

Bundesamt für Sozialversicherungen
Eidgenössisches Departement des Innern
Effingerstrasse 20
CH-3003 Bern

per E-Mail an bereich.recht@bsv.admin.ch

Bern, 29. Mai 2017

**Revision des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts
(ATSG), Vernehmlassungsfrist 29. Mai 2017**

Sehr geehrter Herr Bundesrat,
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Demokratischen Juristinnen und Juristen der Schweiz (DJS) nehmen Stellung zu den im revidierten ATSG vorgesehenen Bestimmungen zur Observation von VersicherungsträgerInnen und zur Kostspflicht der kantonalen Gerichtsverfahren.

Art. 43a (Observation)

Bei diesem Artikel handelt es sich - entgegen den Aussagen des Bundesrates - nicht um eine korrekte Umsetzung des Entscheides 61838/10 des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) vom 18. Oktober 2016; der Bundesrat hat lediglich alten Wein in neue Schläuche gefüllt. Konkret schlägt er - in nur leicht abgeänderter Form - einen in seiner Botschaft vom 30. Mai 2008 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (BBI 2008 5395 ff. / BBI 2008 5483) vorgeschlagenen Artikel vor, der damals aus anderen Gründen nicht in die Gesetzesvorlage aufgenommen wurde. Nachdem es nun klar ist, dass verdeckte Observationen eine klare gesetzliche Grundlage

brauchen, will der Bundesrat einfach diese alte Vorlage aus der Schublade nehmen und in Kraft setzen.

Leider wird dies aber nicht genügen: Denn die alt-neue Bestimmung von Art. 43a ATSG setzt nur einige wenige der Vorgaben im erwähnten EGMR-Urteil um, aber bei weitem nicht alle. Die Richterinnen und Richter des EGMR haben nämlich nicht nur in allgemeiner Form festgehalten, dass es für verdeckte Observationen eine gesetzliche Grundlage brauche, sondern sie haben im Detail aufgelistet, welche Fragen im Zusammenhang mit verdeckten Observationen in einer gesetzlichen Grundlage geregelt werden müssen, damit diese den Vorgaben von Art. 8 § 2 EMRK genügt.

Art. 43a ATSG erfüllt die Vorgaben der EMRK und des EGMR-Entscheides 61838/10 nicht

Der EGMR hat sich nicht damit begnügt, festzuhalten, dass im konkreten Fall von Frau V. die gesetzlichen Grundlagen in Art. 43 Abs. 1 ATSG und in Art. 96 UVG nicht genügen würden, um Frau V. verdeckt zu überwachen. Das Gericht hat sehr klar und erstaunlich detailliert Punkt für Punkt – schon fast wie in einer Checkliste – festgehalten, was eine gesetzliche Grundlage enthalten muss, damit sie genügend voraussehbar ist und damit sie einen derart starken Eingriff in die Persönlichkeitsrechte erlaubt, wie es eine verdeckte Observation darstellt.

Zunächst ist § 68 des EGMR-Urteils zu entnehmen, eine genügende gesetzliche Grundlage habe die Art und Weise der zulässigen Überwachungsmassnahmen («*nature of the possible measures*») zu bezeichnen. Dies betrifft beispielweise Fragen wie „Darf man die überwachte Person nur fotografieren oder auch filmen? Darf man Tonaufzeichnungen machen? Wie sieht es mit Drohnenkameras aus?“ Solche Fragen müssen im Gesetz beantwortet werden. Art. 43a ATSG spricht nur von Bildaufzeichnungen. Was ist damit gemeint? Sind damit nur Fotografien oder auch "bewegte Bilder", also Filmaufnahmen gemeint? Wohl eher nicht, denn sonst müsste dies in der gesetzlichen Grundlage stehen. Unter einer "Bildaufzeichnung" versteht man ein stehendes Bild, also eine Fotografie. Somit würde der Text es nicht erlauben, Filmaufzeichnungen zu machen. Auch Tonaufzeichnungen wären unzulässig, weil dafür eine gesetzliche Grundlage fehlt. Jegliche Überwachungsmassnahmen, die nicht in der gesetzlichen Grundlage aufgeführt werden, sind unzulässig.

Dann – ebenfalls in § 68 – hält der EGMR fest, dass sich aus der gesetzlichen Grundlage auch der Umfang ergeben muss, in welchem eine Überwachung zulässig ist («*scope of the possible measures*»). Folgende Fragen müssten beantwortet werden: Müssen die Kameras statisch befestigt werden oder darf man die überwachte Person aktiv verfolgen? Dürfen Überwachungsdrohnen eingesetzt werden? Wo überall darf überwacht und gefilmt werden? Im Bus? Im Restaurant? Auf dem Balkon? Von aussen in die Wohnung? Art. 43a ATSG regelt zwar, wo überall überwacht werden kann, aber

eben nicht, auf welche Art und Weise. Es gibt dazu auch keine Verweisungsbestimmung für eine ausführende Verordnung, wobei es fraglich ist, ob derart zentrale Fragen überhaupt vom Gesetzgeber delegiert werden dürfen.

Des Weiteren muss sich die gesetzliche Grundlage auch zur zulässigen Dauer der einzelnen Überwachungsmaßnahmen äussern («*duration of the possible measures*»). Beispiele: Wieviele Stunden pro Tag darf jemand verfolgt und gefilmt werden, ohne dass er dies weiss? Wieviele Tage in der Woche? Wie lange darf die gesamte Überwachungsaktion dauern? Hier dürften die klaren Vorgaben in Art. 43a Abs. 3 ATSG den Anforderungen der EMRK genügen.

Gesetzlich zu regeln sind auch die Gründe, die zu einer verdeckten Observation führen können, und aufgrund welcher Überwachungsmaßnahmen angeordnet werden dürfen («*the grounds required for ordering them*»). Braucht es z.B. einen konkreten Anfangsverdacht? Wie stark muss dieser Verdacht sein? Muss bereits der Verdacht auf eine strafbare Handlung vorliegen oder genügt der Verdacht auf den Bezug von ungerechtfertigten Leistungen, welche eine Rückerstattung zur Folge haben? Muss es sich um den Verdacht auf Versicherungsbetrug gemäss Art. 146 StGB handeln? Oder genügt seit dem 1. Oktober 2016 auch ein Verdacht auf unrechtmässigen Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe gemäss dem neuen Art. 148a StGB? All das muss in der gesetzlichen Grundlage geregelt sein. Hier genügt Art. 43a ATSG nicht. Es reicht nicht aus, wenn in der gesetzlichen Grundlage ganz allgemein von einem "Anfangsverdacht" die Rede ist, ohne dass ansatzweise festgehalten ist, was denn genau für ein Anfangsverdacht vorhanden sein muss. Es ist von "konkreten Anhaltspunkten" die Rede: Was für konkrete Anhaltspunkte müssen denn gegeben sein, damit verdeckt observiert werden darf? Hier braucht es unbedingt klarere Bestimmung, sonst verkommt der Anfangsverdacht zu einem Freipass für die überwachenden Behörden. Und das wäre eben - wie oben dargelegt - nicht EMRK-konform.

Im Gesetz müssen des Weiteren die zuständigen Behörden, welche dazu befugt sind, entsprechende Überwachungsmaßnahmen anzuordnen, zu beaufsichtigen und durchzuführen, genau bezeichnet sein («*the authorities competent to permit, carry and supervise them*»). Wer darf also in einem konkreten Fall entscheiden, ob ein genügender Anfangsverdacht besteht und ob die übrigen Voraussetzungen für eine verdeckte Observation gegeben sind? Der zuständige Sachbearbeiter des Sozialversicherers? Seine Teamleiterin? Oder gar der Stellenleiter? Oder braucht es nicht eher – wie im Strafverfahren (dazu mehr unten in Rz. 55ff.) eine Anordnung durch einen Staatsanwalt oder gar durch eine Richterin? Und wer darf die Überwachung durchführen? Irgendwelche privaten Detektivbüros, die ohne jede Qualitätskontrolle und ohne jede Zertifizierung operieren? Oder müssten es nicht viel eher – angesichts der hohen Eingriffsintensität – Staatsbeamte sein, z.B. vom Versicherungsträger angestellte Sozialdetektive? In Art. 43a Abs. 4 ATSG ist nur in allgemeiner und unklarer Form von "Spezialistin-

nen und Spezialisten" die Rede. Wer aber diese Spezialistinnen und Spezialisten sein sollen, Polizistinnen oder Polizisten, Mitarbeitende der Sozialversicherer oder Privatdetektive, steht nirgends. Und wer überwacht die Überwacher? Das BSV? Oder braucht es nicht eher eine richterliche Überwachung? Müssen vielleicht die kantonalen Sozialversicherungsgerichte – analog dem Strafrecht – für solche seltenen Fälle, die ja gemäss Bundesgericht nur einen tiefen Promilleanteil ausmachen, eine Art spezialisiertes «Sozial-Zwangsmassnahmengericht» einführen? All diese ganz zentralen Elemente der Vorhersehbarkeit fehlen in Art. 43a ATSG. In diesem Punkt ist die Vorlage in keiner Art und Weise EMRK-konform. Die allgemeine Pauschalverweisung auf den Bundesrat in Art. 43a Abs. 7 lit. a ATSG genügt hier nicht. Solche zentralen Fragen gehören im formellen Gesetz geregelt, nicht in einer Verordnung.

Dann muss die gesetzliche Grundlage auch die Rechtsmittel bezeichnen, welche überwachte Personen gegen eine aus ihrer Sicht unzulässige Überwachung ergreifen können («*kind of remedy provided by the national law*»). § 74 des EGMR-Urteils ist zu entnehmen, eine genügende gesetzliche Grundlage müsse auch das Verfahren regeln, gemäss welchem in einem Versicherungsverfahren eine geheime Überwachung bewilligt, überwacht oder durchgeführt werden darf («*procedures to follow for the authorisation or supervision of the implementation of secret surveillance measures in the specific context of insurance disputes*»). Schliesslich sei es ebenfalls nicht zulässig, dass eine gesetzliche Grundlage keinerlei Informationen darüber enthalte, wie eine betroffene Person eine aus ihrer Sicht unzulässige Überwachung gerichtlich anfechten kann («*possibility of their judicial challenge*»). Das Fehlen solcher Bestimmungen gebe den zuständigen Sozialversicherungsträgern ein grosses Ermessen, selber zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen eine geheime Observation zulässig sei und wie lange diese andauern dürfe. Zu den möglichen Rechtsmitteln der überwachten Personen fehlen in Art. 43a ATSG jegliche Angaben, was den Vorgaben der EMRK widerspricht.

Damit nicht genug: In § 75 nennt der EGMR noch mehr Punkte, welche in einer genügenden gesetzlichen Grundlage für geheime Überwachungen zwingend geregelt sein müssen. Es muss präzise festgelegt sein, in welcher Form die Aufzeichnungen einer verdeckten Überwachung gespeichert werden («*storing*»), wer zu den Aufzeichnungen Zugang hat («*accessing*»), wer die Aufzeichnungen überprüfen («*examining*») und bearbeiten («*using*») darf, unter welchen Umständen diese Aufzeichnungen weitergegeben werden dürfen («*communicating*») und wann und unter welchen Voraussetzungen solche Aufzeichnungen zu löschen sind («*destroying*»). Es sei unzulässig, wenn es unklar bleibe, wo und wie lange solche Aufzeichnungen gespeichert bleiben («*where and how long the report containing the impugned footage and photographs of the applicant would remain stored*») und es dürfe auch nicht unklar bleiben, welche Personen zu diesen Daten Zugang haben («*which persons would have access to it*»).

Vom EGMR nicht explizit erwähnt, aber von grosser praktischer Bedeutung wäre es, dass die gesetzliche Grundlage auch klar festhält, dass die Überwacher nicht nur eine zusammengeschnittene Best-of-Version ihrer Filmaufnahmen speichern dürfen, wie das heute regelmässig geschieht, sondern dass auch das gesamte filmische und fotografische Rohmaterial zu behalten ist. Es ist ein enormer Unterschied, ob ein Gericht in einem Versicherungsfall lediglich einen 15-Minuten-Film vorgeführt erhält, in welchem er die versicherte Person unablässig beim Einkaufstaschen-Tragen, bei Gartenarbeiten oder beim herzhaften Lachen mit Freunden sieht oder ob die Richterin oder der Richter auch die restlichen 20 Stunden visionieren kann, in welchen man eine deutliche Schonhaltung oder auch die Niedergeschlagenheit der observierten Person betrachten kann.

Der vorgesehene Art. 43a ATSG regelt diese Fragen nur teilweise. Auf Gesetzesstufe wird lediglich festgehalten, dass die Aufzeichnungen vernichtet werden müssen, wenn sich der Anfangsverdacht nicht erhärtet. Im Übrigen verweist der Gesetzgeber auf den Verordnungsweg. Auch das ist nicht zulässig und nicht EMRK-konform. Derart wichtige Fragen, wie die Akteneinsicht, die Aufbewahrung oder die Weiterleitung von Observationsberichten müssen in einem formellen, dem Referendum unterstehenden Gesetz geregelt werden.

Zusammengefasst verlangt der EGMR, dass eine genügende gesetzliche Grundlage für eine verdeckte Überwachung folgende Punkte regeln muss:

- Art und Weise der Überwachungsmassnahmen
- Umfang der Überwachungsmassnahmen
- Dauer der Überwachungsmassnahmen
- Gründe, welche die Anordnung einer Überwachungsmassnahme rechtfertigen
- Zuständige anordnende Behörde
- Zuständige durchführende Behörde
- Zuständige überwachende Behörde
- Das Verfahren, gemäss welchem die zuständigen Behörden die Überwachungsmassnahmen anzuordnen, durchzuführen und zu überwachen haben
- Aufbewahrung und Speicherung der Aufzeichnungen
- Zugang zu den Aufzeichnungen
- Weitergabe der Aufzeichnungen
- Verwendung und Bearbeitung der Aufzeichnungen
- Löschung der Aufzeichnungen
- Rechtsmittel und Rechtsmittelinstanz

Davon sind nur einige wenige Punkte in Art. 43a ATSG geregelt. Einzelne Punkte werden auf den Verordnungsweg verwiesen, andere Punkte werden überhaupt nicht erwähnt. Auf jeden Fall stellt Art.

43a ATSG keine genügende gesetzliche Grundlage dar, welche gemäss der Rechtsprechung des EGMR den Anforderungen an Art. 8 § 2 EMRK genügt. Sollten in Zukunft verdeckte Observationen in Auftrag gegeben werden, die auf einer derart ungenügenden gesetzlichen Grundlage beruhen und werden die darauf basierenden Entscheide wiederum beim EGMR angefochten, dann wird die Schweiz wiederum wegen einer Verletzung von Art. 8 Abs. 2 EMRK gerügt werden.

Nur ein eigentliches detailliertes Überwachungsgesetz wäre EMRK-konform

Angesichts des sehr erheblichen Eingriffs, den das systematische Verfolgen einer Privatperson während mehreren Tage oder Wochen sowie das Fotografieren oder Filmen dieser Person für den Schutz ihrer Privatsphäre bedeutet, verlangt der EGMR als genügende gesetzliche Grundlage nichts anderes als ein eigentliches detailliertes Überwachungsgesetz. In diesem Überwachungsgesetz müssen sämtliche oben erwähnten Punkte klar und unmissverständlich geregelt sein. Erst dann könnte man davon sprechen, dass eine genügende gesetzliche Grundlage für verdeckte Observationen im Bereich der Sozialversicherungen besteht.

Oben wurde dargelegt, wie detailliert diese gesetzliche Grundlage ausgestaltet werden muss, und dass es ein eigentliches «Sozial-Überwachungsgesetz» brauchen wird, welches in seinem Detaillierungsgrad vergleichbar sein muss mit den bereits heute bestehenden gesetzlichen Grundlagen für verdeckte Überwachungen, wie sie im BÜPF oder in den Bestimmungen im 8. Kapitel (Geheime Überwachungsmaßnahmen) der Strafprozessordnung (StPO) zu finden sind.

Überwachung ist Sache der Strafbehörden und des Nachrichtendienstes und nicht der Sozialversicherer

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob es nicht einen Eingriff in die staatliche Kompetenzordnung (Art. 57 BV) und in das polizeiliche Gewaltmonopol darstellt, wenn neben der Polizei, dem Nachrichtendienst und den Strafverfolgungsbehörden eine Parallelstruktur mit einer Versicherungspolizei geschaffen wird, welche ebenfalls polizeiliche Überwachungsaufgaben übernehmen kann, und zwar notabene in einem Bereich, in welchem es regelmässig um mögliche strafbare Handlungen der überwachten Personen geht.

Denn verdeckte Überwachungen sind von ihrer Rechtsnatur her eigentlich polizeiliche Massnahmen bzw. diese gehören in das Gewaltmonopol der Polizei oder des Staatsschutzes. Art. 269 ff. StPO (und auch das BÜPF) regeln im Detail die Zulässigkeit und die Voraussetzungen von verdeckten Überwachungen durch Polizeibehörden und Staatsanwaltschaften und diese Regelungen sind sowohl durch

die Bundesverfassung als auch die EMRK legitimiert. Selbst nach Schaffung eines Überwachungsgesetzes wäre ein solches in hohem Masse systemwidrig und würde der geltenden und bewährten Kompetenzordnung widersprechen.

Es gibt also keinen Grund, dass die Sozialversicherungsträger und Sozialämter hier «Polizei spielen» und damit beginnen, mit einer eigenen „Versicherungspolizei“ ihre eigenen versicherten Personen zu überwachen. Es widerspricht der Kompetenzordnung in der Bundesverfassung, der StPO und auch den kantonalen Polizeigesetzen, wenn strafbare Handlungen (denn der ungerechtfertigte Bezug von Sozialleistungen ist spätestens seit Inkrafttreten von Art. 148a StGB immer auch ein Strafdelikt) nicht von der Polizei, sondern von Sozialversicherern oder gar von diesen beauftragten Privatdetektiven verfolgt werden dürfen. Denn mittlerweile ist jeder unrechtmässige Bezug von Sozialversicherungs- oder Sozialhilfeleistungen strafbar und zwar auch ohne dass Arglist vorliegen muss. Strafbar macht sich jeder, der «jemanden durch unwahre oder unvollständige Angaben, durch Verschweigen von Tatsachen oder in anderer Weise irreführt oder in einem Irrtum bestärkt, sodass er oder ein anderer Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe bezieht, die ihm oder dem andern nicht zustehen».

Bereits heute gibt es für die Leistungserbringer die Möglichkeit, ungerechtfertigten Sozialleistungsbezügen auf verfassungsmässige Art und unter Einhaltung des Gewaltmonopols und der Kompetenzordnung zu begegnen: Ist ein Versicherungsträger der Ansicht, es gebe hinreichende Verdachtsmomente für ein gesetzeswidriges Verhalten einer versicherten Person, welches zur Beweisführung geheimer Überwachungsmassnahmen bedarf, so hat er bereits heute die Möglichkeit, eine Strafanzeige bei der Polizei einzureichen. Die zuständigen Behörden, d.h. die Polizei bzw. die Staatsanwaltschaft werden beim Vorliegen eines genügenden Anfangsverdachts und falls es erforderlich ist, die verdeckte Überwachung und danach allenfalls auch offene Ermittlungen, Befragungen, etc. durchführen. Im Rahmen der Art. 269–298d StPO ist dann aber genau geregelt, welche verdeckten Überwachungsmassnahmen zulässig sind und welche nicht. So dürfen gewisse Überwachungsmassnahmen während längstens einem Monat durchgeführt werden. Und bei anderen Massnahmen ist das Zwangsmassnahmengericht zu avisieren.

Es gibt also keinerlei Grund, es gerade den Sozialversicherern zu erlauben, sich mit polizeilichen Überwachungskompetenzen auszustatten. Wenn schon, dann müsste man dies konsequenterweise sämtlichen Verwaltungsbehörden erlauben, was aber zu einer eigentlichen Überwachungsindustrie führen würde (Steuerpolizei, Agrarsubventionspolizei etc.). Sinnvoller ist es vielmehr, diese Aufgaben den bereits heute zuständigen Strafbehörden zu überlassen.

Art. 61 ATSG (Kostenpflicht der kantonalen Gerichtsverfahren)

Die DJS sind generell gegen eine Kostenpflicht in sozialversicherungsrechtlichen Gerichtsverfahren. Die obligatorischen Sozialversicherungen stellen obligatorische existenzsichernde Leistungen dar für Menschen, die ihr Einkommen aus verschiedenen Gründen (Alter, Invalidität, Arbeitslosigkeit etc.) nicht mehr aus eigener Kraft verdienen können. Deshalb heissen diese Versicherungen auch „Sozial“-versicherungen. Auch der Zugang zum Recht, sprich die Gerichtsverfahren, muss sozial ausgestaltet sein, wenn man innerhalb der Sozialversicherungen kohärent bleiben will. Was hier vorgeschlagen wird, sind unsoziale Kosten für ein soziales Rechtsgebiet. Dafür gibt es keinen rechtslogischen oder sonst nachvollziehbaren Grund, ausser der Tatsache, dass der Zugang zum Recht erschwert werden soll.

Mit der Bitte um Kenntnisnahme und Berücksichtigung dieser Ausführungen verbleibe ich,

Mit freundlichen Grüssen,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Aebli', is placed on a light grey rectangular background.

Melanie Aebli

Geschäftsleiterin DJS