



# **Observationen in der Begutachtung**

## **Aktueller Stand Rechtsgrundlagen**

9. Fortbildungskurs 2019 für SIM Gutachter & Interessierte

Olten, 31. Oktober 2019

**Prof. Dr. iur. Thomas Gächter**



# Überblick

- I. Stand der Gesetzgebung
- II. Hauptprobleme der gesetzlichen Regelung...
- III. ... und deren Lösung durch den Verordnungsgeber
- IV. Umgang mit Observationsmaterial im Allgemeinen
- V. Mangelhaft erhobenes Observationsmaterial
- VI. Schluss: Rolle der medizinischen Gutachter



# I. Stand der Gesetzgebung

- 18.10.16 Urteil Vukota-Bojić des EGMR
- 16.03.18 Verabschiedung Art. 43a und Art. 43b ATSG
- 25.11.18 Referendumsabstimmung (klare Zustimmung zur Revision)
- 01.10.18 Inkrafttreten Art. 43a und 43b ATSG und revidierte ATSV



## II. Hauptprobleme der gesetzlichen Regelung...

### Art. 43a Observation

<sup>1</sup> Der Versicherungsträger kann eine versicherte Person verdeckt observieren und dabei **Bild- und Tonaufzeichnungen** machen und technische Instrumente zur Standortbestimmung einsetzen, wenn:

- a. aufgrund **konkreter Anhaltspunkte** anzunehmen ist, dass die versicherte Person unrechtmässig Leistungen bezieht oder zu erhalten versucht; und
- b. die Abklärungen sonst aussichtslos wären oder **unverhältnismässig erschwert** würden.

<sup>2</sup> Für die **Anordnung der Observation** ist eine Person mit Direktionsfunktion im fallbearbeitenden Bereich oder im Bereich Leistungen des Versicherungsträgers zuständig.



## II. Hauptprobleme der gesetzlichen Regelung...

### Art. 43a Observation

<sup>3</sup> Der Einsatz von technischen Instrumenten zur Standortbestimmung ist **genehmigungspflichtig**.

<sup>4</sup> Die versicherte Person darf nur observiert werden, wenn sie sich:

- a. an einem **allgemein zugänglichen Ort** befindet; oder
- b. an einem Ort befindet, **der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist**.



## II. Hauptprobleme der gesetzlichen Regelung...

### Art. 43a Observation

<sup>5</sup> Eine Observation darf an **höchstens 30 Tagen** innerhalb von sechs Monaten ab dem ersten Observationstag stattfinden. Dieser Zeitraum kann um **höchstens weitere sechs Monate verlängert** werden, wenn hinreichende Gründe dafür bestehen.

<sup>6</sup> Der Versicherungsträger kann **externe Spezialistinnen und Spezialisten** mit der Observation beauftragen.....



## III. ... und deren Lösung durch den Verordnungsgeber

### Art. 7h ATSV (Ort der Observation)

<sup>1</sup> Als allgemein zugänglicher Ort gilt öffentlicher oder privater Grund und Boden, bei dem **in der Regel geduldet wird, dass die Allgemeinheit ihn betritt.**

<sup>2</sup> Ein Ort gilt als nicht von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar, **wenn er zur geschützten Privatsphäre** der zu observierenden Person gehört, insbesondere:

- a. das **Innere eines Wohnhauses**, einschliesslich die von aussen durch ein Fenster einsehbaren Räume;
- b. **unmittelbar zu einem Haus gehörende umfriedete Plätze, Höfe und Gärten**, die üblicherweise Blicken von aussen entzogen sind.



## III. ... und deren Lösung durch den Verordnungsgeber

### Art. 7i ATSV (Mittel der Observation)

1 Für Bildaufzeichnungen dürfen keine Instrumente eingesetzt werden, die das natürliche menschliche Wahrnehmungsvermögen wesentlich erweitern, namentlich keine Nachtsichtgeräte.

2 Für Tonaufzeichnungen dürfen keine Instrumente eingesetzt werden, die das natürliche menschliche Hörvermögen erweitern, namentlich keine Wanzen, Richtmikrofone und Tonverstärkungsgeräte. Aufzeichnungen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes dürfen nicht verwertet werden; sind diese Aufzeichnungen in Bildaufzeichnungen enthalten, so sind die Bildaufzeichnungen ohne die Tonaufzeichnungen dennoch verwertbar.





## Weiterhin offene Punkte

- **Anfangsverdacht:** Wie konkret müssen die Hinweise sein?
- **Eignung:** Was kann mit einer Observation überhaupt erkannt werden?
- **Subsidiarität:** Ausschöpfung sämtlicher anderer Erkenntnismittel



## IV. Umgang mit Observationsmaterial im Allgemeinen

- Observationsergebnisse sind ein **zulässiges Beweismittel** im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren.
- Sie ersetzen jedoch nicht eine **umfassende** (v.a. auch medizinische) **Sachverhaltsabklärung**.
- Separierter Beweiswert ist zu relativieren, da
  - Observationsergebnisse häufig nur **einseitig** belastende Umstände darlegen,
  - nur einen **Ausschnitt** des zu beurteilenden Verhaltens darstellen und
  - gegebenenfalls zu **falschen Rückschlüssen** verleiten können.



# Bundesgerichtliche Grundsätze (I)

## BGE 137 I 327

*Die Ergebnisse einer **zulässigen** Überwachung können zusammen mit einer ärztlichen Aktenbeurteilung **grundsätzlich geeignet sein**, eine genügende Basis für Sachverhaltsfeststellungen betreffend den Gesundheitszustand und die Arbeitsfähigkeit zu bilden (E. 7.1).*

*... gestützt hierauf [auf das Observationsmaterial] [ist] noch nicht auf das Fehlen einer rentenrelevanten, gesundheitlichen Beeinträchtigung zu schliessen (E. 7.2).*

*.... Bestehen erhebliche Diskrepanzen zwischen den Ergebnissen einer Observation und der fachärztlichen Einschätzung der Arbeitsfähigkeit, sind grundsätzlich weitere medizinische Abklärungen erforderlich (E. 7.2).*



## Bundesgerichtliche Grundsätze (II)

BGer, Urteil 9C\_254/2016 vom 7. Juli 2016, E. 3.2.1

*Bestehen erhebliche Diskrepanzen zwischen den Ergebnissen einer Observation und der fachärztlichen Einschätzung der Arbeitsfähigkeit, sind grundsätzlich weitere medizinische Abklärungen erforderlich ... Dazu genügt die Einholung einer Aktenbeurteilung durch den RAD nur bei klaren Verhältnissen ...*

*Dabei ist zu berücksichtigen, dass es nicht einfach darum geht, das Observationsergebnis zu würdigen, wie die Vorinstanz annimmt, sondern wie dieses im psychiatrischen Kontext zu verstehen ist. Dies setzt entsprechende Fachkenntnisse voraus. .... Der RAD-Arzt, auf dessen Beurteilung die Vorinstanz wesentlich abgestellt hat, ist Allgemeinmediziner.*

*Es stellt sich namentlich die Frage, inwieweit bloss von einer mit Art und Ausmass des Gesundheitsschadens erklärbaren Verdeutlichungstendenz auszugehen ist oder eine nicht versicherte Aggravation oder sogar Simulation vorliegt ...*



# SGPP, Qualitätsleitlinien für versicherungs- psychiatrische Gutachten

## 1.3.5 Angaben von Drittpersonen und Observationsmaterial

Bei der Dokumentation im Gutachten sind Angaben zu Auskunftsperson, Titel und Funktion, Datum der Auskünfte und gestellte Fragen aufzuführen.

Im Gutachten ist zu vermerken, welches Observationsmaterial dem Auftrag beilag.

### S. 13:

Bei der Bewertung von Observationsberichten und dabei gefertigter Videoaufnahmen wird davon ausgegangen, dass diese unverfälscht, korrekt dokumentiert und vollständig sind. Ebenso wird davon ausgegangen, dass die entsprechenden Unterlagen und Ergebnisse den Betroffenen vor Auftragserteilung eröffnet wurden. Der aktuelle Verfahrensstand muss aus den Akten hervorgehen.



## V. Mangelhaft erhobenes Observationsmaterial

- Mangelhaft erhobenes Observationsmaterial ist grundsätzlich **nicht verwertbar**.
- Die äusserst **large Verwertungspraxis** des Bundesgerichts unterhöhlt die gesetzgeberischen Absichten und **ist aufzugeben**.
- Gutachter müssen (und dürfen) nur Observationsmaterial begutachten, das rechtskonform erhoben worden ist.
- Medizinische Begutachtung darf mangelhafte Erhebung **nicht durch medizinische Expertise «heilen»** und die Expertise anstelle des mangelhaften Materials stellen.
- Gutachter dürfen nur Observationsmaterial begutachten, **zu dem sich die Observierten bereits äussern konnten**.



## VI. Schluss: Rolle der medizinischen Gutachter

- Observationsmaterial muss medizinisch begutachtet werden, wenn es für medizinische Schlüsse verwendet wird.
- Gutachter dürfen nur Observationsmaterial einbeziehen, das sich für die Feststellung medizinischer Tatsachen eignet.
- Gutachter müssen und dürfen nur zu medizinischen Fragen Stellung nehmen.
- Gutachter müssen und dürfen kein rechtswidrige erhobenes Observationsmaterial würdigen.
- Gutachter dürfen nur Observationsmaterial würdigen, zu dem sich die Observierten bereits äussern konnten.
- **Wesentliche Objektivierungs- und Versachlichungsfunktion der Begutachtung.**