



Observation

Fachverband Zusatzleistungen des Kantons Zürich
Fachtagung vom 20. Juni 2019
Gaudenz Kind



Was bisher geschah ...



- Gängige Praxis auf Grundlage Art. 28 und 43 ATSG und Art. 96 UVG bzw. Art. 59 Abs. 5 IVG
- EGMR-Urteil vom 16. Oktober 2016
- Einfrieren
- Parlament verabschiedet am 16. März 2018 eine neue gesetzliche Grundlage
- Referendumsabstimmung 25. November 2018
- Abstimmungsbeschwerde, noch hängig!
- Vernehmlassung zur Verordnung (ATSV), ergänzter Entwurf vom 7. Juni 2019
- Mögliches Inkrafttreten: 1. September 2019

Beweis im ATSG



- Für die Art der Beweismittel gibt es keine (abschliessende) Regelung im ATSG.
- Es gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 55 Abs. 1 ATSG i.V.m. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP)
 - Keine starren Beweisregeln
 - Umfassende Würdigung der Beweise, nach freier Überzeugung der RichterIn/des Richters
 - Herkunft der Beweise ist grundsätzlich irrelevant (Aber: Grenze des Eingriffs in die Grundrechte, insbesondere Art. 8 EMRK/Art.13 BV; und nicht zuletzt Art. 33 ATSG, Schweigepflicht)



Gutachten

Augenschein

Observation

Urkunden

Auskünfte
Dritter

Auskünfte

Beweismittel



AT Sozialversicherungsrecht:

- Auskünfte (Art. 43 Abs. 1 ATSG)
- Untersuchung der Person (ärztlich oder fachlich) (Art. 43 Abs. 2 ATSG)
- **Observation (Art. 43a und 43b ATSG)**
- Gutachten (Art. 44 ATSG)

Verwaltungsverfahrensgesetz (Verweis in Art. 55 Abs. 1 ATSG):

- Urkunden (Art. 12 lit. a VwVG)
- Auskünfte der Parteien (Art. 12 lit. b VwVG)
- Auskünfte (oder Zeugnis) von Drittpersonen (Art. 12 lit. c VwVG)
- Augenschein (Art. 12 lit. d VwVG)
- Gutachten von Sachverständigen (Art. 12 lit. e VwVG)

Verdacht



Der Versicherungsträger kann eine versicherte Person verdeckt observieren und dabei Bild- und Tonaufzeichnungen machen und technische Instrumente zur Standortbestimmung einsetzen, wenn

- aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist,
- dass die Person unrechtmässig Leistungen bezieht oder zu erhalten versucht, und
- die Abklärung sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden.

Art. 43a Observation

¹ 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.

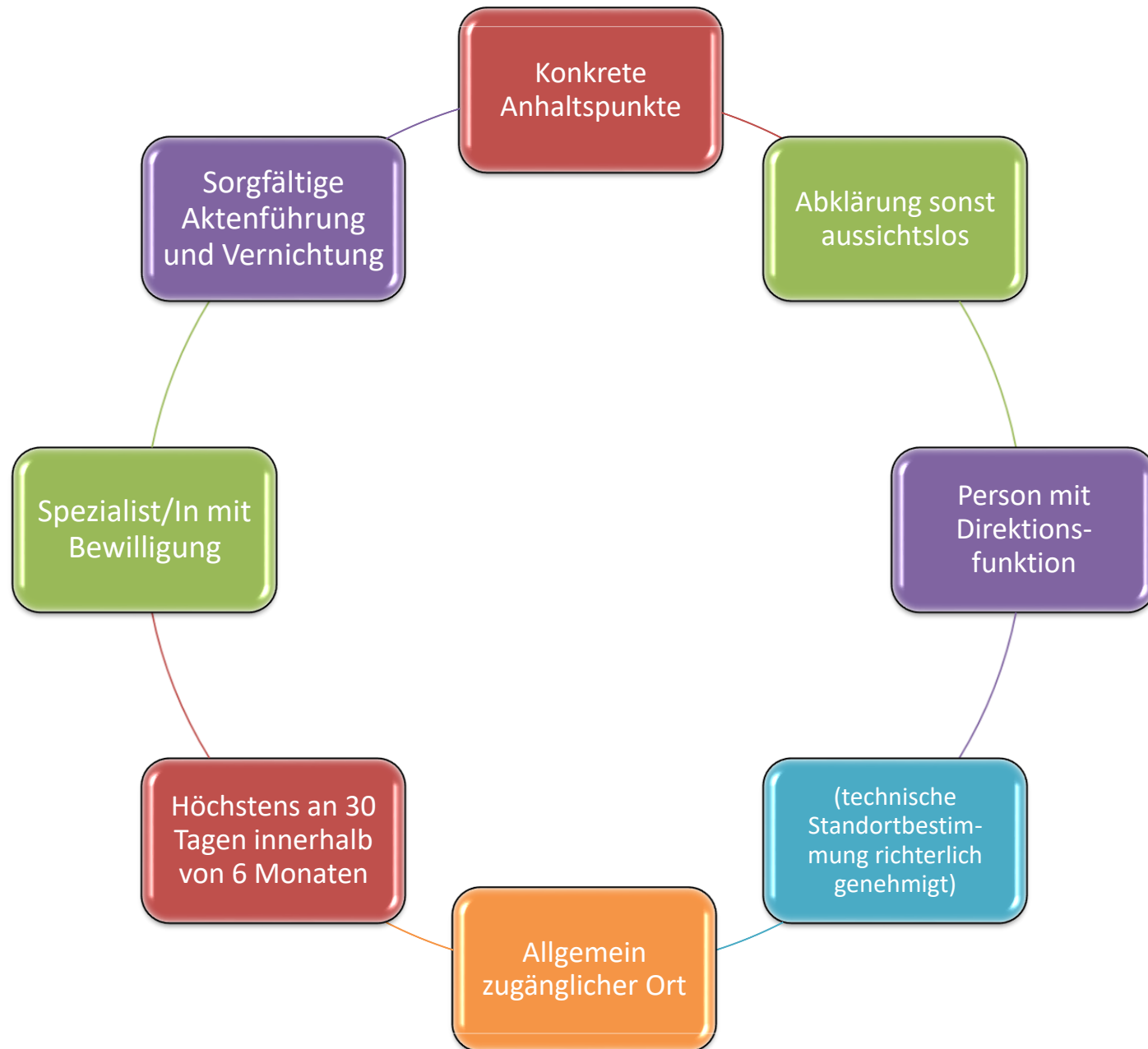
3. Abschnitt: Observation

Art. 282 Voraussetzungen

¹ Die Staatsanwaltschaft und, im Ermittlungsverfahren, die Polizei können Personen und Sachen an allgemein zugänglichen Orten verdeckt beobachten und dabei Bild- oder Tonaufzeichnungen machen, wenn:

- a. aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass Verbrechen oder Vergehen begangen worden sind; und
- b. die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden.

² Hat eine von der Polizei angeordnete Observation einen Monat gedauert, so bedarf ihre Fortsetzung der Genehmigung durch die Staatsanwaltschaft.



Phasen



- (1) Erkennen von Verdachtsfällen
- (2) Weitergehende Abklärungen bei Verdacht
- (3) Verdacht konkretisiert
- (4) Observation als ultima ratio
- (5) Prüfen einer unmittelbaren Strafanzeige



Beispiel 1 Verdacht



Verdacht, Altersrentner X halte sich mehrheitlich nicht in der Gemeinde im Kt. Zürich, sondern am Gardasee auf:

- Anonymer Hinweis mit Daten (z.B. betr. Zeiträume, oder Ort am Gardasee).
- Gemäss Dossier: In der Vergangenheit kaum bis gar keine Krankheitskosten eingereicht.

Was nicht reicht: «Sie, dieser Mann wohnt gar nicht hier, sondern in Italien.»

Beispiel 2 Verdacht



Verdacht, Altersrentnerin Y biete in ihrer Wohnung gegen Bezahlung Lebenshilfe mit Kartenlegen an, zudem gelegentlich Pediküre oder Kosmetikberatung.

Anonymer Hinweis mit

- Angabe zum Honorar,
- evtl. Beschreibung des Raumes, oder
- evtl. eine Visitenkarte, etc.

Was nicht reicht: «Das ist eine Roma, die müssen Sie einmal genauer anschauen, die 'mischelt'."»

Beispiel 3 Verdacht



Verdacht, IV-Rentnerin Z. lebe mehrheitlich bei ihrem Freund in der Ostschweiz, habe ihre Wohnung untervermietet und besitze in Frankreich ein kleines Mehrfamilienhaus, wo sie drei Wohnungen vermiete.

- Hinweis mit ungefähren Daten (z.B. Name des Freundes, Wohnort des Freundes; Adresse des Mehrfamilienhauses in Frankreich).
- Gemäss Dossier: Biografische Verbindungen zu Frankreich, Auffälligkeiten in den Kontoauszügen.

Was nicht reicht: Feststellung, dass die Dame sich ferienhalber regelmässig in Frankreich aufhält, verbunden mit dem 'gewissen Bauchgefühl' des Sachbearbeiters.

Weitergehende Abklärungen



Ultima Ratio



Auf welche Weise kann festgestellt werden, dass bei der Ausgangslage weitere Abklärungen aussichtslos sind (oder unverhältnismässig erschwert würden)?

2 theoretisch mögliche Ansätze

formulieren und kurz begründen, weshalb sie nicht weiterführen.

Bsp.:



Verdacht, Altersrentner X halte sich mehrheitlich nicht in der Gemeinde im Kt. Zürich, sondern am Gardasee auf:

- 1) Kontoauszüge Privatkonto (IBAN) über ein halbes oder ein ganzes Jahr zeigen hohe Bargeldbezüge, aber keine Bezüge im Ausland. Weiter zurückliegende Kontoauszüge sind nicht vielversprechend.
- 2) Kurzfristige Einladungen zur Vorsprache bei der Gemeinde wurden eingehalten und helfen nicht weiter.

Unrechtmässiger Bezug?



Vorläufige Schadensberechnung: Angenommen, der Verdacht lässt sich mit einer Observation erhärten und es wird unrechtmässiger Leistungsbezug festgestellt:

Wie hoch ist/wäre der Schaden effektiv?

- Schattenrechnung erstellen!
- (Schaden unter CHF 3'000 wird lediglich als Übertretung geahndet.)

Verhältnismässigkeit



Es ist eine Abwägung vorzunehmen, und diese anschliessend in einer Fallnotiz oder im Auftrag festzuhalten:

- Höhe des (wahrscheinlichen) Schadens
- Überschaubarer zeitlicher Rahmen
- Hohe Aussagekraft des Beweises
(Bild, Film, Protokoll)
- Vorerst keine Strafanzeige
- Rücksprache mit KSA?



Strafanzeige ja oder nein?



- In Zürich gilt grundsätzlich eine Anzeigepflicht (§ 167 GOG), wenn strafbare Handlungen bei Ausübung der Amtstätigkeit wahrgenommen werden.
- Strafanzeige ist allerdings grobes Geschütz, führt schnell zu Hausdurchsuchungen, Kontosperren, Einvernahmen, evtl. vorübergehende Festnahmen etc., und nicht zuletzt zu einem Medienecho.
- Strafanzeige ist aber auch möglich, ohne sie dem Leistungsbezüger unmittelbar offenzulegen... (Hinweis auf Kollusionsgefahr)



Gesetzmässige
Ausrichtung
der EL

Durchsetzung
des staatlichen
Strafanspruchs

Privatklägerschaft



Neu Art. 79 Abs. 3 ATSG (endlich!):

Der Versicherungsträger kann in Strafverfahren wegen Verletzung von Art. 148a des StGB [...] die Rechte einer Privatklägerschaft wahrnehmen.

Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl

E-8/2019/100

Geltendmachung von Rechten als Privatklägerschaft

Amt für Zusatzleistungen zur AHV/IV
in Sachen gegen [REDACTED] und [REDACTED]

Teilnahme am Verfahren als Privatklägerschaft (Art. 118 ff. StPO)

Ich will mich am Verfahren beteiligen und als Privatklägerschaft Parteirechte ausüben:

Ein **Nein** bedeutet endgültigen Verzicht (Art. 120 StPO); in diesem Fall gehen Sie bitte direkt zur Unterschrift.
Bei einem **Ja** bitten wir Sie um Beantwortung der weiteren Fragen.
Bitte beachten Sie die speziellen Erläuterungen.

Ja Nein

Bei einem Nein bitte gleich zur Unterschrift.

Ich nehme zur Kenntnis, dass mir ein Verfahrensabschluss mit Strafbefehl nicht angekündigt werden wird (Art. 318 Abs. 1 StPO). Im Strafbefehl gegen Erwachsene kann ein allfällige Anerkennung einer Zivilforderung durch die beschuldigte Person (Art. 2 StPO), im Jugendstrafverfahren kann auch ein Strafbefehl (Art. 32 Abs. 2 StPO) ausgesprochen werden (Art. 32 Abs. 2 StPO).

Es steht Ihnen...

Offerte



In Rücksprache mit der vorgesetzten Stelle eine Spezialistin oder einen Spezialisten zur Offerte einladen:

Phase 1:

- ✓ Ohne Namensnennung Zweck und Vorgehensweise einer Ermittlung besprechen (Erstberatung).
- ✓ Abwägen, was geht / was geht nicht.
- ✓ Modalitäten, evtl. Einsatz von Instrumenten zur Standortbestimmung.
- ✓ Kostenrahmen, zeitlicher Rahmen.

Phase 2:

- ❖ Ausformulieren eines Auftrages

Exkurs «Ort»:



«Die versicherte Person darf nur observiert werden, wenn sie sich an einem allgemein zugänglichen Ort befindet, oder an einem Ort befindet, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist.» (Art. 43a Abs. 4 ATSG)

Konkretisiert in Art. 7h ATSV (Entwurf):

«Als allgemein zugänglicher Ort gilt öffentlicher oder privater Grund und Boden, bei dem in der Regel geduldet wird, dass die Allgemeinheit ihn betritt.» (Abs. 1).

Exkurs «Ort»:



Fortsetzung in Art. 7h ATSV (Entwurf):

«Ein Ort gilt als NICHT von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar, wenn er zur geschützten Privatsphäre der zu observierenden Person gehört, insbesondere (Abs. 2):

- 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.»

Exkurs «Verbotene Mittel»:



Konkretisiert in Art. 7i ATSV:

- Keine Nachtsichtgeräte!
- Keine Wanzen, Richtmikrophone oder Tonverstärkungsanlagen!
- Keine Drohnen!



Exkurs «Verbotene Mittel»:



Erlaubt sind also einfache Geräte zur Bild- oder Tonaufzeichnung, welche dem menschlichen Wahrnehmungsvermögen entsprechen, d.h.

- z.B. Fotokamera, aber nicht Superteleobjektiv oder Nachtsichtgerät.
- z.B. Diktiergerät, aber nicht Richtmikrofon oder Wanzen.

Einzigste Ausnahme bilden technische Geräte zur Standortbestimmung, sog. GPS-Tracker (wie sie in der Regel an Fahrzeugen angebracht werden).

Richterliche Genehmigung



Antrag gemäss Art. 43b ATSG für technische Geräte zur Standortbestimmung:

- Ziel der Observation,
- betroffene Personen,
- vorgesehene Observationsmodalitäten,
- Begründung der Notwendigkeit und der Verhältnismässigkeit des Mittels,
- Angaben zu Beginn und Ende der Observation,
- unter Beilage der wesentlichen Akten.

Verwertbarkeit



Verwertungsverbot oder Interessenabwägung?

- Bildaufnahmen mit einer Drohne: absolutes Verwertungsverbot.
- Bild- und Tonaufnahme im nichtöffentlichen Raum, z.B. im geschlossenen Treppenhaus eines Hauses: absolutes Verwertungsverbot.
- Korrekte Observation mit gutem Ergebnis, obwohl der Anfangsverdacht nur «ziemlich» konkret war: Interessenabwägung zw. Verhinderung von Versicherungsmissbrauch gegenüber dem konkreten Eingriff in die Grundrechtsposition.

Verwertbarkeit privater Aufnahmen?



- Grundsätzliches Verwertungsverbot von rechtswidrig erlangten Beweisen!
- Rechtswidrigkeit kann sich ergeben aus Strafrecht, Persönlichkeitsrecht, Datenschutz, Verletzung von Grundrechten,...

Art. 179^{quater} StGB:

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 (auswertet oder aufbewahrt) wird auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

Schriftlicher Auftrag



1. Beauftragte Person (Bewilligung bezeichnen, mit Nummer? Mit Ablaufdatum?)
2. Zweck des Auftrages (Verdacht ausformulieren)
3. Abzuklärende Person, evtl. Zusatzperson
4. Ungefähre Schadenshöhe
5. Zeitlicher Rahmen
6. Modalitäten der Observation
7. Honorar- und Spesenvereinbarung
8. Separater Hinweis zur Schweigepflicht
9. Hinweis zur Aktenführung (sämtliches Material ist an die Auftraggeberin herauszugeben und wird zu einem späteren Zeitpunkt offengelegt).

Person mit Direktionsfunktion



Wer ist Direktor in einer politischen Gemeinde?

- Mitglied des Gemeinderates?
 - Mit «Direktionsfunktion» kann nur die Ebene unmittelbar unterhalb des Gemeinderates, also unterhalb der obersten exekutiven Ebene, gemeint sein:
- Leiterin oder Leiter der Verwaltungseinheit EL;
(evtl. verbunden mit einer Vorlage ans KSA?)

Abschluss: Information



- Spätestens vor Erlass der Verfügung über den Leistungsanspruch muss die Durchführungsstelle die betroffene Person über die erfolgte Observation informieren, nämlich über
 - Grund,
 - Art und
 - Dauer.
- Bei einer mündlichen Information im Büro, mit unmittelbarem Akteneinsichtsrecht.
- Bei einer brieflichen Information verbunden mit der Einladung zur Akteneinsicht in den Amtsräumen.
- Hinweis auf das Recht zum Bezug von (gratis) Kopien des vollständigen Observationsmaterials.

Abschluss der Observation



Jede Observation endet mit einer Verfügung!

- a) Wiedererwägung des Leistungsanspruchs, verbunden mit einer Rückerstattungsverfügung.
- b) Verfügung zur Vernichtung des Observationsmaterials (der Leistungsbezüger kann anschließend verlangen, dass das Material aus der Observation in den Akten verbleibt).

Abschluss der Observation



Mit Abschluss und Auswertung der Observation stellt sich die Frage, ob die Akten in das Dossier zu integrieren sind:

- Bestätigt die Observation den Verdacht und führt sie zu einer Änderung des Leistungsanspruchs, ist das Observationsmaterial in die Verfahrensakte einzufügen.
- Konnte die Observation den Verdacht nicht bestätigen, ist das Observationsmaterial (grundsätzlich) zu vernichten.

Vernichtung der Akten



Sämtliches gesammeltes Material muss im Falle der ergebnislosen Observation vernichtet werden.

Dass die Observation durchgeführt wurde, muss jedoch in den Akten erkennbar bleiben:

- Die Gründe für die Observation (Anhaltspunkte)
- Der schriftliche Auftrag an eine Spezialistin oder einen Spezialisten.
- Evtl. damit verbundene Verträge/Vereinbarungen, Korrespondenz.

Bestätigungsbrief: Innerhalb von 3 Monaten nach Rechtskraft der Verfügung zur Vernichtung ist die erfolgte Vernichtung dem Leistungsbezüger schriftlich zu bestätigen.



Bemerkung zur Aktenführung

Bisher: Lediglich Grundsätze in Art. 46 und 47 ATSG, (nämlich systematische Erfassung und Akteneinsicht), verbunden mit Art. 8 ATSV

Neu: Detaillierte Ausführungsbestimmungen in der ATSV, allgemeingültiger Art (nicht nur auf die Observation bezogen), insbesondere fällt auf:

- Vollständiges Aktenverzeichnis mit klaren und eindeutigen Hinweisen auf den Inhalt der Unterlagen.
- Angemessene organisatorische Massnahmen zum Schutz vor [...] unprotokollierten Veränderungen der Akten.

Fazit?



- ❖ Ein vernünftiges Instrument ist zurück, was aber mit Zurückhaltung und Umsicht einzusetzen ist.
- ❖ Sinnvollerweise sollte im Kanton Zürich ein Standard-Vertrag mit (externen) Spezialisten entwickelt werden.
- ❖ Erst die Gerichtspraxis wird zeigen, was die neue gesetzliche Grundlage wirklich taugt.
- ❖ Es wird eine vernünftige Handhabe zum Umgang mit den neuen Vorschriften der Aktenführung gefunden werden müssen.



Besten Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!