www.asim.unibas.ch/doc/doc_download.cfm?uid=FB213A31CB283414CF53F356D9FE153D&&IRACER_AUTOLINK&&> (letztmals besucht 31.03.2012).

²⁴ Medienmitteilung des Bundes vom 15. Juni 2009 <www.bger.ch/mm_8c_807_2008.pdf> (letztmals besucht 01. April 2012).

²⁵ Vgl. erläuternder Bericht der 6. IV Revision, 79ff.
<www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/19604.pdf> (letztmals besucht 01. April 2012)
Diese Erfolgsquote kann auch auf die Observationen bei Privatversicherungen umgelegt werden, wie dies selbstgetätigte Abklärungen bei der AXA Winterthur ergaben.

²⁶ Aus dem Lateinischen, gemeint ist damit in der Rechtswissenschaft, das allerletzte Mittel zum Erzwingen des Rechtsfriedens. <de.wikipedia.org/wiki/Ultima_Ratio> (letztmals besucht 01. April 2012).

vom Staat auferlegten Rechten und Pflichten²⁷. Dies ist bei der Betrachtung der rechtlichen Grundlagen von immenser Bedeutung. Vielfach wird bereits hier eine falsche Betrachtungsweise angesetzt, was natürlich in der Konsequenz selbstredend zu einem falschen Resultat führt.

Bei den Privatversicherungen stehen sich grundsätzlich zwei Parteien²⁸ gegenüber. Diese beiden haben sich zur gegenseitigen Leistung verpflichtet, welche auf einem Vertrag beruht. Der Versicherungsvertrag ist ein Teil des privaten Rechts und im entsprechenden Erlass, dem Versicherungsvertragsgesetz (VVG), geregelt²⁹. Die vertragsbestimmenden Merkmale (*essentia negotii*) sind der Risikotransfer und die Prämie³⁰. Hinsichtlich der Betrugshandlungen kommen also nur der Eingehungs- und der Erfüllungsbetrug³¹ in Betracht, da diese Betrugsformen nur bei zweiseitigen Rechtsgeschäften (wie hier vorliegend, der Versicherungsvertrag) vorkommen können. Im Gegensatz dazu steht der Betrug bei der IV hier nicht zur Diskussion, da die Grundlage eine Verfügung ist und diese dem öffentlichen Recht untersteht. Der finanzielle Schaden des Betrages bei Privatversicherungen muss durch alle Versicherungsnehmer solidarisch getragen werden, bei den Sozialversicherungen trägt in erster Linie aber der Staat diese Kosten³². Ein weiterer grundlegender Unterschied zwischen Privat- und Sozialversicherungen offenbart sich bei den Rechtfertigungsgründen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung, etwa durch eine Observation. Im Privatrecht ist die Rechtfertigung für die Persönlichkeitsrechtsverletzung in Art. 28 Abs. 2 ZGB zu finden. Im Öffentlichen Recht ist kein direkter Rechtfertigungsgrund für diese Verletzung vorhanden. Die Bundesverfassung schützt in Art. 13 Abs. 1 BV die Privatsphäre der Person, und eine Verletzung dieser Privatsphäre ist lediglich unter dem Gesichtspunkt von Art. 36 BV rechtmässig.

Da in der Privatversicherung, wie vorerwähnt andere gesetzliche Rahmenbedingungen gelten, beleuchtet diese Arbeit im Wesentlichen nur den Teil der Personenobservationen bei *Privatversicherungen*. Diese Restriktion des Themas ist nötig, um dem Umfang der Diplomarbeit

²⁷ Eine Ausnahme bildet hier sicherlich die gesetzliche Unfallversicherung, welche im liberalisierten Versicherungsmarkt auch von Privatversicherungen angeboten werden. Hier müssen sich die Privatversicherer aber strikte an das ATSG halten.

²⁸ i.d.R. sind dies: *Versicherungsnehmer* und *Versicherer*.

²⁹ FURRER, § 2, Rz. 2.2.

³⁰ FURRER, § 2, Rz. 2.5.

³¹ Der Eingehungsbetrug ist der Betrug beim *Eingehen von Verbindlichkeiten*, der Erfüllungsbetrug, der Betrug bei der *Erfüllung von Verbindlichkeiten*.

³² KÄSER, Rz. 3.

von ca. 40 Seiten gerecht zu werden³³. Einige wenige Exkurse in den Bereich der Sozialversicherungen sind für das Verständnis der Arbeit aber unabdingbar.

5. Vorgehensweise

Um den gesamten Ablauf einer Personenobservation zu verstehen, werden nach der kurzen Einführung in das Thema „Observation“ zunächst die verschiedenen Observationsarten und die technischen Hilfsmittel dazu erklärt, danach wird der Ablauf vom Versicherungsfall bis zur Observation des Versicherten anhand eines kurzen Beispiels beleuchtet. Hier wird auch detailliert auf den internen Ablauf bei einer Versicherungsgesellschaft eingegangen. Im Sinne einer besseren Verständlichkeit verweise ich dazu im Speziellen auf das im Anhang aufgeführte Flussdiagramm³⁴.

Im Anschluss daran werden die rechtlichen Rahmenbedingungen aufgezeigt. Zuerst werden die betroffenen Rechtsgüter im Verfassungs-, Zivil- und Strafrecht einzeln aufgezeigt. Der Persönlichkeitsrechtsschutz wird ebenfalls mit diesen drei Sichtweisen (Verfassungs-, Zivil- und Strafrecht) beleuchtet. Gleiches gilt im Anschluss daran für den Eigentumsschutz. Ein wichtiger Teil sind die Rechtfertigungsgründe für Personenobservationen, welche im Kapitel vier ihren Niederschlag finden. Schlussendlich wird die Rechtsprechung in der Schweiz anhand aktueller Urteile aufgearbeitet. Zusätzlich wird ein kurzer Blick auf das angrenzende Ausland geworfen. Zum Schluss wird aus all diesen Informationen ein Fazit gezogen, welches auch die möglichen Entwicklungen in naher Zukunft umfassen wird.

Kapitel 2: Observation

³³ Vgl. dazu: DAS PARALEGALISM, Merkblatt Diplomarbeit im Diplomlehrgang DAS Paralegalism des Instituts für Wirtschaftsrecht 08.2.2011 ZHAW School of Management an Law.

³⁴ Vgl. dazu: Anhang 2: „Flussdiagramm zur Fallbearbeitung“.

1. Einführung in die Observation

Eine Observation ist nichts anderes als die Beschaffung von Daten im Allgemeinen von einer bestimmten Person bzw. über eine bestimmte Person. Dies können Daten im Sinne von Bildern, Feststellungen, Aktivitäten der ZP u.v.m. sein. Diese Person wird im Fachjargon³⁵ der Polizei, wie auch der privaten Betrugsermittler, als Zielperson (ZP)³⁶ bezeichnet. Observationen können auch an Objekten und Sachen durchgeführt werden. Das Ziel einer Observation ist aber immer dasselbe: Die Beschaffung von Beweisen, Hinweisen bezüglich weiterer Abklärungen und ergänzender Erkenntnisse zur Sachlage. Vorliegend wird der Fokus auf die Personenobservation gerichtet, was aber generell nicht ausschliesst, dass in speziellen Fällen auch Objekte observiert werden³⁷.

2. Observationsarten

Es sind die folgenden vier Observationsarten üblich:

2.1 Kurzfristige zeitliche Beobachtung über eine gesamthaft kurze Zeitperiode

Diese Art der Observation wird vor allem in Fällen angewendet, in welchen, in relativ kurzer Zeit bereits ein möglichst aussagekräftiges Resultat vorhanden sein soll. Am Beispiel der Krankentaggeld-Unfallversicherung³⁸ im Bereich der Motorfahrzeughaftpflicht ist ersichtlich, dass dies ein äusserst probates Mittel zur Betrugsbekämpfung ist. Da eine Versicherungsgesellschaft i.d.R. die Leistungen dieser (zumeist freiwilligen) Versicherungsdeckung bereits unmittelbar nach einem Unfall an die geschädigte Person auszahlen³⁹ kann, wird (bei entsprechendem Betrugsverdacht) auch unmittelbar nach den ersten Zahlungen eine Überprüfung in Bezug auf die Rechtmässigkeit solcher Taggeldzahlungen gemacht. Diese Observationsart

³⁵ Fachjargon: Hier ist die Umgangssprache der Ermittler gemeint.

³⁶ ZP = die zu überwachende Person.

³⁷ Dies könnte z.B. der Fall sein, wenn eine vermeintlich arbeitsunfähige Person das eigene Geschäftsgebäude während der üblichen Arbeitszeit betritt und nach Arbeitsschluss wieder verlässt. Diese Beobachtung ist ein Indiz dafür, dass diese Person womöglich einer geregelten Arbeit nachgeht, obwohl dies gegenüber der Versicherungsgesellschaft verheimlicht wird.

³⁸ i.d.R. sind bei Motorfahrzeugversicherungsverträgen die Insassen auch gegen Unfall versichert und es wird bei einer unfallbedingten Personenschädigung die vertraglich vereinbarten Tagespauschalen von 20.-, 50.- oder auch 100.- CHF während maximal 730 Tagen ausbezahlt.

³⁹ Natürlich nur wenn die vertraglichen Voraussetzungen wie z.B. „*Arztzeugnis bestätigt die entsprechende Arbeitsunfähigkeit*“, gegeben sind.

zielt nicht auf eine ständige Überwachung der ZP ab, sondern setzt punktuell (in Bezug auf den Zeitpunkt) an. Aufgrund des bereits im Vorfeld grob bekannten Tagesplans⁴⁰ lässt sich hier mit relativ geringem zeitlichem Aufwand ein gutes, aussagekräftiges Resultat erzielen.

2.2 Kurzfristige zeitliche Beobachtung über eine gesamthaft längere Zeitperiode

Im Sinne einer eigentlichen Vorabklärung⁴¹ wird hier die ZP zeitlich sehr intensiv an wenigen Stunden pro Tag, aber im Gesamten gesehen, über eine relativ lange Zeitspanne überwacht. Vor allem bei Fällen mit einem diffusen Beschwerdebild⁴², welches auf den ersten Blick nicht im Zusammenhang mit dem Unfallhergang zu sein scheint, ist diese Observationsart ein sinnvolles Instrument, um rasch erste Erkenntnisse zu erhalten. Gibt die ZP z.B. an, sie könne sich nicht in grösseren Menschenansammlungen aufhalten und aus diesem Grund auch keine Einkäufe tätigen, wird hier der Zeitpunkt ermittelt, wann üblicherweise die Einkäufe erledigt werden und ob die ZP das Haus zur Verrichtung dieser Aufgaben verlässt. Diese Überwachung wird nun zur selben Tageszeit an möglichst verschiedenen Tagen getätigt. Nach einer Überwachungsperiode von einigen Wochen kann man in diesen Fällen auch mit einem relativ guten Resultat rechnen.

2.3 Langzeitüberwachung im Sinne einer Dauerüberwachung

⁴⁰ Diese Informationen zu einer ZP ergeben sich u.a. aus dem Familienstand, sowie dem Berufs- und Freizeitverhalten.

⁴¹ Diese Vorabklärungen dienen i.d.R. dazu den weiteren Bearbeitungsweg seitens der BVM - Abteilung abzuschätzen. Vorabklärungen im Sinne der Betrugsermittlungen sind erste Abklärungsschritte, ohne den Einsatz von Bild- und Tonaufnahmeggeräten. Die Vorabklärung dient dazu, den (für eine allfällige spätere Observation mittels Foto- und Filmaufnahmen) nötigen Anfangsverdacht zu verifizieren.

⁴² Von einem *diffusen Beschwerdebild* spricht man dann, wenn das Beschwerdebild unklar (diffus) ist und die beklagten Beschwerden nicht einem bekannten Krankheitsbild zugeordnet werden können.

Sind bei einem Überwachungsfall wenige Fakten zu den Lebensumständen oder zum Bewegungsprofil⁴³ der ZP bekannt, ist eine „Langzeitüberwachung“ oft das einzige Mittel, weitere Hinweise zur Sachlage zu erhalten. Diese Observationsart ist sehr personal- und entsprechend auch kostenintensiv⁴⁴, da hier rund um die Uhr observiert werden muss. Mit brauchbaren Resultaten solcher Überwachungen kann innerhalb von wenigen Stunden, aber auch erst nach Monaten gerechnet werden. Deshalb wird diese Observationsart eher selten gewählt, da auch in der Versicherungswirtschaft der Frage nach der „Wirtschaftlichkeit“ einer Observation grosse Beachtung geschenkt wird.

2.4 Zufällig ausgewählte Überwachungszeitpunkte über einen längeren Zeitraum

Hier werden stichprobenartige Besuche bzw. Überwachungen bei der ZP gemacht, mit dem Ziel, eher zufällig weitere Hinweise und Beweismittel zu erhalten. Oft werden solche Observationen angewandt, wenn die ZP ein spezielles Hobby oder ähnliche Aktivitäten hat, welche auch saisonal verschieden stattfinden. Als Beispiel kann das Golf spielen angeführt werden. Hier ist eine Observation relativ schwierig, weil i.d.R. nicht bekannt ist, wann die ZP eine Runde Golf spielt⁴⁵. Oft bleibt somit lediglich die Möglichkeit, den in Frage kommenden Golfplatz zu besuchen und nach der ZP Ausschau zu halten. In solchen Situationen kommt man schneller zum Ziel, wenn der Parkplatz der Golfanlage kontrolliert wird, ob allenfalls das Fahrzeug der ZP (wenn vorhanden) dort parkiert ist.

3. Eingesetzte Observationsmittel

⁴³ Ein Bewegungsprofil ist ein durch Datensammlung und -verknüpfung erstellter Datensatz, der es ermöglicht, die Bewegungen (ggf. sogar Handlungen) einer Person nachzuvollziehen und jene dadurch zu überwachen. Indem man personenbezogene Daten aus verschiedenen Quellen chronologisch miteinander verknüpft, kann man zurückverfolgen, wann sich eine Person an welchem Ort aufhielt, was sie dort beispielsweise kaufte und welche Telefongespräche geführt wurden.

Vgl. <<http://de.wikipedia.org/wiki/Bewegungsprofil>> (letztmals besucht am 06.04.2011).

⁴⁴ Als üblicher Stundenansatz eines Privatdetektives kann mit ca. 150.-/ Stunde gerechnet werden. Vgl. dazu auch: <www.tagesanzeiger.ch/zuerich/stadt/Ehebrecher-zum-Dumpingpreis-bespitzelt/story/14335872> (letztmals besucht am 06.04.2012).

⁴⁵ Die Spieler bei normalen (privaten) Golfrunden über 9 oder 18 Löcher sind lediglich beim Sekretariat des betreffenden Golfclubs registriert. Die Turniere sind i.d.R. jedoch öffentlich im Internet ersichtlich. Vgl. als Beispiel dazu: <www.golf-kyburg.ch/kyburg-turniere.php> (letztmals besucht 06.04.2012).

Die heutigen technischen Hilfsmittel bei einer Observation sind sehr vielfältig, und es besteht auch die theoretische Möglichkeit, Mittel einzusetzen, welche rechtlich nicht gestattet sind⁴⁶. Die schriftlichen Observationsaufträge⁴⁷, welche vom Versicherer an die Privatermittler abgegeben werden, weisen aber immer darauf hin, dass solche Mittel nicht einzusetzen sind. Auf diese „verbotenen“ Hilfsmittel wird deshalb in der Folge nicht eingegangen.

3.1 Foto- und Videokamera

Zur Aufnahme von Bildern sind die Foto- und Videokameras standartmässig eingesetzte Observationsmittel. Hier gibt es natürlich viele technische Unterschiede und spezielle (Bau-)Formen von Kameras. Durch den enormen technischen Fortschritt ist es heute möglich, eine vollwertige Videokamera in einem Kugelschreiber oder einem Feuerzeug unterzubringen⁴⁸. Dies ermöglicht eine Observation ohne grossen technischen Aufwand und mit wenig Risiko, dass der Ermittler enttarnt wird. Immer häufiger werden auch fest installierte Kameras z.B. in parkierten Fahrzeugen eingesetzt, welche über einen Bewegungssensor⁴⁹ verfügen und erst mit der Aufnahme beginnen, wenn sich im Fokus der Kamera Bewegungen abzeichnen⁵⁰. Da Videokameras standardmässig auch mit einer Audiospur zur Tonaufnahmen ausgerüstet sind, könnten im Normalfall auch Gespräche der ZP oder sogar unbeteiligter Dritter aufgenommen werden. Das Aufnehmen einer Audiospur ist aber in jedem Fall zu vermeiden, da dieses Vorgehen klar unter die Strafnorm von StGB Art.179^{bis} fällt⁵¹ und somit in diesem Rahmen gesetzlich nicht gestattet ist⁵².

⁴⁶ Hier ist z.B. sogenannte „Spy-Software“ gemeint, welche auf dem Handy oder auch auf dem PC der Zielperson heimlich installiert werden. Diese Anwendungen könnten den Standort einer ZP aufzeichnen bzw. ermitteln, und viele Daten (auch die privaten und zusätzlich geschützten) dem Anwender dieser „Spy-Software“ zugänglich machen. Sicherlich verstösst die Anwendung dieser Hilfsmittel u.a. auch gegen die Strafnorm von StGB Art. 179^{quater}.

⁴⁷ Vgl. dazu Anhang 1: „*Musterauftrag an den Privatdetektiven zur Observation*“.

⁴⁸ Vgl. <www.007spyshop.de/catalog/index.php/cPath/26> (letztmals besucht 06.04.2012).

⁴⁹ Der Bewegungssensor löst die Aufnahme einer im Stand by Modus arbeitenden Kamera aus. Vgl. <www.dictionary.sensagent.com/bewegungsmelder/de-de/> (letztmals besucht 06.04.2012).

⁵⁰ In diesem Zusammenhang ist mit „Bewegungen“ natürlich am ehesten eine Personenbewegung, bzw. durch die ZP gemeint.

⁵¹ DONATSCH, Kommentar StGB, Art. 179^{bis}StGB, Abs.1, Rz. 6.

⁵² TRECHSEL/LIEBER, StGB PK, Art. 179^{bis}StGB, Rz. 5.

3.2 GPS⁵³-Peilsender

Solche GPS-Peilsender⁵⁴ sind sehr klein und können als autarke Geräte⁵⁵ verwendet werden. Selbst ein vom Schweizerischen Versicherungsverband in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten⁵⁶ zeigt keine klare Antwort in Bezug auf die rechtliche Zulässigkeit dieses Observationsmittels bei Personenobservationen im Bereich von Privat- und auch Sozialversicherungen. Die Anwendung von GPS-Peilsendern zur Personenobservation ist im Privatrecht in keiner Norm geregelt⁵⁷ und wird entsprechend auch sehr kontrovers diskutiert⁵⁸. Auch die Rechtsprechung zum Thema „Einsatz von GPS Peilsendern bei Observationen“ ist erst in zwei Urteilen behandelt worden. Das eine Urteil betraf den Einsatz eines GPS-Senders im Bereich des Arbeitsverhältnisses⁵⁹, das Aktuellere der beiden, aus dem Jahre 2007, den Bereich der Observation durch die Polizei⁶⁰. Somit ist genau derjenige Rechtsbereich (der GPS-Peilsender-Einsatz im Privatrecht), welcher m. E. substantiell für dieses Arbeit ist, bis zum heutigen Zeitpunkt noch nie gerichtlich beurteilt worden. Keine Rechtsnorm in der Schweiz verbietet aber den Einsatz von GPS-Peilsendern per se.

Demgegenüber bestehen aber berechtigte Einwände, die den Einsatz dieses Observationsinstrumentes eigentlich verbieten würden⁶¹. Bis jetzt ist mir persönlich noch kein Observationsfall bei Privatversicherungen bekannt, in dem dieses neue, aber umstrittene Mittel eingesetzt worden ist. Es bleibt zu hoffen, dass sich in naher Zukunft die Rechtsprechung mit diesem Thema eingehend befassen wird, um in diesem Punkt zur Rechtssicherheit beizutragen.

⁵³ Global Positioning System kurz GPS, ist eine satellitengestütztes Navigationssystem zur Positionsbestimmung. Dieses System wird u.a. bei jedem Fahrzeug Navigationsgerät oder auch bei vielen Smartphones („Apple I-Phone“) eingesetzt.

⁵⁴ Vgl. Anhang 3: „Beschreibung und grobe Funktionsweise von GPS Peilsendern“.

⁵⁵ Autarke Geräte sind völlig unabhängig von der Umgebung einsetzbar und benötigen z.B. keinerlei externe Stromversorgung.

⁵⁶ Vgl. Gutachten des Schweizerischen Versicherungsverbandes SVV bezgl. der Zulässigkeit von GPS Peilsendern.

⁵⁷ Gutachten SVV Rz. 96.

⁵⁸ Gutachten SVV Rz. 94, 97.

⁵⁹ BGE 130 II 425.

⁶⁰ BGE 1P.517 2007.

⁶¹ Gutachten SVV Rz. 84.

4. Chronologischer Ablauf eines Observationsfalles anhand eines Praxisbeispiels

Wenn es nicht gelingt, den Tatbestand des strafrechtlichen Betruges (Art. 146 StGB) oder auch des „versicherungsrechtlichen“ Betruges (Art. 40 VVG) nachzuweisen, der Betrugsverdacht aber erhärtet ist, bleibt als „Ultima Ratio“⁶² oft nur die Observation. Bis es aber soweit ist, dass eine Versicherungsgesellschaft eine Personenobservation durchführen kann, müssen zwingend einige Voraussetzungen erfüllt sein. Um den Ablauf und die Voraussetzungen besser aufzeigen zu können, wird dies anhand eines fiktiven Beispiels erklärt:

A erleidet als Lenker eines Motorfahrzeuges bei einer unverschuldeten Auffahrkollision einen Personenschaden. Aufgrund der scharfen Kausalhaftung⁶³ im Strassenverkehrsgesetz ist kein Verschulden erforderlich, und im vorliegenden Fall ist die Haftung somit klar und zu 100% gegeben. Hier müssten gravierende Faktoren auf Seiten des Geschädigten oder eines beteiligten Dritten vorliegen, um eine Haftung ganz oder auch nur teilweise auszuschliessen⁶⁴.

Nach einem Arztbesuch wird bei A ein sog. „Schleudertrauma“⁶⁵ diagnostiziert, in der Folge wird er vorläufig zu 100% arbeitsunfähig geschrieben. A klagt gegenüber dem Arzt, er leide unter starken Schmerzen im Bereich der Wirbelsäule, habe Konzentrations- und Koordinationsstörungen, Schlafstörungen und meide soziale Kontakte. Aufgrund des Arzzeugnisses, welches vom Motorfahrzeugversicherer des Verursachers eingefordert wird, erhält der Versicherer nun Kenntnis vom genauen Ausmass der Körperschädigung von A und in der Folge auch vom zu erwartenden finanziellen Aufwand, den die Versicherung hypothetisch leisten müsste. Solche Fälle können ohne weiteres finanzielle Aufwendungen in sechsstelliger Höhe für die Versicherungsgesellschaft mit sich bringen⁶⁶.

⁶² Letztes Mittel, bzw. letzte Möglichkeit.

⁶³ Art. 58 Abs. 1 SVG.

⁶⁴ Art. 59 Abs. 1 SVG.

⁶⁵ Definition eines Schleudertraumas: Das Schleudertrauma bezeichnet klassischerweise Verletzungsfolgen an der Halswirbelsäule nach einer Beschleunigung und nachfolgender Abbremsung des Rumpfes bei freischwingendem Kopf. Der Begriff "Schleudertrauma" ist keine medizinische Diagnose, sondern beschreibt einen biomechanischen Ablauf mit topographisch und pathophysiologisch schlecht definierten Verletzungsfolgen an der Halswirbelsäule. Entsprechend besteht die Gefahr, dass der Begriff "Schleudertrauma" undifferenziert bei jeglicher Art von zervikozephalen Symptomen nach einem Verkehrsunfall angewandt wird. Quelle: <www.reha-rheinfeld.ch/documents/05_Pathophysiologie_und_Klinik_doc1.pdf>, (letztmals besucht 04.05.2012).

⁶⁶ Eigene Erhebungen bei der AXA -Winterthur Versicherungen.

Würde bei der standartmässigen Überprüfung solcher Forderungen durch den Versicherungssachbearbeiter z.B. zum Vorschein kommen, dass A während der Zeit, in der er von seinem Arzt immer noch zu 100% arbeitsunfähig geschrieben ist, an einem Golfturnier teilnimmt, ist sicher eine genauere Abklärung angezeigt. Stellt sich bei der genaueren Abklärung heraus, dass es sich bei diesem erfolgreichen Golfspieler tatsächlich um die Person A handelt, und er aufgrund der beklagten Beschwerden absolut nicht in der Lage wäre eine solche sportliche Betätigung auszuführen, besteht bereits der erste (zwingend erforderliche) klare Anfangsverdacht⁶⁷. Aufgrund weiterer Recherchen werden (in diesem Beispielfall) weitere Elemente gefunden, die den Anfangsverdacht stützten, so dass dieser nun erhärtet ist und nicht umgestossen werden kann.

Die Versicherungsgesellschaft ist verpflichtet die Leistungspflicht, welche sie in Schadenfällen zu erbringen hat, sorgfältig zu prüfen und die Versichertengemeinschaft (welche solidarisch für diese finanziellen Aufwendungen aufkommen muss) vor ungerechtfertigten Schadenzahlungen zu schützen⁶⁸. Dieses überwiegend private Interesse des Versicherers ist eine weitere zwingende Voraussetzung, um eine Observation überhaupt durchführen zu können.

Wäre es in diesem Beispielfall nun möglich, die Abklärungen i.S. der hier im Raum stehenden Widersprüche („*Golf spielen vs. beklagte Beschwerden*“) mit anderen Mitteln als einer Personenobservation auszuräumen, müssten diese (mildereren) Mittel vorgezogen werden. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist zwingend zu beachten. Die eingesetzten Mittel und erhobenen Daten müssen dem Einzelfall entsprechen und objektiv tatsächlich benötigt werden, um dem Zweck dienlich zu sein⁶⁹. Aufgrund der in diesem Fall vorliegenden Fakten kann, nach Prüfung und Gutheissung der vorerwähnten zwingenden Voraussetzungen, eine Personenobservation angestossen werden. Die Bewilligung zur Durchführung einer Personenobservation obliegt i.d.R. nicht nur dem Leiter der betreffenden Abteilung (z. B. *Motorfahrzeug-Haftpflicht-Abteilung*) sondern ist auch durch das obere Management abgestützt. Da es sich bei einer Personenobservation grundsätzlich um eine „heikle“ Angelegenheit handelt, da tief in die Grundrechte einer Person eingegriffen wird, ist die Einbindung des Führungsmanagements in die Entscheidung über eine Observation m.E. sinnvoll⁷⁰. Mit diesem Vorgehen werden die Reputationsrisiken der Versicherungsgesellschaft i.S. von „*verlorenen Gerichts-*

⁶⁷ BGE 136 III 410 Erw. 4.2.1.

⁶⁸ BGE 136 III 410 Erw. 2.2.3.

⁶⁹ MAURER-LAMBROU/ STEINER, BSK DSG Art. 4 N 11.

⁷⁰ Ob dieses Prozedere allerdings bei allen schweizerischen Versicherungsgesellschaften Gültigkeit hat, konnte aus Gründen des Geschäftsgeheimnisses nicht in Erfahrung gebracht werden.

prozessen“ in Zusammenhang mit Personenobservationen minimiert. In beschriebenen Praxisfall wird nun in der Folge ein schriftlicher Auftrag an den Observanten (Privatdetektiv), entsprechend der Fallkonstellation, formuliert und abgegeben⁷¹. Der Observant führt nun den Auftrag aus und liefert die Resultate an die Versicherungsgesellschaft. Normalerweise werden diese Resultate (Berichtsprotokolle, Videos usw.) zusammen mit dem Auftraggeber besprochen und auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüft. Anhand der Ermittlungsergebnisse entscheidet der Fallbearbeiter über das weitere Vorgehen. Dies kann von der normalen Weiterbearbeitung des Schadenfalles (wenn die Resultate den Betrugsverdacht nicht erhärten konnten) bis zur Zahlungsverweigerung und einer Strafanzeige mit Rückforderungen reichen.

Kapitel 3: Rechtliche Rahmenbedingungen

1. Generell betroffene Rechtsgüter bei einer Personenobservation

1.1. Der Begriff des Rechtsgutes im Allgemeinen

Hinsichtlich der Definition des Begriffes „Rechtsgut“ gibt es in der Rechtswissenschaft kein abschliessendes Resultat⁷². Allgemein ist ein Rechtsgut (im materiellen sowie auch im immateriellen Sinne) dasjenige Gut, welches durch das Strafrecht geschützt ist. Es ist aber zu beachten, dass die Wahrnehmung, welches nun ein Rechtsgut sei und welches nicht, sich in der Gesellschaft immer weiter entwickelt und entsprechend wandelt. Unbestritten ist der Schutz von Individualrechtsgütern wie Leib und Leben, Eigentum oder Vermögen. Neben den Individualrechtsgütern gibt es aber auch Universalrechtsgüter („*Rechtsgüter der Allgemeinheit*“). Als Beispiel des Schutzes hierfür sind z.B. die Art. 230^{bis} ff. StGB (Verbrechen und Vergehen gegen die öffentliche Gesundheit) oder auch die Artikel über die Verkehrssicherheit wie z.B. Art. 90 ff. SVG anzuführen.

⁷¹ siehe dazu Anhang 1: „*Musterauftrag an den Privatdetektiven zur Observation*“.

⁷² ROXIN, § 2 N 5.

1.2 Betroffene Rechtsgüter im Verfassungsrecht

Stark durch eine Observation betroffen sind sicherlich die allgemeinen Freiheitsrechte, welche die Bundesverfassung grundsätzlich jedem Bürger garantiert. Durch die Observation direkt betroffen ist der Persönlichkeitsschutz, welcher in der Bundesverfassung in Art. 10 Abs. 2 (persönliche Freiheit) und Art. 13 (Achtung der Privatsphäre) geregelt ist. Weitgehend übereinstimmend mit Art. 13 Abs. 1 BV ist im übrigen Art. 8 Ziff. 1 EMRK⁷³. Die Schutzbereiche der persönlichen Freiheit und Achtung der Privatsphäre können sich teilweise überschneiden was Abgrenzungsprobleme aufwirft⁷⁴. Nach neuester Rechtsprechung des Bundesgerichtes wird die Zulässigkeit einer Überwachung von öffentlichen Strassen und Plätzen nicht, wie vielleicht zu vermuten wäre, nach Art. 10 Abs. 2 BV (persönliche Freiheit) beurteilt, sondern nach Massgabe von Art. 13 (Achtung der Privatsphäre) i.V.m. Art. 8 EMRK⁷⁵.

1.2.1 Art. 8 Ziff. 1 EMRK

Gesetzestext:

Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

Der in diesem Artikel verankerte Schutz des Privatlebens umfasst den Schutz der Identität des Einzelnen, das Recht am eigenen Bild sowie die physische und psychische Integrität jedes einzelnen Menschen. Hier möchte der Gesetzgeber die freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bezug auf seine Mitmenschen schützen. Art. 8 EMRK schützt in erster Linie den Eingriff der staatlichen Organe gegen den Einzelnen, verpflichtet aber gleichzeitig den Staat, geeignete Massnahmen zum Schutze der Privatsphäre im Verhältnis unter Privaten zu treffen⁷⁶.

⁷³ HÄFELIN/HALLER/ KELLER, Bundesstaatsrecht, N 380.

⁷⁴ HÄFELIN/HALLER/ KELLER, Bundesstaatsrecht, N 380a.

⁷⁵ BGE 133 I 77 Erw. 3.2.

⁷⁶ AEBI-MÜLLER, § 8 Art. 28 ZGB, N 372.

1.2.2 Art. 10 Abs. 2 BV

Gesetzestext:

Jeder Mensch hat das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit.

Wie bereits vorgängig erwähnt, geht das Bundesgericht davon aus, dass die persönliche Freiheit „in unmittelbarer Weise die Integrität des Menschen in unterschiedlichen Erscheinungsformen“ betrifft⁷⁷. Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen der Privatsphäre i.S. von Art. 13 BV zu der hier erwähnten „geistigen Unversehrtheit“ dürfte es gewisse Probleme geben, weil sich diese beiden Schutzbereiche überschneiden können. Aufgrund der Erwägungen des Bundesgerichts im erwähnten Urteil kann m.E. abgeleitet werden, dass durch die hier beschriebenen Observationen keine „Verletzung der persönlichen Freiheit“ i.S.v. Art 10 Abs. 2 BV gegeben ist.

1.2.3 Art. 13 BV Abs. 1

Gesetzestext:

Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs.

Bei einer Observation wird womöglich eben dieser „verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz“⁷⁸ einer Person durch den Observanten verletzt. Es ist für schweizerische Verhältnisse sogar davon auszugehen, dass durch eine Observation genau diese Grundrechte tangiert werden⁷⁹. Der Gesetzgeber gibt jeder Person das Recht auf eine Privat- und Geheimsphäre⁸⁰. Somit kann jeder Mensch über die Offenlegung seiner persönlichen Lebenssachverhalte auch selber entscheiden⁸¹.

⁷⁷ BGE 133 I 77 Erw. 3.2.

⁷⁸ Vgl. auch die Bestimmungen in Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens).

⁷⁹ ZALUNARDO-WALSER, S. 52 ff.

⁸⁰ BGE 128 II 259 Erw. 3.2.

⁸¹ HÄFELIN/HALLER/ KELLER, Bundesstaatsrecht, N 389.

1.2.4 Art. 13 BV Abs. 2

Gesetzestext:

Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten.

Dieser verfassungsrechtliche Datenschutz ergibt einen umfassenden Anspruch auf *informelle Selbstbestimmung*⁸². Aufgrund dessen kann jeder Mensch selbst bestimmen, ob er seine personenbezogenen Daten preisgeben möchte bzw. wie diese Daten zu verwenden sind⁸³. Im Grundrechtsbereich ist der Begriff der informellen Selbstbestimmung sogar eher angebracht als im Verhältnis zwischen Privaten. Nicht jede Datenbearbeitung berührt die elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung. Auf der andern Seite steht damit fest, dass nicht „einfach so“ d.h. grundlos und auf Vorrat Daten gesammelt werden dürfen⁸⁴.

1.2.5 Art. 26 BV Abs. 1

Gesetzestext:

Das Eigentum ist gewährleistet.

Diese verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie schützt das Eigentum jedes Privaten und gilt in seinem Kern als unantastbares Recht in der schweizerischen Rechtsordnung⁸⁵.

⁸² BGE 122 I 153 Erw.6 b) aa).

⁸³ KÄSER, Rz. 346.

⁸⁴ AEBI-MÜLLER, § 8 Art. 28 ZGB Rz. 361.

⁸⁵ HÄFELIN/HALLER/ KELLER, Bundesstaatsrecht, N 594.

1.3 Betroffene Rechtsgüter im Zivilrecht

1.3.1 Art. 28 Abs. 1 ZGB

Gesetzestext:

Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen.

Wesentlich betroffen durch eine Personenobservation ist der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz welcher seinen Niederschlag v.a. in Art. 28 Abs. 1 ZGB findet:

Die wichtigsten Persönlichkeitsgüter in Zusammenhang mit Art. 28 ZGB sind wiederum die Folgenden:

- Physische Persönlichkeit (körperliche Integrität und körperliche Bewegungsfreiheit)
- Affektive (emotionale) Persönlichkeit
- Soziale Persönlichkeit (Ehre und informationelle Privatheit)
- Recht auf wirtschaftliche Entfaltung⁸⁶

Aufgrund dieser Generalklausel in Art. 28 Abs. 1 ZGB steht jeder natürlichen und juristischen⁸⁷ Person ein Schutz gegenüber persönlichkeitsverletzende Handlungen Dritter zu. Dieser Persönlichkeitsschutz wird verschiedentlich definiert, wie z.B. *„Schutz der Werte, die das Wesentliche der persönlichen Sphäre des Einzelnen ausmachen“*⁸⁸ oder auch: *„Gesamtheit der individuellen Grundwerte einer Person, als das, was eine Person "ausmacht" und sie von anderen Personen unterscheidet. Die Persönlichkeitsrechte sind diejenigen Rechte, die [...] dem Einzelnen um seiner selbst willen zustehen und die untrennbar mit seiner Person verknüpft sind“*⁸⁹. Nicht jede Persönlichkeitsverletzung ist indes eine Verletzung im Sinne dieses Gesetzes. Ob eine rechtlich relevante Persönlichkeitsverletzung vorliegt, muss nach einem objektiven Massstab beurteilt werden. Von grosser Wichtigkeit in Zusammenhang mit dem

⁸⁶ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER 2008, Rz. 12.41.

⁸⁷ BRÜCKNER Rz. 371 m.w.H.

⁸⁸ BRÜCKNER Rz. 374.

⁸⁹ BRÜCKNER Rz. 375.

vorliegenden Themenbereich ist m.E. nicht nur das Recht am eigenen Bild, sondern auch das Recht an der eigenen Stimme⁹⁰.

Das subjektive Empfinden jedes Einzelnen kann jedoch nicht berücksichtigt werden⁹¹. In der Quintessenz ist sich aber die h.L. einig, was als Persönlichkeitsrechtsverletzung zu gelten hat. Dazu hat sich in der Praxis ein eigentlicher Katalog von Persönlichkeitsverletzungstatbeständen entwickelt⁹². Es wurden auch Anstrengungen unternommen, diesen Katalog in stark reduzierter Form wiederzugeben⁹³. Diese Kurzformen sind aber in der konkreten Beurteilung von Persönlichkeitsverletzungen wenig hilfreich, da immer der Einzelfall und die konkreten Tatumstände miteinbezogen werden müssen.

1.3.2 Art. 12 Abs. 1 DSG

Gesetzestext:

Wer Personendaten bearbeitet, darf dabei die Persönlichkeit der betroffenen Personen nicht widerrechtlich verletzen.

Diese gesetzliche Bestimmung ist m.E. in Bezug auf die Persönlichkeitsrechtsverletzung von zentraler Bedeutung. Nach der bundesgerichtlichen Praxis⁹⁴ besteht eine zivilrechtliche Alternativität zwischen Art. 28 ZGB und den zweckbestimmenden Teilen des DSG⁹⁵. Nicht jede Bearbeitung von Personendaten ist jedoch eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne dieses Gesetzes. Vielmehr ist dies ein Resultat der konkreten Umstände⁹⁶. Weiter ergibt sich im Umkehrschluss, dass nicht jede Persönlichkeitsverletzung widerrechtlich ist⁹⁷. Folgende Handlungen sind aber aufgrund Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG persönlichkeitsverletzend:

- *die unrechtmässige Beschaffung von Personendaten*
- *die Datenbearbeitung entgegen Treu und Glauben*
- *die unverhältnismässige Datenbearbeitung*

⁹⁰ BSK-MEILI, Art. 28 ZGB N 19 ff.

⁹¹ HAUSHEER, AEBI-MÜLLER Rz. 12.07.

⁹² BRÜCKNER, Rz. 380.

⁹³ BRÜCKNER, Rz. 373.

⁹⁴ BGE127 III 481.

⁹⁵ gemeint ist hier vor allem Art. 12 Abs. 1 DSG.

⁹⁶ ROSENTAHL, Art. 12 DSG N 2.

⁹⁷ Vgl. Art. 13 DSG.

- *der Verstoss gegen die Zweckgebundenheit der Datenbearbeitung*
- *der Verstoss gegen das Richtigkeitsgebot*
- *die schwerwiegend persönlichkeitsgefährdende Datenbekanntgabe ins Ausland*
- *die Verletzung der Datensicherheit*⁹⁸

Bemerkung zum Auskunftsrecht im DSG:

Grundsätzlich hat jede Person, gestützt auf Art. 8 DSG ein Auskunftsrecht, ob über sie Daten bearbeitet werden. Dies gilt aber nicht während der Durchführung einer Observation. Das Auskunftsrecht greift erst nach Abschluss dieser Abklärungen (Observation)⁹⁹.

1.3.3 Art. 641 Abs. 2 ZGB

Gesetzestext:

Er hat das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, heraus zu verlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren.

Möglicherweise wird bei einer Observation, wie unter Kapitel zwei Punkt 3.2 dargelegt, ein GPS-Peilsender verwendet. Um einen solchen Sender z.B. am Fahrzeug der ZP zu anzubringen, wird der Besitzer¹⁰⁰ dieser Sache (Fahrzeug), in seinem Besitzrecht gestört und könnte nach Massgabe von Art. 641 Abs. 2 ZGB eine Eigentumsfreiheitsklage¹⁰¹ erwirken. Es ist nicht erforderlich, dass der „*ungerechtfertigte Eingriff*“ eine strafrechtliche Intensität erreicht, oder dass ein Schaden (in diesem Fall am Fahrzeug) entsteht¹⁰².

⁹⁸ SCHAUB, § 16 S. 173.

⁹⁹ FUHRER, Rz. 11.108.

¹⁰⁰ Vgl. dazu Art. 919 Ziff. 1 ZGB.

¹⁰¹ actio negatoria./Negatortienklage/siehe dazu auch: CHK- BELSER, ART. 641 N 39.

¹⁰² BK-ZGB BREHM, Art. 41 N 37.

1.3.4 Art. 928 Ziff. 1 ZGB

Gesetzestext:

Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht gestört, so kann der Besitzer gegen den Störenden Klage erheben, auch wenn dieser ein Recht zu haben behauptet.

Aufgrund von Art. 928 ZGB kann sich ein Besitzer einer Sache gegen die Störungen zur Wehr setzen. Als Voraussetzung gilt aber, dass der Besitz dem Eigentümer nicht entzogen, sondern nur gestört ist. Die allfällige Besitzschutzklage zielt nur auf die Beseitigung der Störung und auch Unterlassung weiterer Störungen. Hier können Schadenersatzansprüche nach Art. 41 OR eingeklagt werden.

1.3.5 Art. 328 Ziff. 1 OR

Gesetzestext:

Der Arbeitgeber hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Er muss insbesondere dafür sorgen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden und dass den Opfern von sexuellen Belästigungen keine weiteren Nachteile entstehen.

Denkbar ist auch, dass eine Observation den Bereich des Arbeitsrechtes berührt. Bei einer allfälligen Prüfung der Rechtmässigkeit einer Observation muss demnach auch die Zulässigkeit der Überwachung nach Art. 328 Ziff. 1 OR geprüft werden. Art. 328 Ziff. 1 OR ist in jedem Fall *lex specialis* zu Art. 28 ZGB und geht diesem somit vor¹⁰³. Zudem ist in jedem Fall auch die entsprechende Verordnung (Art. 26 ArGV 3) beizuziehen. Nach dieser Verordnung ist der Einsatz von Überwachungs- und Kontrollgeräten zur Überwachung des Verhaltens der Arbeitnehmer nicht zulässig. Eine Überwachungsanlage ist nur dann zulässig, wenn ein überwiegendes Interesse an den Einrichtungen des Arbeitgebers (wie z. B. Sicherheits- oder Leistungsüberwachung) vorliegt. Das überwiegende Interesse kann aber nicht mit der Verhaltensüberwachung der Arbeitnehmer begründet werden¹⁰⁴.

¹⁰³ Gutachten SVV Rz. 35.

¹⁰⁴ Wegleitung zu Art. 26 ArgV 3.

1.4 Betroffene Rechtsgüter im Strafrecht

1.4.1 Art. 144 Abs. 1 StGB

Gesetzestext:

Wer eine Sache, an der ein fremdes Eigentums-, Gebrauchs- oder Nutzniessungsrecht besteht, beschädigt, zerstört oder unbrauchbar macht, wird, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

Damit diese strafrechtliche Bestimmung bei einer Observation zum Tragen kommt, ist das „Beschädigen, Zerstören, Unbrauchbarmachen“ einer Sache erforderlich. Hier wäre denkbar, dass bei einem Anbringen eines GPS Peilsender am Fahrzeug der ZP, wie unter Kapitel drei Punkt 3.3 beschrieben, theoretisch eine Beschädigung entstehen könnte. Mit „Sache“ im Sinne dieses Artikels sind lediglich „körperliche Gegenstände“¹⁰⁵ gemeint, es entfällt also die Beschädigung von Sachen i.S. einer „Datenbeschädigung“¹⁰⁶.

Das bloße Anbringen eines GPS-Peilsenders am Fahrzeug eines Observierten oder eines Dritten an sich ist zwar eine Manipulation am Privateigentum einer fremden Person. Dies alleine begründet aber keinen Straftatbestand¹⁰⁷. Das Fahrzeug darf durch ein solches Anbringen allerdings nicht beschädigt werden. Eine Beschädigung ist „jeder Eingriff in die Substanz, welcher Funktion oder Ansehnlichkeit der Sache beeinträchtigt“¹⁰⁸.

1.4.2 Art. 173 StGB

Gesetzestext (Auszug):

... Wer jemanden bei einem andern eines unehrenhaften Verhaltens oder anderer Tatsachen, die geeignet sind, seinen Ruf zu schädigen, beschuldigt oder verdächtigt...

Im Rahmen einer Observation kommen des Öfteren Fakten zu Tage, welche möglicherweise den Ruf einer Person schädigen, was wiederum zu einem „schlechten Image“ innerhalb der

¹⁰⁵ DONATSCH, Strafrecht III, § 15, Art. 144, 1.1.

¹⁰⁶ Datenschädigung ist explizit in Art. 144^{bis} StGB geregelt.

¹⁰⁷ Gutachten SVV Rz. 66.

¹⁰⁸ TRECHSEL/CRAMERI StGB PK Art. 144 N 4.

Gesellschaft führen könnte. Wo ist aber nun ein „normaler Ruf“ des Menschen anzusiedeln? Mit dieser Frage hat sich u.a. auch das Bundesgericht befasst und charakterisiert dies so: *„der Mensch hat sich so zu benehmen, wie nach allgemeiner Anschauung ein charakterlich anständiger Mensch sich zu verhalten pflegt“*¹⁰⁹. Eine Ehrverletzung i.S. von Art. 173 StGB liegt dann vor, wenn einer Person ein *„ethisch verpöntes Verhalten“* vorgeworfen wird und wenn ein Mensch als *„nicht anständig, nicht integer“* dargestellt wird. Die Berichterstattung des Detektives gegenüber dem Auftraggeber unterliegt in der Regel dem Tatbestand der üblen Nachrede im Sinne von Art. 173 StGB¹¹⁰.

1.4.3 Art. 179^{bis} Abs. 1 StGB

Gesetzestext (Auszug):

... Wer ein fremdes nichtöffentliches Gespräch, ohne die Einwilligung aller daran Beteiligten, mit einem Abhörgerät abhört oder auf einen Tonträger aufnimmt...

Von grosser Bedeutung bei der praktischen Tätigkeit eines Ermittlers ist sicherlich dieser Straftatbestand. Gerade hier besteht eine grosse Gefahr, die strafrechtlichen Grenzen zu überschreiten. Denn der Einsatz von Bild- und Tonaufzeichnungsgeräten bei Observationen ist in der Branche üblich und nicht mehr wegzudenken. Von diesem Straftatbestand nicht erfasst sind andere Kommunikationswege wie z.B. SMS, E-Mail oder auch Telefax¹¹¹.

Ob ein Gespräch öffentlich oder nichtöffentlich ist, hängt auch im Wesentlichen davon ab, ob es an einem privaten oder allgemein zugänglichen Ort stattfindet¹¹². Die Tätigkeit des „Abhörens“ ist zweigliedrig auszulegen: Es genügt also nicht, wenn man zufällig anwesend ist und Zeuge des betreffenden Gespräches wird, sondern es muss ein *„aktives, zielgerichtetes Verhalten“* an den Tag gelegt werden¹¹³. Das Abhören geschieht immer mittels eines technischen Hilfsmittels wie z.B. eines Mikrophons, eines Funkgerätes oder auch eines Mobiltelefons¹¹⁴. Strafflos ist es, eine bereits erstellte Aufnahme eines Gesprächs abzuhören, da nur das unmittelbare Mithören durch diese Norm erfasst wird¹¹⁵.

¹⁰⁹ BGE 116 IV 205 Erw. 2.

¹¹⁰ SCHAUB, § 14 S. 155.

¹¹¹ DONATSCH; Strafrecht III, § 47, Art. 179^{bis} StGB 1.1.

¹¹² BGE 133 IV 249 Erw.3.2.

¹¹³ TRECHSEL/LIEBER, StGB PK, Art. 179^{bis} N 5.

¹¹⁴ DONATSCH; Strafrecht III, § 47, Art. 179^{bis} StGB 1.21.

¹¹⁵ DONATSCH, Kommentar StGB Art. 179^{bis}, N 7.

1.4.4 Art. 179^{quater} StGB

Gesetzestext (Auszug):

...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...

Eine „Tatsache“ i.S. dieser Norm ist: „alles, was sich in der Wirklichkeit abspielt und (theoretisch) Gegenstand einer Beobachtung sein kann“¹¹⁶. Zudem müssen diese Tatsachen den Geheimbereich betreffen oder dem Privatbereich angehören und nicht jedermann zugänglich sein¹¹⁷. Ob sich nun eine Verletzung dieser Rechtsnorm ergibt oder eben nicht, leitet sich u.a. stark davon ab, ob die Tatsachen von Aussenstehenden ohne weiteres beobachtet werden können oder nicht. Aufgrund dessen stellt sich hier immer zuerst die Frage, welchen Bereich die beobachteten Tatsachen betreffen. Die Abgrenzung zwischen dem öffentlichen Bereich und den beiden andern Bereichen (Geheim- und Privatbereich, welche hier den strafrechtlichen Schutz geniessen) ist nicht immer klar und muss m.E. immer vorgängig sorgfältig herausgearbeitet werden. Auch sind die Vorgänge, welche von ihrem Gehalt her dem Geheim- oder Privatbereich zuzurechnen sind, im öffentlichen Bereich i.d.R. nicht geschützt¹¹⁸. Als Aufnahmegeräte gelten primär elektronische Beobachtungs- und Überwachungsapparate, wie z.B. versteckte Fernsehkameras oder Nachtsichtgeräte mit Aufzeichnungsfunktion¹¹⁹. Feldstecher, Fernrohre oder Nachtsichtgeräte ohne Aufnahmefunktion fallen demgegenüber nicht unter den Begriff der Aufnahmegeräte¹²⁰.

¹¹⁶ TRECHSEL/LIEBER, StGB PK, Art. 179^{quater} StGB, N 2.

¹¹⁷ Vgl. dazu BGE 118 IV 43 Erw.1.ff.

¹¹⁸ DONATSCH, Strafrecht III; §48, Art. 179^{quater} StGB S. 391.

¹¹⁹ DONATSCH, Strafrecht III; §48, Art. 179^{quater} StGB S. 393.

¹²⁰ zustimmend u.a. STRATENWERTH/JENNY, BT I§12 N55. allerdings abweichend einzig dazu: SCHUBARTH Art. 179^{quater} N 17.

1.4.5 Art. 186 StGB

Gesetzestext (Auszug):

... Wer gegen den Willen des Berechtigten in ein Haus, in eine Wohnung, in einen abgeschlossenen Raum eines Hauses oder in einen unmittelbar zu einem Hause gehörenden unfriedeten Platz, Hof oder Garten oder in einen Werkplatz unrechtmässig eindringt oder, trotz der Aufforderung eines Berechtigten, sich zu entfernen, darin verweilt...

Bei diesem Antragsdelikt entscheiden einzig die Berechtigten darüber, wer sich z.B. in bestimmten Räumen aufhalten darf und wer nicht. Als geschütztes Rechtsgut gilt hier demzufolge „die Befugnis, über einen bestimmten Raum ungestört zu herrschen und darin den eigenen Willen frei zu betätigen“¹²¹. Zu den Schutzobjekten i.S. dieses Gesetzes zählen u.a. Häuser, Wohnungen, aber daneben auch Zelte und Wohnwagen, sowie bewohnbare Schiffe. Dieser Schutz erstreckt sich i.d.R. aber nicht auf Flugzeuge, Lieferwagen und auch nicht auf Personenwagen. Dies, obwohl auch darin übernachtet werden kann¹²².

Tathandlung ist das unbefugte Eindringen bzw. Betreten des Schutzobjektes. Es genügt sogar, den Fuss zwischen Tür und Angel zu stellen, um ein Schliessen dieser Türe, z.B. durch den Hausbesitzer, zu verunmöglichen¹²³. Zudem muss der Wille, dass nur die Berechtigten Zutritt zu eben diesem Schutzobjekt haben, nicht ausdrücklich erklärt werden. Das konkludente Verhalten des Hausrechtsberechtigten ist ausreichend¹²⁴. Auch das Verweilen gegen den Willen des Hausrechtsberechtigten ist ein Verstoss gegen diese Rechtsnorm. Voraussetzung dazu ist jedoch, dass der Täter sich nicht um das erkennbare Verbot kümmert und die Wegweisung nicht rechtsmissbräuchlich war¹²⁵. Die Begrenzung der Zutrittserlaubnis ist i.d.R. aus der Zweckbestimmung der entsprechenden Räumlichkeiten abzuleiten. Wer z.B. eine Tiefgarage bewusst und gewollt zu einem anderen, als dem vom Berechtigten bestimmten Zweck betritt, handelt gegen dessen Willen und verletzt somit das Hausrecht. Wer in eine Tiefgarage ein-

¹²¹ TRECHSEL/LIEBER StGB PK, Art. 186 StGB, N 1.

¹²² DONATSCH, Strafrecht III; § 57, Art. 186 StGB S. 444 ff.

¹²³ BGE 87 IV 120 Erw.2.

¹²⁴ DONATSCH, Kommentar StGB, Art.186 StGB, Rz. 12.

¹²⁵ STRATENWERTH/WOHLERS, StGB HK Art186, Rz. 7.

dringt, in der nicht ein Fahrzeug steht, bei welchem man weder Lenker noch Mitfahrer ist, begeht generell Hausfriedensbruch nach Art. 186 StGB¹²⁶.

Bezüglich Art. 14 StGB, in welchem ausdrücklich normiert ist, dass „*derjenige gerechtfertigt handelt und sich nicht strafbar macht, dessen Verhalten nach dem Gesetz einer anderen Teilrechtsordnung erlaubt ist*“¹²⁷, ist es m.E. durchaus denkbar, dass im Einzelfall selbst eine Überschreitung der hier geschilderten strafrechtlichen Normen bei einer Observation, strafrechtlich zulässig sein kann.

2. Der Persönlichkeitsschutz bei Observationen im Besonderen

Der Detektiv bewegt sich in seiner täglichen Arbeit stets in einem Spannungsfeld zwischen dem privaten Ermittlungsinteresse und dem Anspruch des Observierten auf den Schutz seiner Persönlichkeit. Die Tätigkeiten des Detektivs, welche mögliche Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte der ZP beinhalten, sind u.a. heimliches Fotografieren oder Filmen, Abhören und/oder Aufnehmen von Gesprächen, Datenbeschaffung im Allgemeinen usw. Ob allerdings die Rechtswidrigkeit einer Persönlichkeitsverletzung (im Sinne des Gesetzes) vorliegt, kann nicht einfach so geklärt werden. Hier ist immer auf den Einzelfall abzustellen und grundsätzlich eine Güter- und Interessenabwägung durchzuführen¹²⁸.

¹²⁶ BGE 108 IV 33, Erw.5.

¹²⁷ AEBI-MÜLLER, LBR, Versicherungsmissbrauch S. 60.

¹²⁸ SCHAUB, § 15 S. 164.

2.1 Verfassungsrechtliche Sichtweise

2.1.1 Eingriff in die Grundrechte

Durch eine Personenobservation werden die Grundrechte der ZP u.U. stark tangiert. Grundsätzlich ist die Selbstbestimmung bei einer Observation nicht mehr gewährleistet. Ob hier allerdings tatsächlich ein Eingriff in die Grundrechte der ZP entstanden ist, lässt neben dem Bundesgericht auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte offen¹²⁹.

Die jüngere Lehre hat die Tendenz, zumindest den „Eingriffscharakter“ zu bejahen¹³⁰. Es muss also m.E. jedem Ermittler, Privatdetektiv oder sonstigen Observanten klar sein, dass durch die Personenobservation in die wichtigsten Grundrechte im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV (persönliche Freiheit) und Art. 8 Ziff. 1 EMRK i.v.m. Art. 13 BV (Privatsphäre) von Menschen (hier die „Zielperson“) eingegriffen wird. Die Grundrechte der Unverletzlichkeit der Wohnung¹³¹ oder auch der Grundsatz, dass der Staat stets nach Treu und Glauben handle¹³², können m.E. nicht verletzt werden, wenn die Observation in den Schranken des geltenden Rechts durchgeführt wird. Auch die Versammlungs-¹³³ und Meinungsäusserungsfreiheit¹³⁴ wird durch eine rechtmässig durchgeführte Observation nicht tangiert, da der Observant durch die ZP nicht erkannt wird und deshalb in seiner täglichen Lebensgestaltung wenigstens physisch nicht behindert wird.

2.1.2 Grundlage nach Art. 36 BV

Jede Observation bedarf einer gesetzlichen Grundlage¹³⁵. Handelt es sich um eine schwerwiegende Einschränkung, verlangt die Bundesverfassung zusätzlich noch ein Gesetz in formellen

¹²⁹ BGE 112 Ia 18 Erw. 4 ff, KÄSER, Rz. 347 m.w.H.

¹³⁰ ZALUNARDO-WALSER, S. 50 ff.

¹³¹ HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, N 383.

¹³² Art. 5 Abs. 3 BV.

¹³³ Art. 22 BV.

¹³⁴ Art. 16 Abs. 1 BV.

¹³⁵ KÄSER, Rz. 349, HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, N 307 ff.

Sinn oder das Vorhandensein eines überwiegenden öffentlichen Interesses¹³⁶. Wenn kein formelles Gesetz die Grundlage für die Observation liefert, muss ein öffentliches Interesse vorhanden sein. Die Annahme, jedes öffentliche Interesse genüge, um einen solchen Eingriff in ein Grundrecht zu begründen, greift allerdings zu kurz. Das Bundesgericht hält dazu fest, dass „*nicht jedes irgendwie geartete öffentliche Interesse einen solchen Eingriff rechtfertigt*“¹³⁷. Es war und ist nun die Aufgabe des höchsten Schweizer Gerichts, die höchst abstrakt formulierte Voraussetzung des hinreichenden öffentlichen Interesses für jedes Freiheitsrecht zu konkretisieren. Anders als die EMRK hat die Bundesverfassung auf die schwerfällige und wenig befriedigende Aufzählung der Schranken hierfür verzichtet¹³⁸. In Falle der hier behandelten Materie und des konkret beschriebenen Ziels (Aufdeckung des Versicherungsbetrugs, Abwehr ungerechtfertigter Schadenzahlungen) ist m.E. das öffentliche Interesse immer höher zu gewichten als die Unversehrtheit einer Persönlichkeit¹³⁹. Die vertragliche Pflicht einer Haftpflichtversicherung besteht u.a. auch darin, unbegründete Ansprüche abzuwehren, damit ein allfälliger Prämienanstieg als Folge der Versicherungsleistung an Unberechtigte verhindert werden kann¹⁴⁰.

2.1.3 Datenschutzrechtliche Aspekte

Bei einer Observation handelt es sich grundsätzlich um das Bearbeiten von (Personen-) Daten womit die Observation auch in den Einflussbereich des Datenschutzgesetzes (DSG) fällt. Das DSG kommt bei Observationen durch Privatversicherungen sowie auch bei Sozialversicherungen zum Zuge. Bei einer Observation im Rahmen einer Strafuntersuchung kann sich die ZP jedoch nicht mehr auf das DSG berufen. Diese strafprozessuale Zwangsmassnahme untersteht nach deren Aufnahme der schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)¹⁴¹. In einem laufenden Strafverfahren kommen die datenschutzrechtlichen Bestimmungen somit nicht mehr zur Anwendung¹⁴². Im Falle einer Observation durch die Privatversicherungen steht m.E. sicherlich der privatrechtliche Versicherungsschutz nach Art. 4 Abs. 2 DSG im Vordergrund. Der Grundsatz der in dieser Rechtsnorm behandelten „Verhältnismässigkeit“ hat gar

¹³⁶ Art. 36 Abs. 2 BV.

¹³⁷ BGE 109Ia 33 Erw. 3.a).

¹³⁸ BTJP 1999, WEBER DÜRLER, S. 139.

¹³⁹ 8C_239/2008 Erw. 6.4.2.

¹⁴⁰ MEIER/STAEGGER, Rz. 55.

¹⁴¹ Art. 299 ff. StPO.

¹⁴² Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG, Art. 1 StPO.

Verfassungsrang¹⁴³. Die Observation muss somit verhältnismässig sein und die dafür eingesetzten Mittel „zwecktauglich“. Die Höhe der geltend gemachten Forderungen der ZP ist in diese Grundsatzüberlegung miteinzubeziehen und spielt auch eine Rolle¹⁴⁴. Eine Verletzung der allgemeinen Datenbearbeitungsgrundsätze stellt immer eine Persönlichkeitsverletzung dar. Allerdings liegt z.B. keine Persönlichkeitsrechtsverletzung vor, wenn die betreffenden Personendaten zugänglich gemacht und deren Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt ist¹⁴⁵. Besonders im Bereich des Internets ist eine Vielzahl solcher Informationen für jedermann allgemein zugänglich. Ein nachträglich angebrachtes Verbot der Bearbeitung ist in vielen Fällen wirkungslos, da die bisherigen Betrachter mit diesem Verbot oft nicht erreicht werden¹⁴⁶. Der Nachweis, dass die Daten allgemein öffentlich zugänglich sind und mit *Wissen und Willen* der betroffenen Person veröffentlicht wurden, obliegt dem Datenbearbeiter (hier der Observant)¹⁴⁷.

2.2. Zivilrechtliche Sichtweise

2.2.1. Überblick

Eine generelle Aufzählung der Persönlichkeitsrechte existiert nicht. Der Begriff der Persönlichkeitsrechte umfasst eigentlich alles, „*was zur Individualisierung einer Person dient und im Hinblick auf die Beziehungen zwischen den Individuen und im Rahmen der guten Sitte als schützenswert erscheint*“¹⁴⁸. Die Rechtsprechung hat die Aufgabe, aufgrund der verschiedenen Einflüsse, wie z.B. Entwicklung der Gesellschaft, Fortschritte in der Technik usw., diesen Begriff auszulegen. Die Bedeutung der Privatsphäre in diesem gesamten Kontext ist von zentraler Bedeutung. Der Begriff „*Privacy*“¹⁴⁹ im Privatrecht ist erst in jüngerer Zeit entwickelt worden und entstammt der angelsächsischen Tradition des „*Common Law*“¹⁵⁰. Zu Beginn definierte sich diese Bezeichnung der Privatsphäre etwa so: „*...sie ist als diejenige Sphäre zu bezeichnen, welche der direkten Intervention des Staates entzogen war bzw. entzogen werden*

¹⁴³ BSK DSG, MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 9.

¹⁴⁴ FUHRER, Rz 11.104 ff.

¹⁴⁵ BSK DSG, RAMPINI, Art. 12 N 16.

¹⁴⁶ BSK DSG, RAMPINI, Art. 12 N 17.

¹⁴⁷ ROSENTHAL, Art. 12 Abs. 3 DSG N 64.

¹⁴⁸ ZGB KOMMENTAR BEOBACHTER, Art. 28, S. 52.

¹⁴⁹ Hier ist der englische Ausdruck für Privatsphäre gemeint.

¹⁵⁰ FLEINER, Administrative Law, S. 580.

sollte“¹⁵¹. Die Entwicklung der Rechtsprechung, speziell bei den hier besprochenen Eingriffen in die Persönlichkeit eines Individuums, hinkt aber immer der gesellschaftlichen Entwicklung hinterher. Aus diesem Grund bringt sie zeitweise auch eine gewisse Rechtsunsicherheit mit sich. Dies manifestiert sich u.a. auch mit den vermehrt aufgetretenen Urteilen im Bereich der „Social Medias“¹⁵² in Zusammenhang mit einer beklagten Persönlichkeitsrechtsverletzung¹⁵³. Erst durch solche Urteile werden die Definitionen einer „Persönlichkeitsrechtsverletzung“ erweitert und wieder neu definiert. Im Zivilrecht steht bezüglich der Persönlichkeitsrechtsverletzungen klar Art. 28 ZGB im Vordergrund. Der Normzweck dieses Artikels ist es dann auch: „*der Schutz natürlicher und juristischer Personen von persönlichkeitsverletzenden faktischen Beeinträchtigungen durch Dritte*“¹⁵⁴. Persönlichkeitsrechtsverletzungen i.S. von Art. 28 ZGB unterliegen nicht der Verjährung. Gegen diese Verletzungen kann so lange vorgegangen werden, wie sie auch tatsächlich Bestand haben¹⁵⁵.

2.2.2. Die „Drei Sphären- Theorie“

Um den Schutzbereich der Persönlichkeit besser verstehen zu können bedient sich die Rechtswissenschaft der sogenannten „*Drei-Sphären Theorie*“, welche in der Schweiz erstmals 1960 beschrieben wurde¹⁵⁶. In die Rechtsprechung eingeflossen ist diese Theorie mit den ersten Bundesgerichtsurteilen, welche sich dieser These bedienten^{157, 158}.

Die Sphärentheorie wurde schliesslich als so verlässlich angesehen, dass der Gesetzgeber diese Terminologie sogar im Strafrecht ausdrücklich verankerte¹⁵⁹. Die „*Drei-Sphären Theorie*“ unterscheidet die drei verschiedenen Lebenskreise des Menschen: Die Intim- bzw. Geheimsphäre (innerster Kreis), die Privatsphäre (mittlerer Kreis) und die Öffentlichkeitssphäre (äusserer Kreis).

¹⁵¹ BONDOLFI, S. 128.

¹⁵² Social Medias bezeichnen digitale Medien und Technologien, die es Nutzern ermöglichen, sich untereinander auszutauschen und mediale Inhalte einzeln oder in Gemeinschaft zu gestalten. Vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Social_Media> (letztmals besucht 20.04.2012).

¹⁵³ Vgl. u.a. Urteil CC 117 / 2010 des Kantonsgericht Jura vom 4. 02.2011.

¹⁵⁴ CHK- AEBI-MÜLLER, ZGB 28 N 1.

¹⁵⁵ CHK- AEBI-MÜLLER, ZGB 28 N 6 m.w.H.

¹⁵⁶ JÄGGI, S. 131 ff.

¹⁵⁷ BGE 97 II 100 Erw.3.

¹⁵⁸ BGE 118 IV 45.

¹⁵⁹ Vgl. Art. 179^{quater}.

Die Intim- oder Geheimsphäre beschreibt denjenigen Bereich persönlicher Angelegenheiten, welcher der Kenntnis von Drittpersonen entzogen bleiben sollen. Sie umfasst somit die Lebensvorgänge, „von denen der Mensch will, dass sie der Wahrnehmung und dem Wissen aller übrigen Mitmenschen entzogen sind, es sei denn, dass er das Geheimnis mit einem bestimmten anderen (und nur diesem) teilen will“¹⁶⁰. Es sollen somit klar alle Personen diese Geheimnisse nicht kennen, mit Ausnahmen derer, denen man eben diese höchstpersönlichen Tatsachen (z.B. Krankheiten, Sexualleben usw.) selber anvertraut hat¹⁶¹. Sollte aber eine solche (höchstpersönliche) Tatsache aus diesem Lebensbereich bereits allgemein bekannt sein, besteht kein Anspruch mehr, diesen vertraulich zu behandeln¹⁶².

Zur Privatsphäre gehört der übrige Bereich des Privatlebens, den man nur einem kleinen, begrenzten Personenkreis (z.B. Verwandte, Freunde) zugänglich macht¹⁶³. Diese Sphäre liegt zwischen der Geheimsphäre (innerster Lebenskreis) und der Öffentlichkeitssphäre (äusserster Lebenskreis). Der Kreis der Personen, welche an dieser Sphäre Anteil haben, ist sehr unterschiedlich und variabel. Er kann z.B. diejenigen Personen am Arbeitsplatz, bei Vereinstätigkeiten oder u.U. auch Personen bei einem Stammtischgespräch umfassen¹⁶⁴.

Die Gemein- oder Öffentlichkeitssphäre ist weder nach Art. 28 ZGB noch im Strafrecht geschützt¹⁶⁵. Welchen Umfang dieser Gemeinbereich hat, ergibt sich immer aus den konkreten Umständen. Dort, wo jedermann Zeuge meines Auftretens bzw. meiner Tätigkeit ist oder sein kann, spricht man i.d.R. von diesem beschriebenen Lebensbereich. Möglich ist aber, dass sich die Grenze zwischen Privat – und Gemeinbereich im Laufe der Zeit verschieben. Gemeint sind hier die Tatsachen, die sich im Gemeinbereich abspielen, danach aber von der Gesellschaft vergessen werden. In diesem Zusammenhang spricht man auch von einem „Recht auf Vergessen“¹⁶⁶. Hier kann man sich wehren, sollte eine solch „vergessene Tatsache aus dem Gemeinbereich“ erneut wieder an die Öffentlichkeit gekehrt werden und damit eine Persönlichkeitsverletzung hervorrufen¹⁶⁷.

¹⁶⁰ BSK DSG, RIKLIN, Art. 35 N 2.

¹⁶¹ BRÜCKNER, Rz. 483.

¹⁶² HAUSHEER/AEBI 1999, Ziff. 12.125.

¹⁶³ BRÜCKNER, Rz. 484.

¹⁶⁴ HAUSHEER/AEBI 2008, Ziff. 12.120.

¹⁶⁵ HAUSHEER/AEBI 2008, Ziff. 12.116.

¹⁶⁶ BGE 109 II 353 Erw. 4.

¹⁶⁷ BGE 122 III 449 Erw. 3.

Kann die hier beschriebene „*Drei-Sphären Theorie*“ den heutigen Ansprüchen überhaupt noch genügen? Viele Urteile beurteilen eine Verletzung der Persönlichkeit i.S. von Art. 28 ZGB immer noch mit dieser Theorie aus den 60er Jahren des letzten Jahrhunderts. Zu jener Zeit existierte aber kein Internet¹⁶⁸ und die Fernsehstationen waren auch nur auf das Wesentliche (Nachrichten usw.) beschränkt. Die Zeit der Liveberichte im Fernsehen und die schnelle Verbreitung von Informationen u.a. via Social Medias (vgl. Kapitel 3. Punkt 2.2.1) ist eben erst angebrochen. Betrachtet man nun diese neuen Informations- und Kommunikationsmöglichkeiten im Licht der „*Drei-Sphären Theorie*“, merkt man, dass diese der heutigen Zeit nicht mehr genügen kann. Zu welcher „Sphäre“ kann z.B. der Bereich des Internets bei Plattformen wie: „Facebook, Youtube“ usw. zugerechnet werden? Gehören bei „Facebook“ meine Freunde zum Gemein- oder zum Privatbereich? Hier zeigt sich, dass m.E. keine eigentliche Definition der drei Lebensbereiche (mehr) existiert, und die starre Verwendung der „*Drei-Sphären Theorie*“ nicht mehr zeitkonform ist¹⁶⁹.

Geschützt sind ja nicht die intimen oder privaten Informationen eines Menschen als solches, sondern die eigene Bestimmung darüber, wie und von wem genau diese Informationen verwendet werden dürfen. Es liegt im Wesen des Menschen, solche höchstpersönlichen Tatsachen mit Andern zu teilen oder diese Informationen wenigstens mitzuteilen. Somit erhält der Empfänger einer solchen z.B. intimen Information u. U. quasi „*die Möglichkeit an einem höchstpersönlichen Lebensbereich eines anderen Menschen teilzunehmen*“. Diese Information kann der Empfänger auch in seinem privaten Lebensbereich weitergeben, sofern er nicht durch ein Amts- oder Berufsgeheimnis zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Sollte der Empfänger diese Information mit der Auflage erhalten haben, diese vertraulich zu behandeln, gilt natürlich auch hier die Verschwiegenheit gegenüber Drittpersonen¹⁷⁰.

Nicht nur das Privatrecht, sondern auch das Strafrecht greift auf die „*Drei-Sphären Theorie*“ zurück¹⁷¹. Im öffentlichen Recht, wie auch im Datenschutzrecht ist hingegen regelmässig die Rede von einem Recht auf „*informationelle Selbstbestimmung*“.

¹⁶⁸ Das Internet (world wide web=www) wurde anfangs 1990 in Betrieb genommen und diente zuerst der Kommunikation zweier Forscherteams untereinander am CERN in Genf. Die erste Internetpräsenz ist aus dem Jahr 1992 datiert: <http://www.w3.org/History/19921103-hypertext/hypertext/WWW/TheProject.html> (letztmals besucht 20.04.2012).

¹⁶⁹ Kritisch dazu auch: HAUSHEER/AEBI 2008, Ziff. 12.121.

¹⁷⁰ BRÜCKNER, Rz. 487.

¹⁷¹ BGE 118 IV 41 Erw. 4.

2.3. Strafrechtliche Sichtweise

2.3.1 Überblick

Inwieweit macht sich ein Detektiv mit einer Observation überhaupt strafbar? Die Palette der möglichen strafbaren Handlungen ist relativ gross. Durch ehrverletzende Berichterstattung gegenüber seinem Arbeitgeber wären Ehrverletzungsdelikte, wie z.B. die „*Üble Nachrede*“ (Art. 173 StGB), „*Verleumdung*“ (Art. 174 StGB) oder auch „*Beschimpfungen*“ (Art. 177 StGB) denkbar. Viel grösserer Bedeutung kommt aber dem „*Abhören und Aufnehmen von fremden Gesprächen*“ (Art. 179^{bis} StGB) zu¹⁷². Der m.E. am ehesten durch eine Personenobservation betroffene Tatbestand ist Art. 179^{quater} StGB (*Verletzung des Geheim- und Privatbereiches durch Aufnahmegeräte*). Der Tatbestand des „*Hausfriedensbruchs*“ (Art. 186 StGB) ist in diesem Zusammenhang sicherlich auch zu beachten. Eher hypothetische Bedeutung hat m.E. der Tatbestand der „*Sachbeschädigung*“ (Art. 144 StGB). Dies könnte z.B. bei der Montage eines GPS-Peilsenders am Fahrzeug einer ZP von Bedeutung sein. Da hier aber strittig ist, ob überhaupt ein Sachschaden entstehen kann, wenn der Sender angeklebt wird, ist dieser Straftatbestand m. E. wirklich eher theoretischer Natur.

2.3.2 Ehrverletzungsdelikte

Detektive, die im Rahmen ihrer Auftragsstätigkeit Observations für eine Privatversicherung durchführen, müssen zwingend nur Tatsachen erfassen und ermitteln, die auch vorhanden sind. Übertreibungen oder Feststellungen, welche gar nicht oder nicht in diesem Masse vorhanden sind, gehören nicht in Observationsberichte. Aufgrund der grossen Anzahl von Privatdetektiven¹⁷³ steigt natürlich auch der Erfolgsdruck der einzelnen Detektive. Da liegt es auf der Hand, dass es Detektivbüros geben mag, welche (aufgrund des vom Auftraggeber erwarteten Erfolges) ihre Recherchen nicht unbedingt seriös erheben. Es ist aber unabdingbar für die Verwertbarkeit der Observationsergebnisse, dass der Auftraggeber (die Versicherungsgesellschaft) sich auf die Richtigkeit der Ergebnisse verlassen kann und die Aussagen in den Observationsberichten auch tatsächlich zu 100% der Wahrheit entsprechen. Ehrverletzungen

¹⁷² SCHAUB, S. 156.

¹⁷³ SCHAUB, S. 13.

im Rahmen der Berichterstattung gegenüber einem Dritten (hier der Auftraggeber) unterliegen i. d. R. dem Tatbestand der üblen Nachrede nach Art. 173 StGB. In solchen Berichten werden i.A. Vorhalte eines unehrenhaften Verhaltens protokolliert. Diese Aussagen können wahre sowie auch unwahre Elemente enthalten, welche in ihrer Aussagekraft die Ehre der ZP verletzen können¹⁷⁴. Strafflos sind i.d.R. die wahren ehrverletzenden Behauptungen. Hier muss der „Verletzer“ den Beweis der Richtigkeit seiner Behauptung erbringen¹⁷⁵.

Ehrverletzungen sind dann strafbar, wenn sie unwahr sind. Ausnahmsweise nicht strafbar ist die Tat (auch wenn die Behauptung unwahr sein sollte) dann, wenn ein Täter nachweist, dass er glaubhafte Gründe hatte, die Behauptung in guten Treuen für wahr gehalten zu haben¹⁷⁶. Aus dieser strafrechtlichen Sichtweise heraus ist erkennbar, dass es m.E. äusserst wichtig ist, die Berichterstattung penibel und genau auf allfällige ehrverletzende Behauptungen hin zu prüfen. Insbesondere dürfen an erteilte Auskünfte keine subjektiven Wertungen geknüpft werden¹⁷⁷, da dieses Verhalten ebenso strafrechtliche Konsequenzen haben könnte¹⁷⁸.

2.3.3 Strafbare Handlungen gegen den Geheim- und Privatbereich

Von grösster Bedeutung im Bereich der strafbaren Handlungen bei einer Personenobservation ist mit grosser Sicherheit Art. 179^{quater} StGB. Es stellt sich zunächst einmal die Frage, ob der Observant diese strafrechtlichen Bestimmungen überhaupt zu beachten hat und sich bei einer allfälligen Missachtung strafbar machen könnte¹⁷⁹. Da Art. 179^{quater} StGB sowohl Tatsachen aus dem Geheim- wie auch dem Privatbereich erfasst und diese Bereiche i.d.R. nicht jedermann zugänglich sind, unterstehen diese somit dem Hausrecht¹⁸⁰. Auch unterscheidet das Bundesgericht in diesem Entscheid den geschützten Privatbereich im engeren Sinne und den nicht geschützten privatöffentlichen (halb-öffentlichen) Bereich. Die Abgrenzung zwischen diesen beiden Bereichen kann aber grosse Mühe bereiten, und die Grenze ist nicht einfach zu

¹⁷⁴ TRECHSEL/LIEBER StGB PK, Art. 173 StGB, N 18 ff.

¹⁷⁵ DONATSCH, Strafrecht III; §45, Art. 173 StGB S. 366.

¹⁷⁶ BGE 124 IV 149 Erw. 3 b.

¹⁷⁷ SCHAUB, S. 155 ff m.w.H.

¹⁷⁸ Urteil der Strafkammer St. Gallen vom 13.Sept. 1966 in SJZ 1968 S. 225.

¹⁷⁹ Die Strafbarkeit bei einer Missachtung der Schranken von Art. 179^{quater} wurde bejaht u.a. in: BGE 135 I 169 Erw. 4.3.

¹⁸⁰ Vgl. Art. 186 StGB, gemäss BGE 118 IV 41 Erw. 4 d) sind z.B. auch Vorplätze von Häusern diesem Schutzbereich zuzurechnen.

ziehen¹⁸¹. Grundsätzlich sind alle Räume und Örtlichkeiten, welche gegen den Einblick ausstehender Personen abgesichert sind, der geschützten Privatsphäre zuzurechnen¹⁸². Die Rechtsprechung stützt sich aber bei der Beurteilung bezüglich des geschützten Raumes nicht auf die Überwindung von physischen Hindernissen ab, sondern bindet sich an „rechtlich-moralische“ oder „psychologische“ Grenzen¹⁸³. Diese „unsichtbare“ Grenze richtet sich im Allgemeinen nach den hier herrschenden Sitten und Gebräuchen. In diesem Zusammenhang wird u.a. auch von einer „psychologischen Barriere“ gesprochen, „die von jedem anständig Gesinnten als gegeben erscheint“¹⁸⁴. Aufgrund dieser Ausführungen ist es m.E. von immenser Bedeutung, in welchem Raum (*privat* oder *öffentlich*) die Observation stattgefunden hat und ob es in der Folge überhaupt zu einer Verletzung dieser Strafnorm kommen kann. Zudem kann die Frage gestellt werden, ob Art. 179^{quater} StGB als absolute Grenze bei einer Observation gesehen werden kann. Nachdem das Bundesgericht diese Auffassung teilt¹⁸⁵, gibt es kritische Anmerkungen dazu, die auf die bestehende Differenz zwischen dem öffentlich-rechtlichen Bereich und dem Privatrechtlichen Teil einer Personenobservation hinweisen und vor allem den Observationen im Privatrecht nicht den strafrechtlichen Handlungsspielraum beimessen¹⁸⁶.

3. Der Eigentumsschutz bei Observationen im Besonderen

3.1 Verfassungsrechtliche Sichtweise

Aus Sicht des Verfassungsrechts ist die Eigentumsgarantie nach Art. 26 Abs. 1 BV im Kern ein unantastbares Recht¹⁸⁷. Im Zusammenhang mit der Problematik einer Personenobservation ist diese Thematik eher ein theoretischer Wert und wird aus diesem Grund hier nicht explizit beleuchtet.

¹⁸¹ KÄSER, Rz. 360.

¹⁸² TRECHSEL/LIEBER, StGB PK, Art. 179^{quater} StGB, N 4.

¹⁸³ BGE 118 IV 41 Erw. 4 f).

¹⁸⁴ BGE 118 IV 41 Erw. 4 e).

¹⁸⁵ BGE 8C_239/2008 Erw. 6.3.

¹⁸⁶ AEBI-MÜLLER, LBR, Versicherungsmissbrauch S. 55 ff.

¹⁸⁷ Siehe dazu auch Kapitel zwei Abschnitt 3.2.

3.2 Zivilrechtliche Sichtweise

Bei einer Personenobservation bewegt sich der Observant oft auch im Umfeld der Wohnung der ZP oder z.B. auch seines Motorfahrzeuges. Hier könnte u.U. das sachenrechtliche Eigentum nach Art. 641 ZGB betroffen sein, welches dem Besitzer der Sache die Möglichkeit, gibt, über sie zu verfügen und, in diesem Zusammenhang besonders wichtig, ungerechtfertigte Einflüsse abzuwehren¹⁸⁸. Mit einer sogenannten Eigentumsfreiklage ist es möglich, sich gegen eine Person zu wehren, welche die Sache stört oder auch einen störenden Einfluss darauf ausrichtet. Diese Art der Klage setzt eine Besitzesstörung¹⁸⁹ voraus, welche die Sache unmittelbar stören muss. Eine bloße Mittelbarkeit reicht hier nicht aus¹⁹⁰. Die hier geschilderte zivilrechtliche Sichtweise spielt in Zusammenhang mit der Personenobservation eher eine bescheidene Rolle und ist sicher im Kontext dieser Arbeit nicht von zentraler Bedeutung.

3.3 Strafrechtliche Sichtweise

Das Eigentum wird im Strafrecht insbesondere durch Art. 137 ff StGB geschützt. Es sind dies die Straftatbestände, wie Aneignung, Diebstahl, Sachbeschädigung, Sachentziehung, Hausfriedensbruch usw. Art. 186 StGB (Hausfriedensbruch) schützt im Speziellen das Hausrecht¹⁹¹, einen wichtigen Teil der persönlichen Freiheit. Unter dieser Norm wird dem Berechtigten die Befugnis erteilt, über die Anwesenheit von Aussenstehenden in den eigenen Räumlichkeiten zu entscheiden. Als Berechtigter i.S. des Gesetzes gilt derjenige, welchem die Verfügungsgewalt über das Haus oder eines anderen, auch geschützten Objekts, zusteht. Eine Beurteilung, wer nun der Berechtigte ist, lässt sich meist nur im Einzelfall klären¹⁹². Dringt nun der Observant unberechtigterweise in diesen Schutzbereich ein, ist der objektive Tatbestand dieser Strafnorm bereits erfüllt. Ebenfalls erfüllt ist der objektive Tatbestand nach Art. 186 StGB, wenn der Eindringling vom Berechtigten aufgefordert wird, den Schutzbereich zu verlassen, dieser aber gleichwohl darin verbleibt¹⁹³. Konkret auf das Thema der Personenobservation bezogen, ist das sorgfältige Vorbereiten einer solchen Aktion sicherlich sehr

¹⁸⁸ Art. 641 Abs. 2 ZGB.

¹⁸⁹ Art. 928 ZGB.

¹⁹⁰ CHK-BELSER, Art. 641 N 40ff.

¹⁹¹ BGE 83 IV 154 Erw. 1.

¹⁹² DONATSCH, Strafrecht III, § 57, Art. 186.S. 445.

¹⁹³ STRATENWERTH/WOHLERS, StGB HK Art. 186 Rz. 3.

wichtig. Es muss unbedingt vorgängig abgeklärt werden, in welchen „Raum“ der Observant in den Schranken der Rechtsordnung eindringen kann und wo dies verboten ist. Auch hier gibt es eine „Grauzone“, bei welcher die Grenzen zu einer Verletzung dieser Strafnorm fast „fließend“ sind. Hier ist m.E. einfach immer eine Güterabwägung vorzunehmen. Auch zum Schutz des Eigentums ist Art. 144 StGB aufzuführen. Mit dieser Rechtsnorm wird das Recht des Eigentümers (und auch der an dieser Sache dinglich Berechtigten) geschützt, die Integrität dieser Sache zu respektieren¹⁹⁴. In Zusammenhang mit einer Personenobservation ist diese Rechtsnorm zu beachten, z.B. wenn zur Überwachung eines Fahrzeuges der ZP ein GPS-Peilsender¹⁹⁵ eingesetzt wird. Der Einsatz (genauer: die Montage am Fahrzeug der ZP) eines solchen GPS-Peilsenders könnte durchaus dazu führen, dass Art. 144 StGB wenigstens geprüft werden muss. Im Detail dazu ist sicher das „Beschädigen einer Sache“ im Sinne dieser Strafnorm genauer zu betrachten. Das „Zerstören und Unbrauchbarmachen“ fällt hier wohl kaum in Betracht. Das Beschädigen ist (wie bereits vorgängig in Kapitel drei Abschnitt 1.4.1 erwähnt) „jeder Eingriff in die Substanz, welcher Funktion oder Ansehnlichkeit einer Sache beeinträchtigt“¹⁹⁶. Dazu zählen u.a. auch das „Aufkleben eines Zettels, der nicht leicht zu entfernen ist, auf einer Windschutzscheibe eines Autos“¹⁹⁷. In etwa adäquat zu dieser vom Bundesgericht gutgeheissenen Beschädigung könnten auch die Klebemittelreste angesehen werden, welche bei einer Montage bzw. Demontage eines GPS-Peilsenders schlussendlich noch vorhanden sein könnten. Aus technischer Sicht ist aber eine Montage eines solchen Gerätes auch auf andere Weise möglich, ohne dass solche Rückstände am Fahrzeug verbleiben. Das Montieren der GPS-Peilsender alleine beschädigt, zerstört oder macht ein Fahrzeug m.E. auch nicht unbrauchbar, weshalb aus meiner Sicht die Strafnorm nach Art. 144 StGB in diesem Zusammenhang nicht angerufen werden kann.

Exkurs zum Einsatz von GPS-Peilsendern:

Der Einsatz solcher technischer Hilfsmittel ist umstritten und hat in der h.L. noch keinen grossen Niederschlag gefunden¹⁹⁸. In der Schweizerischen Strafprozessordnung ist der Einsatz solcher GPS-Peilsender ausdrücklich im Sinne einer Zwangsmassnahme geregelt¹⁹⁹. Der in der Privatversicherung eingesetzte Observant unterliegt allerdings nicht der StPO, da sich

¹⁹⁴ BGE 120 IV 319 Erw. 2.a).

¹⁹⁵ Siehe dazu Kapitel 3 Abschnitt 3.2 GPS-Peilsender.

¹⁹⁶ TRECHSEL/CRAMERI StGB PK Art. 144 N 4.

¹⁹⁷ BGE 99 IV 145 Erw. 1.

¹⁹⁸ Gutachten SVV Rz. 99.

¹⁹⁹ Art. 280 ff. StPO.

die Anwendung von solchen Zwangsmassnahmen aus dem staatlichen Gewaltmonopol ergeben. Daraus abzuleiten, der Einsatz solcher GPS-Peilsender sei damit für den Privatermittler ohne weiteres rechtmässig, führt im Endergebnis dazu, dass der Privatermittler weiter reichendere Kompetenzen hätte als die staatlichen Organe. Diese seltsame Schlussfolgerung muss sicherlich, wie bereits vorgängig erwähnt, durch die Rechtsprechung ins rechte Licht gerückt werden.

Kapitel 4: Rechtfertigung von Observationen

1. Rechtfertigungsgründe für die Durchführung einer Observation

Bei der Observation werden die Grundrechte der ZP u.U. verletzt und damit die Freiheitsrechte eingeschränkt. Wie bereits in ZGB Art. 28 Abs. 2 ZGB und in Art. 13 Abs. 1 DSGVO ist aber jede Verletzung der Persönlichkeit im Grundsatz widerrechtlich, es sei denn, es liege ein Rechtfertigungsgrund vor. Als allgemeine Rechtfertigungsgründe gelten:

- a. die Einwilligung des „Verletzten“ oder
- b. das überwiegend öffentliche oder private Interesse oder
- c. das Gesetz (d.h. rechtfertigende Gesetzesvorschriften).

All diese Rechtfertigungsgründe decken sich mehrheitlich mit denjenigen des Haftpflichtrechts, sind aber entsprechend offener und weiter gehend formuliert. Im Haftpflichtrecht kommt aber der Rechtfertigungsgrund des „*überwiegenden privaten oder öffentlichen Interesses*“ in der Form gar nicht vor²⁰⁰. Für die Thematik dieser Arbeit vor allem von Bedeutung ist das unter Punkt b.) erfasste „*überwiegende private oder öffentliche Interesse*“. Es dürfte wohl keine ZP geben, die Ihre Einwilligung (Punkt a.) zu einer Observation geben würde und damit diese Eingriff gerechtfertigt wäre. Aus diesem Grund fällt der Rechtfertigungsgrund der „*Einwilligung*“²⁰¹ hier weg. Das private (finanzielle) Interesse des Versicherers sowie das öffentliche Interesse der Versicherungsgesellschaft im Namen der Versichertengemeinschaft einen wirksamen Leistungsmissbrauch zu verhindern ist hier als überwiegender Rechtfertigungsgrund zu sehen.

²⁰⁰ BRÜCKNER, Rz. 440.

²⁰¹ Art. 28 Abs. 2 ZGB.

1.1 bei Privatversicherungen

Als wohl meist angeführter Rechtfertigungsgrund eines Versicherers bzw. dessen im Auftragsverhältnis tätigen Ermittlers, gilt die *Missbrauchsbekämpfung* bei den Privatversicherungen. Diese ist allgemein gültig und in der h.L. und Rechtsprechung breit abgestützt^{202, 203}. Sogar der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bestätigte den höchstrichterlichen Spruch des Bundesgerichtes vom 28.Juni 2001²⁰⁴. Es ist aber immer abzuwägen, ob die Bekämpfung des Versicherungsmissbrauchs höher zu gewichten ist, als das Interesse der ZP auf Unversehrtheit seiner Persönlichkeit²⁰⁵. Der Einzelfall ist m.E. deshalb immer sehr sorgfältig zu betrachten und eine gründliche Güter- und Interessenabwägung durchzuführen²⁰⁶. Im Einzelfall ist diese Interessenabwägung immer eine Frage der Akzentsetzung und ist zudem auch abhängig von der sozialen und kulturellen Anschauung. Hier nun einen allgemein gültigen Lösungsansatz zur Frage der Interessenabwägung wiederzugeben ist ein Ding der Unmöglichkeit²⁰⁷.

1.2 bei Sozialversicherungen

Bei den beschriebenen Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Rahmen einer Personenobservation müssen sich die öffentlich-rechtlich handelnden Versicherungsträger (z.B. Invalidenversicherungen) u.a. auch nach Art. 36 BV richten. Um überhaupt eine Personenobservation (welche eine Beschränkung der Grundrechte zur Folge hat) durchzuführen, müssen vier Voraussetzungen kumulativ vorhanden sein:

- 1) eine gesetzliche Grundlage, (im Falle eines schweren Eingriffes sogar ein formelles Gesetz)²⁰⁸
- 2) ein öffentliches Interesse, welches den Eingriff rechtfertigt²⁰⁹
- 3) die Verhältnismässigkeit des Eingriffes²¹⁰
- 4) die Wahrung des Kerngehaltes des betroffenen Grundrechtes²¹¹

²⁰² BGE 5C.187/1997 Erw. 2b; BGE 129 V 323 Erw. 3.3.3.u.a.m.

²⁰³ AEBI-MÜLLER, Habil, Rz. 252.

²⁰⁴ EGMR 41953/98 vom 28.Juni 2001 S. 403f.

²⁰⁵ FUHRER, Rz. 11.105.

²⁰⁶ AEBI-MÜLLER, Habil, Rz. 244.

²⁰⁷ AEBI-MÜLLER, Habil, Rz. 776.

²⁰⁸ Art. 36 BV Abs. 1.

²⁰⁹ Art. 36 BV Abs. 2.

²¹⁰ Art. 36 BV Abs. 3.

Hieraus ist zu erkennen, dass für die beiden Teilrechtsgebiete (Privatrecht/öffentliches Recht) keineswegs dieselben Voraussetzungen für eine Observation bestehen²¹².

Kapitel 5: Rechtsprechung in der Schweiz

1. Einleitung in die bundesgerichtliche Rechtsprechung

Es besteht bereits ein grosser Fundus an aktuellen Entscheiden des Bundes. Hier wurde in den allermeisten Fällen die Observation zum Zwecke der Betrugsbekämpfung als zulässig erkannt. Die vom Bundesgericht zu beurteilenden Fälle beschränkten sich aber bisher immer auf öffentlich zugängliche Plätze oder Räume²¹³. Als einzige Ausnahme ist das aktuelle „*Balkon – Urteil*“²¹⁴ zu erwähnen, welches sich u.a. damit befasste, zu welchem „*Raum*“ ein Balkon zu zählen sei. Dieses Urteil wird nachfolgend in Kapitel fünf Ziffer 3 noch eingehender behandelt.

2. BGE Urteil vom 12.Dezember 2009, (8C_239/2008) „Observationen im Ausland“

Sachverhalt:

Der Angestellte bzw. Versicherte erlitt zuerst einen Skiunfall und danach einen Treppensturz. In der Folge machte dieser Versicherte noch Jahre danach verschiedenste Beeinträchtigungen geltend. Der (UVG)-Versicherer zweifelte an der Arbeitsunfähigkeit und observierte die ZP, welche sich allerdings zeitweise im Ausland (Österreich und Deutschland) aufhielt. Die Observation bestätigte dann auch den Verdacht der Versicherung. Der Versicherte war sportlich aktiv, und die Bewegungen im Gesamten absolut nicht eingeschränkt. Die von der ZP „*fast theatralisch*“ verwendeten Krückstöcke wurden nur dann benützt, wenn ein Arzttermin anstand. Aufgrund dieser Observationsergebnisse stellte der (UVG)-Versicherer seine Schadenzahlungen sofort ein. Mittels Klage wehrte sich nun der Versicherte. Vor allem aber wurde die *Rechtmässigkeit der Observation im Ausland* in Frage gestellt.

²¹¹ Art. 36 BV Abs. 4.

²¹² AEBI-MÜLLER, HAVE, S. 155.

²¹³ AEBI-MÜLLER, LBR, Versicherungsmissbrauch S. 66.

²¹⁴ BGE 137 I 327, Erw. 6.1.

Erwägungen:

Das Bundesgericht stellte zunächst einmal fest, dass die Versicherungsgesellschaft in der Schweiz zu einer Observation befugt gewesen wäre. Im Rechtsvergleich zwischen der Schweiz, Österreich und Deutschland ist ersichtlich, dass in etwa vergleichbare gesetzliche Rahmenbedingungen in allen drei Ländern gelten²¹⁵. Somit galt die Observation für das Bundesgericht als rechtmässig. Auf die Verwertung der Beweise in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen wurde nicht eingegangen, da nach Meinung der Richter dies nur ein formaler und auch nachholbarer Akt sei. Zumal es sich hier um ein gewichtiges Interesse an der Verhinderung eines Versicherungsmissbrauchs handle und anzunehmen sei, dass bei Einhaltung des Amtshilfeweges die Zustimmung ohne weiteres erteilt worden wäre. Somit hält das Bundesgericht fest, dass Observationen im Ausland unter den gleichen Bedingungen zulässig sind wie solche Personenobservationen in der Schweiz²¹⁶. Dieses Urteil wird jedoch in der Literatur heftig kritisiert, da die Richter „*das nationale Interesse an der Missbrauchsbekämpfung höher gewichteten als die Rechtsbindung des Sozialversicherers*“²¹⁷.

3. BGE Urteil vom 11.November 2011 (8C_272/2011) „Balkon- Urteil“

Sachverhalt:

Eine Sozialversicherung²¹⁸ observierte während einigen Tagen eine ZP an ihrem Wohnort. Ein grosser Teil dieser Aufnahmen zeigten den Balkon der Mietwohnung, welche die ZP bewohnte. Der Balkon war ohne weiteres für jedermann öffentlich einsehbar, ohne das Hindernisse zur Beobachtung überwunden werden mussten. Aufgrund der Erkenntnisse dieser Observation hob der Versicherungsträger die Rente der ZP auf. Auf Beschwerde der ZP hin hob das erstinstanzliche Gericht die Verfügung zur Rentenaufhebung auf, da hier die Grenzen einer zulässigen Überwachung bezüglich der verfassungsmässigen Rechte auf persönliche Freiheit²¹⁹ und der Schutz der Privatsphäre²²⁰ überschritten worden seien.

²¹⁵ Protokoll Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht vom 5.März 2010, Kommentar Stephan Fuhrer, < <http://www.sghvr.ch/131.html?&L=0>>, letztmals besucht 06.05.2012.

²¹⁶ Kritisch dazu aber: AEBI-MÜLLER, LBR, Versicherungsmissbrauch S. 60.

²¹⁷ GÄCHTER, HAVE, S. 206. m.w.H.

²¹⁸ hier die Invalidenversicherung IV.

²¹⁹ Art. 10 Abs. 2 BV.

²²⁰ Art. 13 BV.

Erwägungen:

Eine solche Videoüberwachung, welche die im Sachverhalt beschriebenen Grundrechte tangiert ist sicherlich unbestritten. Die hinreichende gesetzliche Grundlage sah das Bundesgericht in Art. 43 ATSG i.v.m. Art. 28 Abs. 2 ZGB als gegeben. Zusätzlich stütze sich die Sozialversicherung noch auf Art. 59 Abs. 5 IVG²²¹ ab. Ebenfalls sah das Bundesgericht die Rechtfertigung dieser Observation als gegeben an, da hier kein Rechtsgut verletzt worden war, welches Vorrang vor dem öffentlichen Interesse der Missbrauchsbekämpfung hat. Der für diese Arbeit wohl interessanteste Aspekt ist die Beurteilung des strafrechtlichen Verstosses nach Art. 179^{quater} StGB des Observanten. Das Bundesgericht zieht im Grundsatz die Grenze zum geschützten Raum dort, wo körperliche oder rechtlich-moralische Schranken überwunden werden müssen, um Tatsachen aufnehmen zu können²²². Im Umkehrschluss gilt demzufolge, dass eine ZP, welche ihre Alltagsverrichtungen (die sie notabene freiwillig ausübt) und diese von blossen Auge zu beobachten sind und sich zudem in einem öffentlich einseharen Raum aufhält, von einem Observanten gefilmt werden darf. Hier geht das Bundesgericht sogar davon aus, dass die ZP aufgrund ihres konkludenten Verhaltens auf den Schutz ihrer Privatsphäre verzichtet.

Dieses, m. E. sehr klar gefasste Urteil, ist sicherlich für die Versicherungswirtschaft wegweisend, da hier u.a. die Grenze der Strafbarkeit des Observanten bei einer Videoüberwachung i.S. von Art. 179^{quater} StGB sehr genau umrissen wird.

Kritisch beleuchtet wird dieses Urteil u.a. von Menschenrechtsorganisationen²²³. Das Verdikt dieser Organisationen ist klar: Der Eingriff in die Grundrechte sei schwerwiegend und das Bundesgericht anerkenne das Grundrecht auf Achtung der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 8 Ziff.1 EMRK) absolut nicht, gehe sogar in der Begründung explizit nicht darauf ein. Deshalb sei dieses Urteil falsch und gar eine Gefahr für die Situation der Menschenrechte in der Schweiz.

²²¹ Das Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) hat für eine Observation im Bereich der Privatversicherungen keine Gültigkeit. Im Resultat zu diesem Bundesgerichtsentscheid ist dies aber nicht massgebend und m.E. entsprechend nicht zu berücksichtigen.

²²² BGE 137 I 327 Erw. 6.1.

²²³ Als Beispiel dafür, der Verein „Humanrights.ch“, welcher sich für die Förderung und Durchsetzung der Menschenrechte in der Schweiz einsetzt.
<http://www.humanrights.ch/de/Schweiz/Bundesgerichtsentscheide/Verschiedenes/idart_9100-content.html (letztmals besucht 29.04.2012).

4. BGE Urteil 136 III 410 vom 2.Juli 2010 „Zulässigkeit der Observation durch einen Privatdetektiv“

Sachverhalt:

Ein Haftpflichtversicherer wollte mittels einer Observation abklären, ob der Geschädigte tatsächlich zu epileptischen Anfällen neige. Zudem machte er Beschwerden im rechten Arm geltend, weshalb er auch einen Haushaltschaden gegenüber der Versicherung geltend machte. Der von der Versicherungsgesellschaft beauftragte Privatdetektiv zeichnete diverse Alltagsverrichtungen auf. Diese Filmaufnahmen zeigen die ZP wie er, ohne grössere Bewegungseinschränkungen, Lasten trägt, einkauft, mit dem Staubsauger den Boden saugt sowie sein Fahrzeug wäscht und poliert.

Erwägungen:

Das Bundesgericht bestätigt, dass die Persönlichkeit der ZP durch die systematische Beobachtung verletzt worden ist. Als Rechtfertigungsgrund wurde wiederum das überwiegende Interesse der Versicherung gesehen, die zur Abwehr von zu Unrecht erbrachten Leistungen solche Mittel einsetzen kann. Die Interessenabwägung in diesem Fall berücksichtigte in besonderer Weise die sehr hohen Forderungen von 2 Mio. Franken, welche der Geschädigte von der Haftpflichtversicherung forderte. Zudem seien die eingesetzten Mittel einer Observation in diesem Fall als geeignet und notwendig einzustufen, da der Geschädigte seiner Mitwirkungspflicht im Rahmen der objektiv gebotenen Abklärungen seines Gesundheitszustandes nicht genüge.

Im Ergebnis verneinte das Bundesgericht die Ansprüche aus Art. 28 ff. ZGB. Ob die private Haftpflichtversicherung sich ebenso auch an Art. 8 EMRK, Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 und 2 BV halten müsse, lässt das Gericht in dieser Entscheidung offen.

5. Weitere Bundesgerichtsurteile kurz zusammengefasst

➤ 9C 891/2010 Urteil vom 31. Dezember 2010:

Die Invalidenversicherung konnte die Ergebnisse einer Personenobservation in Mazedonien verwenden und auch im Prozess verwerten. Die Observanten waren durch die Pensionskasse der ZP beauftragt worden. Dieses Vorgehen wurde vom Bundesgericht vollumfänglich gestützt.

➤ 8C 239/2008 Urteil vom 17. Dezember 2009:

Detektive der Unfallversicherung überwachten die ZP im Ausland (Deutschland und Österreich) u.a. auch in einer „öffentlich zugänglichen Tennishalle“. Das Bundesgericht schützte diese Personenobservation vollumfänglich.

➤ 8C 806/2007 Urteil vom 7. August 2008:

Auf den Observationsfilmen war ersichtlich, dass ein Fussballspieler mit HWS-Schleudertrauma-Beschwerden zwei Tore schoss. Die Unfallversicherung konnte, gestützt auf dieses Bundesgerichtsurteil, die vom Haftpflichtversicherer erstellten Filme als Beweismittel verwenden.

➤ IV 2011/00177 Urteil Sozialversicherungsgericht Zürich vom 12. Juli 2011:

Eine Observation durch den Haftpflichtversicherer deren Resultate die IV-Stelle für die Renteneinstellung verwendete, sei unverhältnismässig. Die Observation lieferte keinerlei Hinweise auf Erwerbsfähigkeit in psychischer Hinsicht.

Kapitel 6: Rechtsprechung im angrenzenden Ausland

1. Deutschland

Die Rechtsprechung in unserem nördlichen Nachbarland ist in etwa identisch mit derjenigen in der Schweiz. Bezüglich des Einsatzes von technischen Hilfsmitteln wie den erwähnten GPS- Peilsendern sind zwei privatrechtliche Urteilen hervorzuheben, welche aber im Endeffekt zum selben Ergebnis kamen.

- Das Urteil des OLG Koblenz hielt fest, dass ein GPS-Peilsender, welcher am Fahrzeug eines Schmuckhändlers angebracht wurde als *rechtswidrig zu betrachten* sei. Dies weil der der Sender nicht nur das Eigentums- bzw. Besitzesrecht des Schmuckhändlers verletzte, sondern auch sein grundrechtlich geschütztes Recht auf informationelle Selbstbestimmung²²⁴.
- Das OLG Oldenburg erklärte den Einsatz eines GPS- Peilsenders am Fahrzeug der Ex-Frau als *unrechtmässig*, da es sich hier nicht nur auf die Feststellung der Anzahl Besuche beim vermeintlichen Partner beschränkte, sondern zwangsläufig alle Fahrten dieses Fahrzeuges aufzeichnete. Daraus ergibt sich eine lückenlose Überwachung und stellt somit einen erheblichen Eingriff in das Recht der informationellen Selbstbestimmung dar²²⁵.

In Deutschland ist der Einsatz von GPS- Peilsendern problematisch, wie diese beiden Urteile aufzeigen. Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz in der Schweiz (Art. 28 ZGB ff.) ist im Vergleich zu Deutschland eine Pionierleistung und war mit der gesetzlichen Verankerung im Jahre 1907 auch International weit fortgeschritten. Gleiches trifft auch für die Rechtsfolgen einer Persönlichkeitsverletzung zu, die seit 1984 weiter umfassend im schweizerischen Zivilgesetzbuch geregelt sind. In Deutschland müssen die allgemeinen Persönlichkeitsrechte rechtsdogmatisch aus dem Grundgesetz abgeleitet werden. Es wurde versucht mit „Fallgruppen“ und „unrechtstypisierenden Schutzbereichen“ die Verletzung dieses Grundrechts genau-

²²⁴ OLG Koblenz, 1 U 1235/06 vom 03. Mai 2007.

²²⁵ OLG Oldenburg, 13 WF 93/08 vom 20. Mai 2008.

er einzuschränken. Dies hatte aber zur Folge, dass „*ein Meer von Abwägungen entstand und man dadurch jeglichen Kurs verlieren kann*“²²⁶.

In der Folge sind auch die Gerichtsurteile, welche dieses Thema erfassen, schwierig mit denjenigen in der Schweiz zu vergleichen. Im Bereich der Personenobservation durch Versicherungen ist die Rechtslage in Deutschland jedoch grundsätzlich sehr ähnlich derjenigen in der Schweiz.

Kapitel 7: Schlussbetrachtung

Fazit dieser Arbeit

Aufgrund der in dieser Arbeit beschriebenen Problemfelder kann festgehalten werden, dass die *Personenobservation bei Privatversicherungen* (oder auch bei Sozialversicherungen), mit Blick auf den Persönlichkeitsschutz, zwar heikel ist, aber im Einzelfall durch das überwiegende Interesse im Sinne von Art. 28 Art. 2 ZGB (bei Privatversicherungen) durchaus rechtmässig sein kann. Das Mittel der Observation wird zudem nur im Bereich der Betrugsbekämpfung einer Versicherungsgesellschaft eingesetzt. Die erhobenen Beweise solcher Ermittlungen lassen sich im Straf- wie auch im Zivilprozess prozessual verwerten, wenn die rechtlichen Voraussetzungen dieser Observation gegeben waren²²⁷.

Der Einsatz dieses letzten Mittels bei der Bekämpfung des Versicherungsmissbrauchs muss m.E. wohl überlegt sein und darf nie leichtfertig eingesetzt werden. Immer muss zuerst das „*mildest mögliche Mittel*“ eingesetzt werden bis die Observation als „*ultima ratio*“ durchgeführt wird. Lässt sich der Nachweis eines Versicherungsmissbrauchs auch mit einem milderen Eingriff als mit einer Personenobservation erbringen, wäre diese Observation in der Konsequenz rechtlich unzulässig²²⁸. Dies könnte u.U. strafrechtliche Auswirkungen auf die Versicherungsgesellschaft bzw. für den betroffenen Detektiven mit sich bringen. Dadurch würde

²²⁶ AEBI-MÜLLER, Habil, Rz. 464 ff.

²²⁷ AEBI-MÜLLER, HAVE, S. 177.

²²⁸ AEBI-MÜLLER, HAVE, S. 168.

die Reputation der Versicherung schwer geschädigt und den Betrugsermittlern damit ihre künftige Arbeit sicher nicht einfacher gemacht werden. Da die Versicherungsbranche mit der *Bekämpfung des Versicherungsmisbrauchs* in der Vergangenheit bereits keinen einfachen Stand in der Gesellschaft hatte und entsprechend oft auch in der Kritik war, sind solche („nicht rechtmässigen“) Personenobservationen unbedingt zu vermeiden. Dies gelingt nur, wenn sich alle involvierten Personen in der Betrugsbekämpfung, rechtlich absolut korrekt verhalten und entsprechend auch ihre Detektive sorgfältig auswählen.

Wünschenswert wäre es, wenn die Grenzen der Zulässigkeit von Personenobservationen durch entsprechende Gerichtsurteile noch klarer gezogen werden könnten. Es ist aber klar, dass sich der hier behandelte zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz nicht abschliessend definieren und dadurch eingrenzen lässt. Es muss immer auf die Umstände des Einzelfalles abgestellt werden. Hier bleibt im Interesse aller zu hoffen, dass die Entscheidungsträger das entsprechende Augenmass wahren und auch in Zukunft nicht über das Ziel hinausschiessen werden.

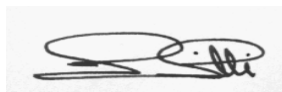
Wahrheitserklärung

„Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig, ohne Mithilfe Dritter und nur unter Benützung der angegebenen Quellen verfasst habe.“

Ort, Datum

Unterschrift

Oberwil, 14. Mai 2012

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized name, possibly 'M. H. H.', written on a light-colored background.

Anhang

Anhang 1: Musterauftrag an den Privatdetektiven zur Observation

In dieser (öffentlich zugänglichen) Version nicht abgedruckt!

unterliegt dem Datenschutz, deshalb nicht abgedruckt!

Anhang 2: Flussdiagramm zur Fallbearbeitung

In dieser (öffentlich zugänglichen) Version nicht abgedruckt!

unterliegt dem Datenschutz, deshalb nicht abgedruckt!

Anhang 3: Beschreibung und grobe Funktionsweise von GPS-Peilsendern

Beschreibung und grobe Funktionsweise von GPS-Peilsendern

GPS Tracking Unit ist das, was umgangssprachlich als GPS-Peilsender bezeichnet wird. Diese besteht aus dem GPS-Empfänger, einem Handy (MNU Mobile-Network-Unit oder Mobilfunk-Datenmodem) und einem kleinen Rechner (MCU Microcontroller-Unit oder Bordrechner). Der Rechner verfügt über einen Flash-Speicher, wo die Daten lokal als sogenannte Login-Daten gespeichert werden. Die MCU reagiert auf gewisse Ereignisse (Events), wie z.B. ob das Auto steht oder fährt, aber auch externe Ereignisse wie die Empfangsqualität des GPS-Satelliten. Optional kann ein Peilsender auch über eine Audio-Unit (AUD) verfügen. D.h. es ist an Mikrofone angeschlossen, welche als „Wanzen“ funktionieren können. Des Weiteren gibt es noch weitere Actor-Sensor-Unit, d.h. Messgeräte. Es gibt z.B. die Möglichkeit die Temperatur zu messen und diese Information direkt weiter zu leiten.



Die Funktionen auf einen Blick

- Echtzeit-Ortung: Sie rufen den Peilsender an (kostenlos), nur Sekunden später erhalten Sie eine SMS mit den Standort-Koordinaten
- Bewegungs-Alarm: Bewegt sich der Peilsender, erhalten Sie eine Alarm-SMS, hilft z.B. bei Autodiebstahl
- Geschwindigkeits-Alarm: Sobald der Peilsender eine vorgegebene Geschwindigkeit (km/h) überschreitet, erhalten Sie SMS
- Geografischer Zaun: Verlässt der Peilsender einen vorbestimmten Bereich, erhalten Sie eine SMS. Beispiel: Schulweg der Kinder
- Automatisches Abfragen: Sendet SMS mit Koordinaten in regelmäßigen Zeit-Intervallen z.B. alle 30 Minuten, 8 Stunden lang
- SOS-Taste: Durch das Drücken der Notfalltaste, sendet der Peilsender „Help Me“ und die Koordinaten an alle autorisierten Telefonnummern
- Audioüberwachung: Damit lassen sich Geräusche im Umfeld durch das eingebaute Mikrofon mithören

Einsatzoptionen des GPS-Peilsenders

- Bis zu 5 Rufnummern können verarbeitet werden, d.h. dass die SMS mit den Standortdaten an bis zu 5 Rufnummern gesendet werden kann.
- Neben der manuellen Auslösung per Anruf, kann auch ein Zeitintervall festgelegt werden, in dem der Peilsender seine Position senden soll
- Nach dem Anruf beim GPS Peilsender können sie auch Geräusche in unmittelbarer Umgebung mithören.
- Legen Sie einen bestimmten geografischen Bereich fest, in dem sich das zu überwachende Objekt bewegen darf. Verlässt das Objekt den Bereich, sendet der Peilsender eine SMS.
- Wenn sich ein Gegenstand nicht bewegen darf, meldet sich der Peilsender falls doch eine Bewegung stattfindet.
- Der Peilsender schickt eine SMS, wenn eine vorher angegebene Höchstgeschwindigkeit des überwachten Objektes überschritten wird.
- Durch eine SOS-Taste am GPS Peilsender werden alle Handynummern, die vorher eingespeichert sind, mit einer Notruf SMS angeschrieben. Ideal als Schutz für Kinder oder ältere Personen.

Technische Daten des GPS- Peilsenders

- Unterstützt GPS und GSM
- GSM: Triband 900/1800/1900 MHz
- GPS Chipsatz: SIRF3 Chip; GPS Sensibilität: -159dBm
- GPS Genauigkeit: ± 5 m (abhängig vom Empfang)
- Maximale Höhe: 18.000 Meter, max. Geschwindigkeit: ca. 1.600 km/h
- GSM/GPRS Module Simcom300
- Interne GSM und GPS Antenne (aktiv)
- Akku: Li-Ionen 3,7V 800mAh
- Netzteil/Ladegerät: 110-220 V
- Statusanzeige: LED für GSM Signal
- Abmessungen: 69 x 46 x 17 mm
- Gewicht: 48 g

Quellenangaben:

http://www.shop-alarm.de/Mini_GPS_Tracker_mit_hoher_Akkulaufzeit_und_integrierter_Magnethalteplatte.html

(letztmals besucht 01.05.2012)