

Massimo Aliotta\*

## Beweisrechtlicher Stellenwert der Observationen von Geschädigten durch private Versicherungsgesellschaften

### Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>Observationen als Eingriffe in die rechtlich geschützte Persönlichkeit</b>	<b>2</b>
<b>II.</b>	<b>Rechtfertigungsgründe für einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte</b>	<b>3</b>
	A. Grundsatz	3
	B. Überwiegende öffentliche oder private Interessen	3
	C. Objektive Gebotenheit der Observation	4
<b>III.</b>	<b>Beweisrechtlicher Stellenwert von Observationen</b>	<b>6</b>
	A. Problemstellung	6
	B. Vorprozessuale Observationen	6
	C. Observationen im Rahmen eines Prozesses am Beispiel von BGE 4A.23/2010 vom 12. April 2010	7
	1. Urteil der ersten kantonalen Instanz	7
	2. Urteil der zweiten kantonalen Instanz	9
	3. Urteil des Bundesgerichtes	9
	D. Filmaufnahmen als Urkunden gemäss der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung	10
<b>IV.</b>	<b>Klage nach Art. 28 ZGB am Beispiel von BGE 5A.57/2010 vom 2. Juli 2010</b>	<b>11</b>
	A. Ausgangslage	11
	B. Urteile der kantonalen Instanzen	12
	C. Urteil des Bundesgerichtes 5A.57/2010 vom 2. Juli 2010	12
<b>V.</b>	<b>Verwendung des Observationsmaterials durch weitere Versicherungsträger</b>	<b>14</b>
	A. Grundsätzliche Zulässigkeit	14
	B. Wahrung des rechtlichen Gehörs	14
<b>VI.</b>	<b>Fazit</b>	<b>14</b>
	<b>Literaturverzeichnis*</b>	<b>15</b>

Die Problematik der Observationen von Geschädigten durch private Versicherungsgesellschaften sowie durch staatliche Versicherungen ist in den letzten Jahren durch eine vermehrte Berichterstattung in den Medien über Gerichtsent-scheide im Zusammenhang mit Observationen und Versicherungsmissbrauch

\* RA lic. iur., Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Winterthur.

einer breiteren Öffentlichkeit bewusst geworden<sup>1</sup>. Dabei entsteht bisweilen der Eindruck, dass die mediale Berichterstattung den Schwerpunkt auf die Überführung von versicherten Personen als Versicherungsbetrüger legt und weniger auf die Rechtmässigkeit der erfolgten Observation per se. Durch eine solche Berichterstattung gerät indes leicht in Vergessenheit, dass eine Observation von Geschädigten durch private Versicherungsgesellschaften immer den Schutz der informationellen Privatheit der versicherten Personen gemäss Art. 28 ZGB tangiert<sup>2</sup>. Nebst der erwähnten personenrechtsbezogenen Gesetzesbestimmung des Zivilgesetzbuches sind indes auch weitere Gesetzesbestimmungen betroffen, so etwa solche des Datenschutzgesetzes sowie zivilprozessuale und auch strafrechtliche Normen. Der folgende Beitrag beschränkt sich auf die Problematik der Observationen von Geschädigten durch private Versicherungsgesellschaften. Es werden diverse Punkte beleuchtet, welche in der Praxis stets zu Diskussionen Anlass geben, sobald eine Observation stattgefunden hat. Dabei folgt nach einer kurzen rechtstheoretischen Einführung die Besprechung eines konkreten Falles, welcher das Bundesgericht sowohl im Haftpflichtrecht wie auch im Persönlichkeitsrecht beschäftigt hat.

## I. Observationen als Eingriffe in die rechtlich geschützte Persönlichkeit

Die im Auftrage von privaten Versicherungsgesellschaften durchgeführten Observationen durch Privatdetektive haben stets das Ziel, potentielle Versicherungsbetrüger zu entlarven, indem nach Tatsachen geforscht wird, welche eine missbräuchliche oder betrügerische Beanspruchung von Versicherungsleistungen beweisen sollen. Die von den Privatdetektiven im Rahmen der Observationen getätigten Beobachtungen werden dabei in Form von schriftlichen Berichten, Fotografien und Filmaufnahmen für den Auftraggeber festgehalten. Jede einzelne durchgeführte Observation ist per se ein widerrechtlicher Eingriff in die rechtlich geschützte Persönlichkeit des Observierten, sofern der Geheim- oder der Privatbereich der observierten Person betroffen ist<sup>3</sup>. Angesichts des von Lehre

<sup>1</sup> Siehe zum Beispiel NZZ vom 4. Mai 2010, «Simulieren kann Betrug sein», betreffend BGE 6B.46/2010 vom 19. April 2010, sowie NZZ vom 10. September 2010, «Detektive von Versicherungen», betreffend BGE 5A.57/2010 vom 2. Juli 2010. Die von der Versicherungswirtschaft jeweils gemachten Angaben betreffend Missbrauchsquote lässt sich mangels zuverlässigem Datenmaterial nicht verifizieren.

<sup>2</sup> Siehe hierzu AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Grenzen bei der Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation, in: Riemer-Kafka (Hrsg.), Versicherungsmissbrauch, Zürich/Basel/Genf 2010, 18.

<sup>3</sup> Siehe zu den einzelnen geschützten Bereichen des Persönlichkeitsrechts Näheres bei AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 2), 20 ff.

und Rechtsprechung anerkannten Persönlichkeitsrechts am eigenen Bild stellt aber auch eine fotografische oder filmische Aufnahme eine Persönlichkeitsverletzung dar, wenn diese auf öffentlichem Grund vorgenommen worden ist<sup>4</sup>. Eine solche widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung kann lediglich durch einen im Zivilgesetzbuch (ZGB) oder im Datenschutzgesetz (DSG) erwähnten Rechtfertigungsgrund gerechtfertigt werden.

## II. Rechtfertigungsgründe für einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte

### A. Grundsatz

Ein grundsätzlich widerrechtlicher Eingriff in die Persönlichkeitsrechte kann gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB nur durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse sowie durch Gesetz gerechtfertigt werden<sup>5</sup>. Dieselben Rechtfertigungsgründe finden sich in Art. 13 Abs. 1 DSG. Nachdem eine freiwillige Einwilligung<sup>6</sup> einer observierten Person offensichtlich ausser Diskussion steht und eine gesetzliche Grundlage hierzulande für die Rechtfertigung einer Observation von Geschädigten durch eine private Versicherungsgesellschaft nicht vorliegt, kommt in praxi als anwendbarer Rechtfertigungsgrund lediglich ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse in Frage.

### B. Überwiegende öffentliche oder private Interessen

Im Urteil BGE 5A.57/2010 vom 2. Juli 2010 fasst das oberste Gericht die Rechtsprechung zusammen, wonach eine Persönlichkeitsverletzung durch privatdetektivische Observation der versicherten Person im überwiegenden privaten und öffentlichen Interesse liegen könne. Bei der nach richterlichem Ermessen vorzunehmenden Interessenabwägung zwischen den Interessen der Versicherungsträger an einer wirksamen Missbrauchsbekämpfung und dem Interesse des von der Observation Betroffenen auf Unversehrtheit seiner Persönlichkeit verweist das Bundesgericht seit dem Urteil BGE 5C.187/1997 vom 18. Dezember 1997 unter

<sup>4</sup> So AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 2), 26.

<sup>5</sup> Siehe hierzu u.a. BGE 5A.57/2010 vom 2. Juli 2010 E. 2.2.3.

<sup>6</sup> Zu dieser Problematik siehe HAAS, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Diss. Luzern 2007.

anderem auch auf eine nicht näher begründete Mitwirkungspflicht des Versicherten bei der Abklärung des Gesundheitszustandes. Auch im neusten Urteil BGE 5A.57/2010 vom 2. Juli 2010 verweist das Bundesgericht in den Erwägungen 2.2.3 sowie 4.4. auf eine Mitwirkungspflicht bei der Abklärung des Gesundheitszustandes des Versicherten.

Die Mitwirkungspflicht eines Versicherten bei der Abklärung des Gesundheitszustandes ist lediglich im Bundessozialversicherungsrecht in Art. 43 und 44 ATSG ausdrücklich geregelt<sup>7</sup>. Somit kann die Verletzung dieser Mitwirkungspflicht lediglich im Bundessozialversicherungsrecht zu rechtlichen Konsequenzen führen. Demgegenüber ist prima vista jedenfalls nicht ersichtlich, auf welche gesetzlichen Bestimmungen des Bundesrechts das Bundesgericht die in den oben erwähnten Erwägungen aufgeführte sogenannte Mitwirkungspflicht des Versicherten abstützen gedenkt. Das Bundesgericht unterlässt es jedenfalls, in den Erwägungen einen entsprechenden Verweis auf die massgebenden gesetzlichen Bestimmungen anzubringen, weshalb die bundesgerichtlichen Ausführungen nicht nachvollziehbar sind. Das Bundesgericht beschränkt sich darauf, festzustellen, dass «der Beschwerdeführer seiner Mitwirkungspflicht im Rahmen einer objektiv gebotenen Abklärung seines Gesundheitszustandes nicht genügt» habe. Angesichts der Tatsache jedoch, dass im konkreten Fall der Geschädigte eine ausservertragliche Haftung gestützt auf die massgebenden Haftungsbestimmungen des Strassenverkehrsgesetzes (SVG) geltend machte, bleibt der entsprechende Hinweis des Bundesgerichtes auf eine angebliche Mitwirkungspflicht des Versicherten nicht nachvollziehbar. Dies, zumal im Rahmen einer ausservertraglichen Haftung gemäss SVG keine gesetzlich verankerte Mitwirkungspflicht des Geschädigten gegenüber dem Haftpflichtigen oder dessen Motorfahrzeughaftpflichtversicherung besteht. Will ein Geschädigter gestützt auf das SVG Haftpflichtansprüche geltend machen, ist er betreffend die den Haftpflichtanspruch begründenden Tatsachen beweispflichtig im Sinne von Art. 8 ZGB. Eine Mitwirkungspflicht gegenüber dem Schädiger oder seiner Haftpflichtversicherung wird in den massgebenden gesetzlichen Bestimmungen nirgends statuiert. Somit darf sie bei einer Interessenabwägung auch keine Rolle spielen.

### C. Objektive Gebotenheit der Observation

Im Zusammenhang mit dem privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz erfordert die Durchführung einer Observation gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung als

<sup>7</sup> Zu den einzelnen Auswirkungen der Verletzung der Mitwirkungspflicht Näheres ATSG-KIESER, Art. 43 ATSG N 47 ff.

Grundvoraussetzung zunächst das Vorliegen von konkreten Anhaltspunkten, die Zweifel an den durch den Versicherten geäußerten gesundheitlichen Beschwerden aufkommen lassen<sup>8</sup>. In concreto können dies ein widersprüchliches Verhalten des Versicherten, eine massive Aggravation, eine Simulation oder eine Selbstschädigung oder ähnliche Sachverhalte sein. Nur bei Vorliegen eines solchen Anhaltspunktes ist eine Observation objektiv geboten. Das Bundesgericht bezeichnet in seiner Rechtsprechung diese objektive Gebotenheit der Observation als ein wichtiges Element der Interessenabwägung im Persönlichkeitsschutz<sup>9</sup>. Soweit ersichtlich wurde in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes die objektive Gebotenheit der Observation stets bejaht. Offenbar setzt das Bundesgericht die primäre Hürde für eine Observation sehr tief an, was zu bedauern ist. Allzu leicht geht dabei offensichtlich vergessen, dass jede erfolgte Observation grundsätzlich widerrechtlich ist. Es ist zu fordern, dass das Bundesgericht bei der Beurteilung der objektiven Gebotenheit einer Observation vor allem betreffend dem Vorliegen von konkreten Anhaltspunkten einen strengeren Massstab setze als bisher. In rechtsstaatlicher Hinsicht ist nicht zu akzeptieren, dass im Gegensatz zum Vorliegen eines Anfangsverdachts im Strafrecht für die Einleitung eines Strafverfahrens wegen Versicherungsbetruges im Privatrecht eine sehr tiefe Hürde vorliegt bei der Beurteilung des Vorliegens eines konkreten Anhaltspunktes für eine Observation.

Im hier zu besprechenden konkreten Fall<sup>10</sup> stellte das Bundesgericht in diesem Zusammenhang fest, dass es genügt habe, dass die die Observation anordnenden Versicherungsverantwortlichen unter Hinweis auf den ersten vom Geschädigten angestregten Haftpflichtprozess<sup>11</sup> lediglich behauptet haben, es bestünden konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an den behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigungen aufkommen liessen. Das zweite haftpflichtrechtliche Urteil des Bundesgerichtes<sup>12</sup> betreffend den gleichen Fall habe denn auch bestätigt, dass begründeter Anlass zur Observation bestanden habe, zumal das widersprüchliche Aussageverhalten des Beschwerdeführers im Rahmen der Parteibefragung nicht als unfallbedingt habe gelten können sowie dessen Vorbringen sowohl bezüglich

<sup>8</sup> Zu den einzelnen Voraussetzungen einer Observation siehe Näheres bei MEIER/STAEGER, *La surveillance des assurés (assurances sociales et assurances privées) état des lieux*, in: Jusletter 14. Dezember 2009. Siehe hierzu auch DETTWILER/HARDEGGER, *Zulässige Video-Überwachung von SUVA-Versicherten*, HAVE 3/2003, 246 ff.

<sup>9</sup> Zuletzt in BGE 5A.57/2010 vom 2. Juli 2010 E. 4.2.1 sowie E. 4.4.

<sup>10</sup> Siehe weiter unter III. C.

<sup>11</sup> Siehe BGE 4C.166/2006 vom 25. August 2006.

<sup>12</sup> BGE 4A.23/2010 vom 12. April 2010.

der vor dem Unfall verrichteten als auch der danach noch möglichen Hausarbeiten als unglaubwürdig haben betrachtet werden dürfen<sup>13</sup>.

### III. Beweisrechtlicher Stellenwert von Observationen

#### A. Problemstellung

Die weitaus meisten Observationen durch private Versicherungsgesellschaften erfolgen vorprozessual. Zum einen erfolgen solche, sobald ein Geschädigter im Rahmen vorprozessualer Vergleichsgespräche finanzielle Forderungen an eine Haftpflichtversicherung stellt, zum anderen, wenn eine Haftpflichtversicherung gestützt auf die bereits bei ihr vorhandenen medizinischen Unterlagen Anhaltspunkte festgestellt haben will, welche eine Observation als geboten erscheinen lassen sollen. In einzelnen Fällen wurden auch Observationen im Rahmen eines bereits hängigen Prozesses durchgeführt.

#### B. Vorprozessuale Observationen

Solange von den privaten Versicherungsgesellschaften veranlasste Filmaufnahmen nicht in einem formellen Zivilprozess verwendet werden, hat sich deren Verwendung gegenüber den Geschädigten sowie gegenüber anderen Versicherungsträgern nach Massgabe des Datenschutzgesetzes zu richten. In praxi werden indes zumeist Filmaufnahmen erst dann gegenüber einem Geschädigten offen gelegt, sobald dieser gestützt auf Art. 8 DSG von sich aus ein integrales Akteneinsichtsrecht geltend macht oder aber finanzielle Forderungen gegenüber einer Haftpflichtversicherung stellt. Die Haftpflichtversicherungen verwenden sodann die Filmaufnahmen, um bereits im Rahmen von laufenden aussergerichtlichen Vergleichsgesprächen die vom Geschädigten gestellten finanziellen Forderungen so stark wie möglich nach unten zu drücken oder gar vollends abzuwehren. Im Stadium der aussergerichtlichen Vergleichsgespräche muss somit der Geschädigte respektive sein Rechtsvertreter abzuschätzen wissen, inwiefern die vorliegenden Filmaufnahmen rechtmässig durchgeführt worden sind und inwiefern den Filmaufnahmen in einem allenfalls nachfolgenden Haftpflichtprozess voller Beweiswert durch die erstinstanzlichen Sachrichter zuerkannt wird. Will ein

<sup>13</sup> Im entsprechenden Urteil 4C.166/2006 vom 25 August 2006 hatte sich das Bundesgericht eingehend zur Behauptungs- und Substanziierungspflicht betreffend der Geltendmachung eines Haushaltschadens geäussert. Das Bundesgericht wies die Klage ab.

Geschädigter die Filmaufnahmen vor Einleitung eines Haftpflichtprozesses auf ihre Rechtmässigkeit hin gerichtlich überprüfen lassen, bleibt ihm wohl nur die Möglichkeit einer Klageerhebung gestützt auf Art. 28 ZGB. Ein solches Vorgehen verzögert indes um diverse Jahre die Einleitung eines Haftpflichtprozesses, was für einen Geschädigten unter Umständen nicht zumutbar ist. Deshalb sind die erstinstanzlichen Gerichte gehalten, bei Einleitung eines Haftpflichtprozesses im Rahmen der zu erlassenden Beweisverfügung gemäss Art. 154 ZPO über die grundsätzliche Rechtmässigkeit der erfolgten Filmaufnahmen vorab zu entscheiden. Eine solche Beweisverfügung wird indes ohnehin erst nach Rechtshängigkeit der Klage durch den erstinstanzlichen Sachrichter erlassen, weshalb ein Geschädigter sich angesichts des hohen Kostenrisikos durch Einleitung eines Haftpflichtprozesses vor einer sehr schwierigen Entscheidung befindet.

In praxi kann man sich in letzter Zeit nicht des Eindrucks erwehren, dass Haftpflichtversicherungen bei gewissen Beschwerdebildern und bei Vorliegen von hohen finanziellen Forderungen im Rahmen von aussergerichtlichen Vergleichsgesprächen sich systematisch der vorprozessualen Observation der Geschädigten durch Privatdetektive bedienen, mit dem einzigen Ziel, die Geschädigten von einem prozessualen Vorgehen abzuschrecken<sup>14</sup>. In rechtsstaatlicher Hinsicht ist eine solche Entwicklung nicht zu akzeptieren. Auch unter dem Aspekt einer wirksamen Bekämpfung des Versicherungsmissbrauches zulasten der Versicherungsgemeinschaft – wie vom Bundesgericht in seiner Rechtsprechung stets betont wird – darf es nicht sein, dass zulasten der Geschädigten stets neue Hürden aufgestellt werden bei der prozessualen Durchsetzung ihrer Haftpflichtansprüche.

### **C. Observationen im Rahmen eines Prozesses am Beispiel von BGE 4A.23/2010 vom 12. April 2010**

#### **1. Urteil der ersten kantonalen Instanz**

Im konkreten Fall wurde am 25. September 2006 durch den Geschädigten beim erstinstanzlichen Gericht eine haftpflichtrechtliche Klage eingereicht. Eine der vier Beklagten beauftragte daraufhin eine private Überwachungsfirma mit der Observation des Geschädigten. Die Partei reichte danach die Videoaufnahmen dem Gericht ein.

Die erstinstanzliche Abteilung des Kantonsgerichtes Zug ging unter Erwägung 3.4.2 mit keinem einzigen Wort auf die grundsätzliche Zulässigkeit der Video-

<sup>14</sup> Der SVV hat bis dato keine Zahlen zu den bereits durchgeführten und noch laufenden Observationen veröffentlicht. Es ist indes zu fordern, dass diesbezüglich endlich Transparenz geschaffen wird.

aufnahmen im Prozess per se ein. Mithin wurde im Rahmen der Beweiswürdigung durch das Gericht nicht einmal überprüft, ob die Videoaufnahmen gestützt auf die Vorgaben des Bundesgerichtes zur Zulässigkeit von Videoaufnahmen im Rahmen einer Observation erfolgt waren oder auch nicht<sup>15</sup>. Jedenfalls finden sich in der Urteilsbegründung keine Ausführungen hierzu. Das Gericht hat diesbezüglich lediglich ausgeführt, dass Berichte und Videoaufnahmen, welche durch private Haftpflichtversicherer erstellt werden, im Zivilprozess als Beweismittel zugelassen sind. Gestützt auf das Aussageverhalten des Geschädigten im Rahmen der durchgeführten Parteibefragung sowie vor allem gestützt auf die Videoaufnahmen hielt das Gericht Folgendes fest: «Andererseits ist zwar eine gesundheitliche Beeinträchtigung beim Kläger gegeben; diese ist, wie der DVD sowie dem Bericht der XY zu entnehmen ist, jedoch nicht derart gravierend, dass er die vor dem Unfall allenfalls angefallenen Haushaltsarbeiten nicht nach wie vor ausführen könnte.» Mithin erfolgte eine Beweiswürdigung im Ergebnis praktisch ausschliesslich auf die detektivlich durchgeführten Videoaufnahmen, ohne dass die vom Kläger beantragte medizinische Expertise zur Einschränkung im Haushalt eingeholt worden wäre.

Der Sachrichter ist jedoch verpflichtet, die von einer Partei im Prozess eingebrachten Beweismittel auch auf ihre Zulässigkeit hin zu überprüfen. Der Kläger hatte denn auch vor erster Instanz geltend machen lassen, dass die Videoaufnahmen im Zivilprozess per se unzulässig seien, da diese als Beweismittel in der betreffenden kantonalen Prozessordnung nicht vorgesehen seien. Alle Instanzen schützten in der Folge jedoch die Ausführungen des erstinstanzlichen Sachgerichtes, wonach die Einbringung der Videoaufnahmen im Prozess per se gestützt auf den fehlenden *numerus clausus* der Beweismittel zulässig sei.

Es kann gestützt auf die entsprechenden Ausführungen des Gerichtes in der Urteilsbegründung angenommen werden, dass die private Versicherungsgesellschaft den Auftrag zur Observation erst *nach* Rechtshängigkeit der Klage erteilt hat, zumal die Videoaufnahmen am 6./17./18. und 26. Oktober 2006 erstellt wurden, mithin nur wenige Tage nach Einreichen der Klage beim Gericht. Ein solches Vorgehen erheischt bereits in prozessualer Hinsicht die Beantwortung einiger Fragen, welche sich die erstinstanzlichen Richter *nicht* gestellt haben. So stellt sich zum Beispiel die berechnete Frage, ob angesichts des auch im Prozess geltenden Grundsatzes des Verhaltens nach Treu und Glauben eine solche Observation im Rahmen des bereits hängigen Prozesses zulässig war.

Aus der Urteilsbegründung ist zudem zu schliessen, dass die Richter die DVD wahrscheinlich angeschaut haben. Ob dies aber wirklich der Fall war, geht aus

<sup>15</sup> Siehe hierzu grundsätzlich vorne unter II. C.



der Urteilsbegründung nicht *expressis verbis* hervor. Ist nun davon auszugehen, dass nur der Vorsitzende der entsprechenden Abteilung die DVD angesehen hat? Haben alle Kantonsrichter als Spruchkörper die DVD angesehen? Wenn ja, haben sie diese nacheinander oder gemeinsam angesehen? In welcher Form wurde die DVD angeschaut? Wurde die ganze DVD angesehen oder nur Ausschnitte davon? Wurde über die Visionierung der DVD durch die Richter ein Protokoll erstellt?

Diese und weitere interessierende prozessuale Fragen werden im Urteil weder aufgeworfen, geschweige denn beantwortet. Selbstverständlich wären diese Fragen nach der Zuger ZPO zu beantworten gewesen.

## **2. Urteil der zweiten kantonalen Instanz**

Das vom Kläger angerufene Obergericht des Kantons Zug bestätigte das erstinstanzliche Urteil im Rahmen der gestellten Berufungsanträge.

## **3. Urteil des Bundesgerichtes**

Das vom Kläger letztinstanzlich mittels Beschwerde in Zivilsachen angerufene Bundesgericht schützte mit Urteil vom 12. April 2010 die beiden Vorinstanzen des Kantons Zug (BGE 4A\_23/2010 vom 12. April 2010). An dieser Stelle interessieren insbesondere die Ausführungen des obersten Gerichtes im Zusammenhang mit den erfolgten Observationen und der Beweiseinbringung der entsprechenden DVD vor Gericht. Zunächst stellte das Bundesgericht fest, dass eine willkürliche Anwendung kantonalen Prozessrechts (Art. 9 BV) nicht alleine dadurch aufgezeigt sei, dass Videoaufnahmen als Beweismittel in der kantonalen Zivilprozessordnung des Kantons Zug nicht ausdrücklich vorgesehen seien. Bei der Überprüfung der Vorinstanzen auf offensichtliche Unrichtigkeit und damit Willkür hin (BGE 132 III 209 sowie BGE 133 II 249) setzte sich auch das Bundesgericht mit den Videoaufnahmen auseinander. In diesem Zusammenhang fällt aber zunächst auf, dass aus der Begründung des bundesgerichtlichen Urteils nicht hervorgeht, in welcher Art und Weise und von welchen Bundesrichterinnen die Videoaufnahmen allenfalls angeschaut worden sind. Gemäss Art. 105 Abs. 1 BGG legt das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Somit ist eher davon auszugehen, dass das Bundesgericht die Videoaufnahmen nicht nochmals angeschaut hat.

Jedenfalls lässt sich in Erwägung 2.5.2. des bundesgerichtlichen Urteils Folgendes nachlesen: «Bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Beschwerdeführers fällt aber insbesondere ins Gewicht, dass er gemäss Bericht und Videoaufnah-

men Arbeiten verrichtete, zu denen er aufgrund der behaupteten Beeinträchtigungen nicht in der Lage wäre. Dies lässt den Beschwerdeführer unglaubwürdig erscheinen». Im Ergebnis stützte somit auch das Bundesgericht die Tatsache, dass die Vorinstanzen das vom Geschädigten beantragte medizinische Gutachten zur Frage der Einschränkung im Haushalt nicht durchführen liessen und lediglich gestützt auf die Prozessakten, die Parteibefragung des Klägers sowie den Bericht und die DVD des Detektivbüros die Klage in erster und zweiter Instanz abgewiesen hatten. Bedenklich ist bei diesem Fall vor allem, dass die mit voller Kognition ausgestatteten erst- und zweitinstanzlichen Richter im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung<sup>16</sup> den Beweisantrag des Klägers auf Einholen eines medizinischen Gutachtens zur Frage der Einschränkung im Haushalt abgelehnt hatten. Dieses Vorgehen wurde von den Bundesrichterinnen leider vollumfänglich geschützt.

#### **D. Filmaufnahmen als Urkunden gemäss der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung**

Filmaufnahmen von Privatdetektiven können grundsätzlich von einer privaten Versicherungsgesellschaft im Rahmen eines Zivilprozesses als Urkundenbeweis gestützt auf Art. 177 ZPO direkt mit der Rechtschrift eingereicht werden. Die ZPO statuiert dabei – mit Ausnahme von Art. 179 ZPO – keine festen Regeln über den Beweiswert von Urkunden. Vielmehr ergibt sich dieser jeweils aus der freien Beweiswürdigung gestützt auf Art. 157 ZPO<sup>17</sup>. Somit hat das Gericht auch Filmaufnahmen von Privatdetektiven einer freien Beweiswürdigung zu unterziehen. Freilich findet sich in der ZPO erstaunlicherweise keine Bestimmung, welche festlegt, unter welchen Bedingungen das Gericht die Filmaufnahmen anzuschauen und danach zu würdigen hat. Auch in technischer Hinsicht findet sich in der ZPO – trotz des ausdrücklichen Hinweises in Art. 177 ZPO auf Filme als Urkunden – keine explizite Bestimmung über die Durchführung der Visionierung von Filmaufnahmen durch das Gericht. Diese Unterlassung durch den Gesetzgeber wirft in praxi diverse Fragen auf: Die von einer privaten Versicherungsgesellschaft als Urkundenbeweis eingereichten Filme müssen vom Gericht im Rahmen der Beweisverfügung gemäss Art. 154 ZPO als Beweismittel zugelassen werden. Eine solche Zulassung setzt indes selbstverständlich voraus, dass das Gericht sich diesbezüglich mit der (Vor-) Frage zu befassen hat, ob die Filmaufnahmen unter Beachtung der Voraussetzungen gemäss höchstrichterlicher

<sup>16</sup> Siehe zur bundesrechtlichen Zulässigkeit der antizipierten Beweiswürdigung BGE 130 III 591 sowie BGE 134 I 140.

<sup>17</sup> Siehe hierzu BSK ZPO-DOLGE, Art. 178 ZPO N 11.

Rechtsprechung zustande gekommen sind, mithin nicht rechtswidrig erlangt worden sind im Sinne von Art. 152 Abs. 2 ZPO. Gemäss Art. 152 Abs. 2 ZPO werden rechtswidrig beschaffte Beweismittel denn auch nur berücksichtigt, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Dabei hat der Richter eine Interessenabwägung vorzunehmen<sup>18</sup>. Somit hat der Richter bei der Beurteilung der beweisrechtlichen Zulässigkeit von durch Privatdetektive erstellten Filmaufnahmen zunächst die grundsätzliche Zulässigkeit der erfolgten Filmaufnahmen anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu überprüfen. Dies bedingt unseres Erachtens, dass auch die nach der Beweiswürdigung zu erfolgende Beweisabnahme gestützt auf Art. 155 Abs. 2 ZPO durch den gesamten Spruchkörper des Gerichtes zu erfolgen hat. Der Rechtsvertreter einer geschädigten Person tut mithin gut daran, im Prozess gestützt auf Art. 155 Abs. 2 ZPO stets eine Beweisabnahme durch das urteilende Gericht zu verlangen. Gleichzeitig ist darauf zu achten, dass die geschädigte Person sowie der Rechtsvertreter an der Beweisabnahme teilzunehmen haben gemäss Art. 155 Abs. 3 ZPO. Dies bedingt indes, dass die Filmaufnahmen durch das urteilende Gericht in Anwesenheit der geschädigten Person und ihres Rechtsvertreters visioniert werden müssen. Hierzu sind vom Gericht die entsprechenden technischen Mittel bereit zu stellen. Im Gerichtssaal sind sodann in Anwesenheit der Parteien und der Rechtsvertreter die Filmaufnahmen zu visionieren. Dabei ist zu gewährleisten, dass alle Anwesenden die Filmaufnahmen gleichzeitig visionieren können. Der geschädigten Person ist nach erfolgter Visionierung Gelegenheit einzuräumen, zum Inhalt der Filmaufnahmen Stellung zu nehmen. Die Stellungnahme ist zu protokollieren (Art. 235 ZPO).

#### **IV. Klage nach Art. 28 ZGB am Beispiel von BGE 5A.57/2010 vom 2. Juli 2010**

##### **A. Ausgangslage**

Der in BGE 4A.23/2010 vom 12. April 2010 letztinstanzlich vom Bundesgericht behandelte Haftpflichtfall wurde – wie bereits oben dargelegt – vorwiegend gestützt auf Videoaufnahmen zulasten des Geschädigten entschieden. Die nur wenige Tage nach Einreichung der Klage beim erstinstanzlichen Kantonsgericht Zug durchgeführten Observationen des Geschädigten mit Videoaufnahmen veranlassten den Kläger sowie seine ebenfalls gefilmte Ehefrau zu einer Klage nach

<sup>18</sup> Siehe hierzu BSK ZPO-GUYAN, Art. 152 ZPO N 10.

Art. 28 ZGB gegen diverse Verantwortliche einer privatrechtlichen Versicherungsgesellschaft, gegen den Rechtsvertreter der Versicherungsgesellschaft sowie gegen die den Observierungsauftrag ausführenden Privatdetektive.

## **B. Urteile der kantonalen Instanzen**

Sowohl das erstinstanzliche Kantonsgericht Zug wie auch – auf Berufung des Geschädigten und seiner Ehefrau hin – das Obergericht des Kantons Zug wiesen mit Urteil vom 22. April 2009 und mit Urteil vom 24. November 2009 die Klage ab.

## **C. Urteil des Bundesgerichtes 5A.57/2010 vom 2. Juli 2010**

Die zweite zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes urteilte in 5er Besetzung und wies mit Urteil vom 2. Juli 2010 sowohl die Beschwerde des Geschädigten wie auch die Beschwerde der ebenfalls gefilmten Ehefrau des Geschädigten ab. Dabei stellte das Bundesgericht in tatsächlicher Hinsicht gestützt auf Art. 105 Abs. 1 BGG auf den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt ab. In diesem Zusammenhang interessiert an dieser Stelle, wie das Bundesgericht die Videoaufnahmen gewürdigt hat.

Aus Ziffer 3.2 der bundesgerichtlichen Erwägungen geht nicht hervor, dass die Bundesrichter die Videoaufnahmen angeschaut haben. Im Gegenteil verweist das Bundesgericht zufolge der Bindung des Bundesgerichtes an die Tatsachenfeststellung der Vorinstanz diesbezüglich lediglich auf die entsprechende Erwägung der Vorinstanz betreffend Inhalt der Videoaufnahmen. Das Bundesgericht verweist zudem auf den im gleichen Fall bereits geführten Haftpflichtprozess, nach welchem in tatsächlicher Hinsicht feststehe, wonach die Videoaufnahmen und der dazugehörige Überwachungsbericht belegen, wie der Beschwerdeführer ohne grössere Bewegungseinschränkungen Lasten tragen, Einkaufen, Staubsaugen sowie Auto waschen und polieren könne (siehe hierzu Urteil des Bundesgerichtes 4A.23/2010 vom 12. April 2010). Diesbezüglich ist zu bemerken, dass das Bundesgericht bei der Würdigung der Videoaufnahmen auf die entsprechenden tatsächlichen Feststellungen im erwähnten separaten rechtskräftig beurteilten Haftpflichtprozess verweist. Es ist jedoch fraglich, ob solche Tatsachen, welche in einem separaten Haftpflichtprozess festgestellt wurden, auch wirklich in einem nachträglich stattfindenden Prozess wegen Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB massgeblich und für den Richter bindend sind.

Gemäss Art. 105 Abs. 1 BGG ist der von der Vorinstanz festgestellte Sachverhalt für das Bundesgericht bindend, sodass das Bundesgericht die Frage gar nicht zu erläutern brauchte, inwiefern in beweisrechtlicher Hinsicht die gemachten Videoaufnahmen tatsächlich dazu beitragen konnten, in medizinischer Hinsicht den Sachverhalt zu klären. Die alleinige Tatsache jedoch, dass der Beschwerdeführer offenbar – gemäss richterlicher Beweiswürdigung – ohne grössere Bewegungseinschränkungen Lasten tragen, Einkaufen, Staubsaugen sowie Auto waschen und polieren soll gekonnt haben, kann unseres Erachtens jedoch nicht vergessen machen, dass der Beschwerdeführer anlässlich des Unfallereignisses vom 28. Oktober 2001 schwere Kopfverletzungen erlitt, zufolge welchen er von den zuständigen Sozialversicherungsträgern zu 100% invalid im Erwerb eingestuft worden ist. Die den Beschwerdeführer nach dem Unfall behandelnden Ärzte diagnostizierten eine «Os frontale Impressionsfraktur rechts mit Zweitfraktur Os parietate rechts, subduralem Hämatom, kleinen intrazerebralen Kontusionsblutungen und Seitenvertikelkompression rechts.» Der Beschwerdeführer war denn auch in komatösem Zustand ins Spital eingeliefert worden. Es liegen hirnganische Schädigungen vor.

Dieser Fall zeigt in geradezu eindrücklicher Art und Weise auf, wie Videoaufnahmen bei Geschädigten mit äusserlich nicht unmittelbar sichtbaren Unfallfolgen (Hirnschädigungen, psychische Unfallfolgen, Schmerzen) nur einen eng begrenzten Beweiswert haben können. Eine geschädigte Person, welche an einer hirnganischen Schädigung leidet, kann selbstverständlich unter Umständen weiterhin – wenn auch unfallbedingt eingeschränkt – gewisse Lasten tragen, Einkaufen, Staubsaugen sowie Auto waschen und polieren. Weshalb denn sollte er dies in medizinischer Hinsicht überhaupt nicht mehr tun können? Auf Videoaufnahmen sind denn auch Schmerzen, Aufmerksamkeitsstörungen, Konzentrationsstörungen, Persönlichkeitsveränderungen, Antriebsminderungen oder Verlangsamungen bei gewissen Bewegungen nicht erkennbar. Deshalb können grundsätzlich Videoaufnahmen eine umfassende medizinische Begutachtung niemals ersetzen. Angesichts dieser unbestreitbaren Tatsache ist somit bereits das erstinstanzliche Urteil des Kantonsgerichtes Zug vom 11. August 2008 – welches letztlich betreffend der verbindlichen Tatsachenfeststellung massgeblich ist – nicht nachvollziehbar. Gestützt auf dieses nicht nachvollziehbare erstinstanzliche haftpflichtrechtliche Urteil wurden letztlich auch die Klagen gestützt auf Art. 28 ZGB von allen Instanzen abgewiesen.

## V. Verwendung des Observationsmaterials durch weitere Versicherungsträger

### A. Grundsätzliche Zulässigkeit

Das Bundesgericht hat im Urteil BGE 129 V 323 die Voraussetzungen festgelegt, unter welchen die im Auftrage von privaten Versicherungsgesellschaften erstellten Videoaufnahmen auch von involvierten Sozialversicherungsträgern verwendet werden dürfen<sup>19</sup>. In mehreren nachfolgenden Urteilen wurde diese Praxis bestätigt<sup>20</sup>. In BGE 135 I 169 hat das Bundesgericht sodann entschieden, dass im Sozialversicherungsrecht Art. 44 ATSG eine genügende gesetzliche Grundlage dafür sei, dass die Sozialversicherungsträger eigene Observationen durch Privatdetektive durchführen lassen<sup>21</sup>.

### B. Wahrung des rechtlichen Gehörs

Die einem Sozialversicherungsträger von einer privaten Versicherungsgesellschaft zugestellten Videoaufnahmen sowie die schriftlichen Berichte des Detektivbüros sind zwecks Wahrung des rechtlichen Gehörs umgehend den betroffenen Versicherten zur Stellungnahme zuzustellen. Es kann nicht sein, dass eine versicherte Person allenfalls erst im Rahmen des bestehenden Akteneinsichtsrechts nach Stellung eines Einsichtsgesuches Zugang zu diesem Beweismaterial erhält. Gegebenenfalls ist bereits im Verwaltungsverfahren des Sozialversicherungsträgers der von der privaten Versicherungsgesellschaft beauftragte Detektiv in den Schranken von Art. 14 VwVG als Zeuge zu befragen und es ist dem Geschädigten selbstredend das Recht einzuräumen, eigene Fragen an den Detektiv im Zusammenhang mit den Filmaufnahmen zu stellen<sup>22</sup>.

## VI. Fazit

Die Rechtsprechung zeigt, dass in praxi die Filmaufnahmen der von privaten Versicherungsgesellschaften beauftragten Detektive von den Gerichten bis dato stets uneingeschränkt im Prozess als Beweismittel zugelassen worden sind. Nicht

<sup>19</sup> Siehe die Besprechung dieses Urteils durch DETTWILER/HARDEGGER, (Fn. 8), 246 ff.

<sup>20</sup> So zum Beispiel in BGE 132 V 241.

<sup>21</sup> Siehe die ausführliche Besprechung dieses Urteils durch MEIER/STAEGER, (Fn. 8).

<sup>22</sup> So auch bereits MEIER/STAEGER, (Fn. 8).

nur werden die Filmaufnahmen praktisch unesehen als Beweismittel zugelassen, es wird Ihnen bei der Beweiswürdigung durch die Gerichte de facto immer – mit wenigen unbedeutenden Ausnahmen im Sozialversicherungsrecht – auch voller Beweiswert zuerkannt. Eine solche Gerichtspraxis ist nicht zu akzeptieren. Es darf nicht sein, dass das Einbringen von Filmaufnahmen als Beweismittel de facto bereits im erstinstanzlichen Prozess das Einholen einer medizinischen Expertise als Beweismittel gestützt auf Art. 183 ZPO durch das Gericht verhindert.

Die Richterinnen und Richter müssen sich stets der unbestreitbaren Tatsache bewusst sein, dass sie über kein fundiertes medizinisches Fachwissen verfügen, um gerade bei komplexen Personenschäden lediglich gestützt auf Filmaufnahmen die bei den Geschädigten bestehenden Beschwerden und Einschränkungen in somatischer und psychischer Hinsicht ohne Einholen einer medizinischen Expertise umfassend beurteilen zu können. Filmaufnahmen von privaten Versicherungsgesellschaften sind zunächst vom Gericht auf ihre rechtmässige Beschaffung im Sinne von Art. 152 Abs. 2 ZPO zu überprüfen, bevor sie im Prozess als Urkunden zugelassen werden. Sodann haben bei der Visionierung der Filmaufnahmen durch das Gericht die Parteien persönlich anwesend zu sein. Es ist ihnen in der Folge nach der Visionierung Gelegenheit zur Stellungnahme im Sinne von Art. 232 ZPO zu geben.

### Literaturverzeichnis\*

- AEBI-MÜLLER REGINA/EICKER ANDREAS/VERDE MICHEL, Grenzen bei der Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation, in: Riemer-Kafka (Hrsg.), Versicherungsmissbrauch, Zürich/Basel/Genf 2010, 13 ff.
- DETTWILER STEPHAN A./HARDEGGER ANDREAS, Zulässige Video-Überwachung von SUVA-Versicherten, HAVE 3/2003
- DOLGE ANNETTE, Art. 178 ZPO, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010 (zit. BSK ZPO-DOLGE, Art. 178 ZPO)
- GUYAN PETER, Art. 152 ZPO, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010 (zit. BSK ZPO-GUYAN, Art. 152 ZPO)
- HAAS RAPHAEL, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Diss. Luzern 2007
- KIESER UELI, ATSG-Kommentar, Zürich 2009

\* In diesem Verzeichnis sind nur jüngere Werke und Beiträge aufgeführt.

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