

Der Betrug am Sozialstaat

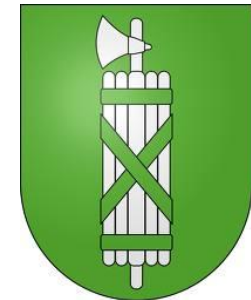
L'escroquerie au sein d'un Etat social

SKG | Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft
SSDP | Société Suisse de droit pénal
Società svizzera di diritto penale

Markus Hug



26. Mai 2011



Überblick

Überblick / Teil 1

- Einleitung
 - Allgemeine einführende Bemerkungen, inkl. zur Strafverfolgung im Kanton Zürich
 - Der „Staat“ und im Versicherungs- und Sozialhilferecht
 - „Betrug“ vs. Missbrauch
- Bemerkungen zu StGB 146
 - Tathandlung nach StGB 146
 - staatl. Organe als Beteiligte
 - Schweigen, qualifiziertes Schweigen und Unterlassen
 - Arglist nach StGB 146
 - Identität Getäuschter / Verfügender
 - Schaden

Überblick / Teil 2

- Strafprozessuale Aspekte
 - **Observationen:**
 - Observation durch Strafbehörden (Art. 282 StPO)
 - Zulässigkeit der Observationen der Leistungserbringer (BGE 135 I 169)

Allgemeine Einleitung



BMW-Fall 2007



Sozialhilfebezüger darf seinen Opel behalten

Von Herbert Rentsch. Aktualisiert um 10:32 Uhr 17 [Kommentare](#)



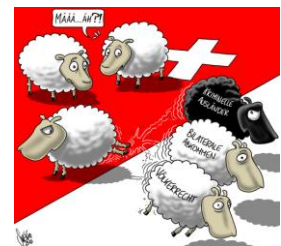
Empfehlen

Darf ein Sozialhilfebezüger ein eigenes Auto fahren? Ja, sagt das Verwaltungsgericht im Fall des arbeitslosen Ferdinand Wyder. Die Gemeinde hatte verlangt, dass er die Nummernschilder seines Opel abgibt.



„Ausschaffungsinitiative“

- Verlust Aufenthaltsrecht u.a. bei «missbräuchlichem» Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder der Sozialhilfe (Art. 123 Abs. 3 lit. b BV)
- Sachversicherungen / VVG ausgeklammert
- Rechtswidrigkeiten im Abgabebereich ausgeklammert



Auffassung eines CH-Bürgers

Eine "sozial höher gestellte" Person müsse in Thailand gewisse "Rollen und Kosten" übernehmen, ihr würden "kulturell bedingt wesentliche Kosten im Alltag" anfallen.

In Thailand könne man als Auslandschweizer nicht unter den gleichen "Bedingungen" leben wie eine einheimische Person: Diese "Stellung" bedinge oft die Übernahme "ausserordentlicher Kosten" in der Nachbarschaft

(aus: BVerwGer, Urteil C-6819/2009 vom 14. März 2011).

(finanzielle) Krisenmerkmale?

- über 40 Prozent Renten aus psychischen Gründen



- IV-Leistungen für ein Kind wegen „Störung des Sozialverhaltens mit oppositionellem, aufsässigem Verhalten“ (BGer, Urteil vom 23. November 2010, 9C_430/2010).

Können die Richter in der BVK-Affäre ohne Groll urteilen?

Von René Donzé. Aktualisiert um 04:00 Uhr

Empfehlen 1

Einmalig: Alle Zürcher Richter sind von der Korruptionsaffäre um die kantonale Pensionskasse betroffen. In den Ausstand treten wollen sie deswegen nicht.



«Kein Thema»: Richter sind nicht wütend auf den ehemaligen Anlage-Chef der BVK Daniel Gloor.
Bild: Keystone

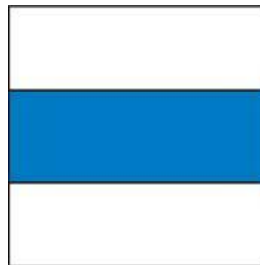
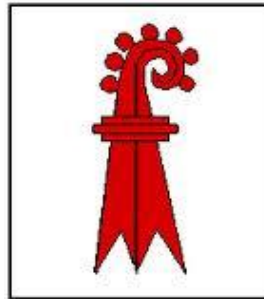
- IV-Betrug: andere Zweige meist mit betroffen
- häufige Fälle von Betrug an Arbeitslosenversicherung
- „kriminelle Organe“
- Nicht nur Leistungs-, sondern auch Abgabebetrug
- auch private Versicherungszweige betroffen



„Sonderstaatsanwalt“ ZH



„Nachahmungstäter“



Fallbeispiel „Poker-Ali“



B 400 000 Fr IV-Rente kassi... x

Blick.ch e-Paper Leserreporter Shop Login

Home » News Sport People Unterhaltung Life Au
» Schweiz Regional Ausland Wirtschaft Wetter Bilder des Tages

Sie sind hier: » Startseite » News » Schweiz » Zürich » Das Spiel ist aus, Poker-Ali!

News für **BLICK?** SMS oder **8989** MMS an **8989** ★★★★★

400 000 Fr IV-Rente kassiert und fast jede Nacht im Casino gezockt

Das Spiel ist aus, Poker-Ali!

IV-Rentner Ali U. spielt profimässig. Vor der Kamera von TeleZürich gibt er mächtig damit an. Sein Pech: Eine aufmerksame Polizistin schaut ihm zu.

Von Viktor Demmann und Sally Tenenbail | Aktualisiert um 00:10 | 20.05.2009

Betrug am Sozialstaat

Zahlen zum „Sozialstaat“

- Gesamtausgabe für Soziale Sicherheit: 144 Mrd./a im Jahr 2008, was nominal mehr als eine Verdoppelung seit 1990 darstellt
- Sozialausgaben entsprechen 26 Prozent der Wirtschaftleistung

Betrug vs. Missbrauch

Betrug vs. Missbrauch

- Deutsches Recht:
 - „Versicherungsmissbrauch“ nach StGB 265 bezieht sich auf Sachversicherungen
- StGB 159 (vgl. auch 151 und 251):
 - bezieht sich nur auf Abgabeseite
 - „für Rechnung des Arbeitnehmers“
 - fast bedeutungslos (Abgaben im Bereich der [obligat.] Sozialversicherung fallen nicht darunter)
- Art. 14 VStrR
 - Nicht anwendbar, da keine Strafverfolgung von Bundesbehörden
 - Zur Abgrenzung / betr. Strafzumessung: BGE 117 IV 153 ff.

Nebenstrafrecht

- fast alle Erlasse des Soz.ver.rechtes enthalten Strafnormen bei ungerechtfertigtem Leistungsbezug
- Beispiele: Art. 87 AHVG (auch für IV), Art. 36 ELG, Art. 105 AVIG
- explizit subsidiär zu StGB
- Täuschung muss nicht arglistig sein
- blosse Meldepflichtverletzungen teilweise seit 2008 strafbar (AHVG, ELG) als echtes Unterlassungsdel.
- Strafdrohung maximal 180 Tagessätze
- geringe Bedeutung beim missbräuchlichen Leistungsb.

Betrug nach 146 und Tathandlung

Täuschung - Tathandlung

- Problematik der Täterschaft
 - Handlungen durch Ämter, Anwälte, Ärzte
- Problematik der Anmeldung durch Dritte (von Gesetzes wegen / „Druck“), z.B. Anmeldebefugnis des Krankenversicherers: BGE 135 V 106
- Problematik der spezifischen Tathandlung
 - Anklageprinzip
- Fall nachgewiesener Täuschung angesichts des Verhaltens bei Ärzten eines Berufseinbrechers: BGE 136 IV 117 nicht publiz. E. 2.2.1

Täuschung - Meldepflichtverletzung

- Betrug durch Unterlassen möglich?
 - ja, so die herrschende Praxis und Rechtsprechung:
 - „Nichtvornahme einer geforderten Handlung“
- Wann ist eine Handlung gefordert?
 - **Garantenstellung nötig (vgl. StGB 11)**
 - muss Handlungspflicht qualifiziert sein? Verantwortlichkeit in gesteigertem Masse?
 - H.L. und BGer verlangen qualifizierte Handlungspflicht (so BGE134 IV 255, 259)
 - Wann qualifiziert?
- Beachte Entsprechungsklausel nach StGB 11 III
- fakultative (?) Strafmilderung nach StGB 11 IV

Täuschung - Meldepflichtverletzung

- CH-Praxis zum Sozialversicherungsrecht: gesetzliche Meldepflicht (wie Art. 31 ATSG) soll keine Garantenstellung begründen (vgl. BGE 131 IV 88 betr. ELG)
- CH-Praxis zum Privatversicherungsrecht: Schadensanmeldung begründet Garantenstellung
 - Unterlassene Mitteilung betr. „Wiederauffinden“ des angeblich gestohlenen Schmucks (BGer 6S.364/2005)
- Deutsche Praxis: Meldepflichtverletzung bei Sozialleistungen fast Schulbeispiel für Betrug durch Unterlassen
 - Aufklärungspflicht bei staatlichen Leistungen, deren Funktionieren potentiell auf Vertrauen beruht



Betrug nach 146 und Arglist

Arglist

- Nicht jede Täuschung ist arglistig,
 - bloss marktschreierische Behauptung, „die niemand zu glauben braucht“, genügt nicht (Emil Zürcher)
 - «legitimes Gewinnstreben durch Ausnutzung von Informationsvorsprüngen» (BGE 135 IV 79)
 - Erfordernis der **qualifizierten Täuschungshandlung**
 - Eingrenzung über die **Eigenverantwortlichkeit** des Opfers
- aber ...
 - die „Sozialindustrie“ ist kein Bazar



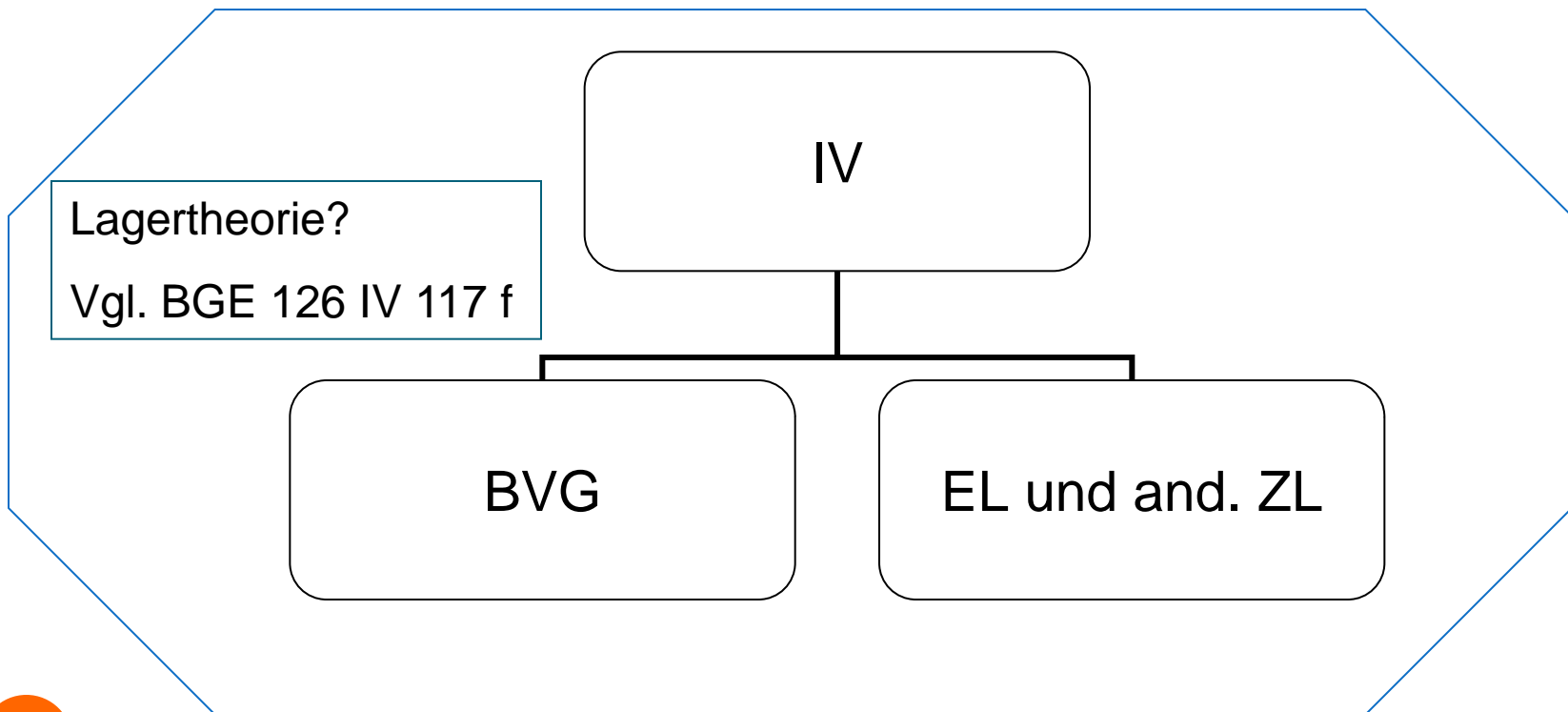
Arglist - Aktuelle Beispiele

- **Bundesgericht bejaht in 90 Prozent der Fälle im Sozialrecht die Arglist!**
- **Aktuelles Beispiel aus dem Sozialrecht (BGer v. 25.10.2010)**
 - nicht willkürlich bei eingebürgerter Person anzunehmen, Formular sei verstanden worden
 - Grenzen der Überprüfungsmöglichkeiten aufgrund der Überlastung der Ämter
 - nicht automatisch leichtfertig, wenn Steuerunterlagen und IK-Auszug nicht beigezogen werden
- **Weitere Beispiele: vorgetäuschter Tod (21.8.06); Schleudertrauma (13.7.09)**

Betrug: Irrtum und Disposition

Verhältnis Irrtum - Disposition

- Getäuschter und Verfügender müssen identisch sein
- Problematik der Bindungswirkung bei EL und BVG an Entscheide der IV



Betrug nach 146 und Schaden



Probleme beim Schadensbegriff

- Fallbeispiel:
 - X. (geb. 1965) wurden per 1.1.2007 aufgrund simulierter gesundheitlicher Beeinträchtigungen
 - von der SVA Zürich eine IV-Rente von monatlich CHF 1'500.-
 - vom Amt für Zusatzleistungen der Stadt Zürich Ergänzungsleistungen von CHF 1'000.- zugesprochen.
 - Am 1.7.2009 stellten die IV-Behörden fest, dass X. vollumfänglich gesund ist, erstatteten Strafanzeige, zahlten aber weiter, um die Untersuchung nicht zu gefährden.
 - Am 1.7.2010 wurde X. verhaftet, die gesamten Rentenleistungen von CHF 2'500.- wurden per sofort sistiert.
 - Seither wird er mit monatlich CHF 2'000.- von den Sozialen Diensten der Stadt Zürich unterstützt.

Probleme beim Schadensbegriff

? Wie hoch ist der Brutto-Schaden?

- Bezahlte Summe, bis Betrug entdeckt wurde (CHF 75'000.--)
- Bezahlte Summe, bis Rente sistiert wurde (CHF 105'000.--)
- Kumulierte Renten bis ins Alter 65 (ca. CHF 720'000.--)

? Vollendeter oder versuchter Betrug hinsichtlich des „künftigen Schadens“?

? Ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte ohne den Betrug Anspruch auf Sozialhilfe hätte?

Probleme beim Schadensbegriff

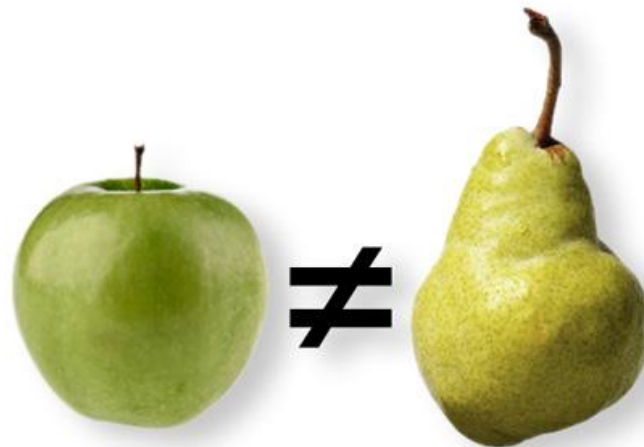
- Höhe des Schadens betr. rechtliche Qualifikation idR ohne Belang
 - Vorbehalt StGB 172ter
 - etwas anders die Rechtslage in Deutschland
- Höhe des Schadens als wichtiges Strafzumessungskriterium
- kaum Literatur und Judikatur zur Berechnung des Schadens bei künftigen periodischen Schadens vorhanden
- Vgl. immerhin BGE 100 IV 273, 277: „Die Schädigung ist mit der Unterzeichnung des Versicherungsantrages eingetreten.“

Probleme beim Schadensbegriff

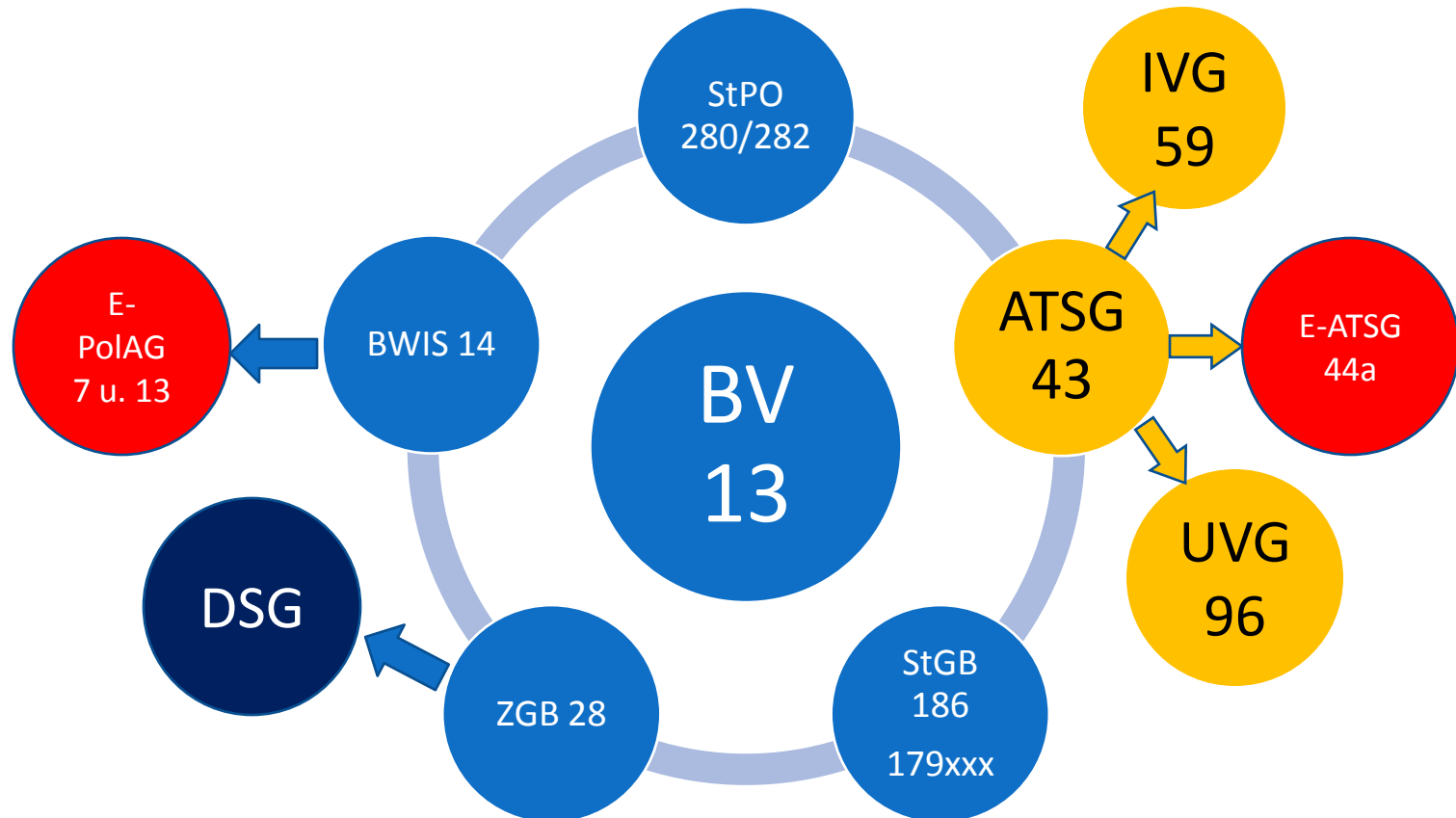
- Abzustellen ist auf die unmittelbar durch die Verfügung verursachten Vor- und Nachteile
- Im Prinzip ***Aufrechnung aller ab diesem Zeitpunkt künftig geschuldeten Leistungen***
- Insoweit: Vollendeter Betrug
- Es ist irrelevant, wenn der Betrug später entdeckt wird, aber weiter bezahlt wird.
- Aber: Aufrechnung der Leistungspflicht nicht bis zum theoretischen Endzeitpunkt, sondern bis zur nächsten ordentlichen Revision, wenn eine solche vorgesehen ist

Probleme beim Schadensbegriff

- Im Verfügungszeitpunkt besteht ***kein Anlass, mit hypothetischen Sozialhilfeleistungen zu saldieren***
- Zudem: Ohnehin keine Saldierung, wenn Vor- und Nachteile nicht die gleichen staatlichen Kassen betreffen



Observation



Observation u.ä. nach StPO

von StPO nicht erfasst

kurze Dauer / nicht systematisch / allg. zugängl. Orte



Observation nach StPO 282

systemat. / gewisse Dauer (24 h, 72 h ?) / allg. zugängliche Orte



techn. Überwachung nach StPO 280

inkl. Beobachtung (auch ohne techn. Mittel!?!) an nicht allg. zugängl. Orten

Observation

- Observationen ohne Bild- und Tonaufzeichnung an nicht allgemein zugänglichen Orten ??
 - Immer ein Fall von StGB 280, auch bei blossen Beobachtungen von Auge ?



Observation /Begriff

- Keine Legaldefinition, auch nicht in StPO 282
- Beobachten / Beschatten einer Person
 - gemäss StPO:
 - mit einer gewissen Systematik
 - von einer gewissen Dauer (24 h? 3 Tage?)
- Vielfach - **aber nicht zwingend** - begleitet durch den Einsatz audiovisueller Hilfsmittel

Überwachung durch Leistungserbringer



BGE 135 I 169 als Leading Case:
Obs. durch alle Erbringer von
Sozialversicherungsleistungen im
Prinzip zulässig
(vgl. auch BGE 129 V 323; 132 V 243)

Leading Case: BGE 135 I 169

- Observation: Anordnung wie Verwertung der Ergebnisse tangieren Schutzbereich des Grundrechts des Schutzes der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV); strittig

→ Einschränkung gemäss Art. 36 BV:

- gesetzliche Grundlage gemäss Art. 43 ATSG (fragwürdig.)
- öffentliches Interesse („erhebliches öff. Interesse“)
- Verhältnismässigkeit (meistens gegeben)
- Wahrung des Kernbereichs (gewahrt)



Nur in den Schranken von StGB 179quater
(zu undifferenziert)

„Privatüberwachung“

- **Fussballtrainer** einer U 18-Mannschaft und als Veteranenspieler als Doppeltorschütze bei Schleudertrauma (8C_806/2007)
- BGer v. 17.12.2009 betr. **Tennisspielen** in einer «öffentlichen Tennishalle» im Ausland (8C_239/2008)
- BGer v. 22.7.2010, 8C_920/2009, E 4.3: **Filmen und Fotografieren mit Lebenspartnerin auf Vorplatz seines Hauses** sowie in Räumlichkeiten der Versicherungsagentur (diverse Fragen offen gelassen)
- BGer v. 31.12.2010, 9C_80/2010: Verwendung der Ergebnisse einer Überwachung in **Mazedonien**, veranlasst vom Unfallversicherer, durch die IV.

Eigener Standpunkt

Fallbeispiel

X. bezieht eine Invalidenrente. Die IV beauftragt Privatdetektiv J.M., den Versicherten X. zu observieren. J.M. hört, X. solle auf seinem Balkon regelmässig turnen und grosse Feste feiern. J.M. könnte X. vom Boden aus filmen, hat aber vom 5. Stock des Nachbarhaus aus dem Treppenhaus bessere Sicht. J.M. filmt X. von dort aus.

Fragen

- Handelt J.M. tatbestandsmässig?
- Könnte es eine Rolle spielen, ob J.M. nur beobachtet oder auch Aufnahmen macht?
- Läge ein Rechtfertigungsgrund vor?
- Bei Bejahung der Strafbarkeit: Ergebnisse verwertbar (Vers.- und Strafverfahren)?

1. Grenze:
Hausrecht der
Zielperson nach
StGB 186

2. Grenze
durch StGB 179bis
ff. geschützte
Sphäre



Standort Beobachter

Standort Zielperson

Standort Beobachter



- Standort des Beobachters nach StGB 186 begrenzt
- Problematik des halböffentlichen Raumes (BGE 108 IV 33 problematisch)
- Bei blosser „Zweckwidrigkeit“ des A. m.E. kein HFB
- massgebend nur Hausrecht

Standort Zielperson



- Schutz der Zielperson durch StGB 179bis ff., insbes. 179quater
 - Tatsache des Geheimbereichs
 - „nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache des Privatbereichs“ ??
 - BGE 118 IV 50: Überwinden einer „rechtlich-moralischen“ Schranke bzw. der psychologischen Barriere für jeden „anständig Gesinnten“ ????
 - Beobachten oder Aufnehmen mit Aufnahmegerät
 - ➔➔ Beobachten ohne Aufnahmegerät möglich

eigene Meinung zu StGB 179 quater

- geschützt sind Geheim- und Privatbereich
- bei Aufnahmen, wo sich das Opfer in einem gegen Einblick besonders geschützter Raum befindet (anlehnend an D)

Rechtfertigungsgründe ?

- Notwehr bei Dauerleistungen?
 - Notwehrrecht des Staates?
 - Beweisnotstand?
- ➔ Bei Privatversicherer im VVG-Bereich wohl denkbar, im Übrigen problematisch
- ➔ Liegt Rechtfertigungsgrund vor, sind die Ergebnisse für öffentlich-rechtlichen Versicherungsträger verwertbar

Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise

- Zivil- und Versicherungsrecht (?) vgl. ZPO 152 Abs. 2 (Güterabwägung)
- Strafrecht:
 - StPO 141 Abs. 2 regelt nur das Beweisverwertungsverbot, wenn Strafbehörden (ev. mittelbar) Beweise rechtswidrig erhoben
 - bei Privaten? Schmid, PK, N 3 zu Art. 141: Tendenziell verwertbar (Gesetzgeber liess Frage bewusst offen)
 - Sozialvers. = Privat? (strengerer Fokus)

Zusammenfassung

- Strafverfolgung beim Sozialbetrug „lohnt“ sich nur schon aus ethisch-politischen Überlegungen
- Materiell-rechtliche Fokussierung auf StGB 146
- die Krux liegt nicht in der Arglist, sondern in der Zuordnung der Tathandlung, im Verhältnis Verfügender zum Getäuschten und bei der Berechnung des Schadens
- das Bundesgericht lässt Überwachungen durch alle Arten von Versicherungsträgern grosszügig zu, was rechtlich nicht unproblematisch, im Ergebnis aber zu begrüßen ist

Schlussbemerkung



www.tippv.de

TIPPV & Unger