



Fall-Nr.: IV 2012/62
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 27.05.2020
Entscheiddatum: 13.04.2015

Entscheid Versicherungsgericht, 13.04.2015

Art. 43 Abs. 1 ATSG. Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes. Verwertbarkeit des Observationsmaterials bejaht. Rückweisung der Sache zur weiteren medizinischen Abklärung, namentlich zur Stellungnahme zum Observationsmaterial durch das Begutachtungsinstitut. Die IV-Stelle hat das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Verwaltungsverfahren zurecht abgelehnt (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 13. April 2015, IV 2012/62).

Entscheid Versicherungsgericht, 13.04.2015

Vizepräsident Ralph Jöhl, Versicherungsrichterinnen Monika Gehrler-Hug und Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiberin Lea Locher

Entscheid vom 13. April 2015

in Sachen

A.____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Marisa Graf, Schwager Mätzler Schneider,
Poststrasse 23, Postfach 1936, 9001 St. Gallen,

gegen

IV-Stelle des Kantons St. Gallen, Postfach 368, 9016 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,



betreffend

Rente / unentgeltliche Rechtsverteidigung im Verwaltungsverfahren

Sachverhalt:

A.

A.a A.____ meldete sich am 12. Dezember 2006 bei der IV-Stelle des Kantons St. Gallen zum Bezug von IV-Leistungen, namentlich zur Berufsberatung, Umschulung, Arbeitsvermittlung und besonderen medizinischen Eingliederungsmassnahmen, an (IV-act. 3). Die Versicherte gab an, seit dem 24. Januar 2006 an einer Knieinnenläsion links, einer Unterschenkelfraktur und einer Lumboischialgie zu leiden. Sie habe in B.____ eine vierjährige Ausbildung zur Serviceangestellten absolviert. Von 1991 bis September 2006 habe sie in der Schweiz als Serviceangestellte gearbeitet und monatlich Fr. 3'600.-- verdient. Das Hotel C.____ berichtete am 24. Dezember 2006, dass es die Versicherte von Dezember 2001 bis Ende September 2006 als Servicefachangestellte beschäftigt habe (Arbeitgeberfragebogen, IV-act. 15). Es habe das Arbeitsverhältnis wegen Krankheit aufgelöst. Der effektiv letzte Arbeitstag sei der 22. Januar 2006 gewesen. Die Versicherte habe 42-55 Stunden pro Woche gearbeitet und monatlich Fr. 3'800.-- bis 4'000.-- verdient. Als Servicefachangestellte habe sie häufig Gewichte bis 5 kg, teilweise Gewichte bis 10 kg und selten Gewichte bis/über 25 kg heben, tragen, ziehen und stossen müssen. Die Arbeit habe häufiges Stehen und Gehen beinhaltet.

A.b Dr. D.____, Facharzt für Neurologie und Psychiatrie, berichtete am 1. Februar 2007, dass die Versicherte an einem zervikalen Diskusprolaps C6/C7 ohne Wurzelirritation (seit ca. 2004?), einem Diskusprolaps L5/S1 links mit möglicher Wurzelirritation S 1 (seit ca. 2004?), einer Migräne ohne Aura und einem zervikogenen Kopfschmerz links (seit der Jugend) leide (IV-act. 17). Er habe die Versicherte nur zweimal gesehen und könne daher die Arbeitsfähigkeit nicht einschätzen. Dr. med. E.____, Allgemeinmedizin, gab am 15. Februar 2007 die folgenden Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit an (IV-act. 18): Discusprolaps L5/L1 mit Nervenwurzelirritation S1, Discusprolaps C5/C6 ohne Wurzelirritation S1, Gonarthrose links mit Innen- und Aussenmeniskusläsion, sec. OSG-Arthrose links, Varikosis und Migräne ohne Aura. Die



St.Galler Gerichte

Versicherte sei in der zuletzt ausgeübten Tätigkeit vom 17. Mai 2005 bis 29. Februar 2007 zu 100 % arbeitsunfähig gewesen. Es seien medizinische und berufliche Massnahmen angezeigt. Die Leistungsfähigkeit sei in einer ausschliesslich stehenden Tätigkeit zu 75 % vermindert. In einer überwiegend sitzenden, wechselbelastenden Tätigkeit sei die Versicherte nach einer Eingliederungsphase von ca. einem Monat eventuell zu 50 bis 100 % arbeitsfähig.

A.c Dr. med. F.____, Orthopädische Chirurgie FMH, berichtete am 29. Mai 2007, dass die Versicherte an den folgenden Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit leide (IV-act. 24):

- Nervus ulnaris beidseits linksbetont;
- Carpaltunnelsyndrom links (ohne Beschwerden);
- Unterschenkelfraktur links (1990);
- Migräne ohne Aura;
- zervikogener Kopfschmerz links;
- Lumboischialgie links Dermatome L5/S1 betreffend bei BS;
- Zervikobrachialgie links mit/bei kleiner medianer Discushernie C5/6 ohne Hinweis auf eine Wurzelkompression;
- Peritendinitis der langen Bicepssehne Schulter links;
- mediale Meniskusläsion Knie links OP Feb. 2007;
- zwei benigne Hautläsionen.

Die Versicherte sei – hauptsächlich wegen der Beinsymptomatik links – seit dem 22. November 2006 bis heute in der Tätigkeit als Serviceangestellte zu 100 % arbeitsunfähig. Es seien medizinische und berufliche Massnahmen angezeigt. Zurzeit sei sie auf Gehstöcke angewiesen. Als adaptierte Tätigkeit falle eine Bürotätigkeit in



St.Galler Gerichte

Betracht. Je nach Belastung sei die Leistungsfähigkeit auch in einer solchen Tätigkeit um 20-50 % reduziert.

A.d Am 22. Oktober 2007 wurde die Versicherte vom RAD-Arzt G.____, Facharzt für Orthopädie, untersucht (IV-act. 33). Die Diagnosen mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit lauteten wie folgt:

- Chronisches lumbo-radikuläres Schmerzsyndrom bei Diskusprolaps L5/S1 mit Irritation der Wurzel S1 links;
- zervikogener Kopfschmerz (DD: Spannungskopfschmerz, Migräne ohne Aura);
- chronisches zerviko-brachiales Syndrom bei Diskusprolaps C6/C7 ohne Wurzelirritation;
- sekundäre OSG-Arthrose links bei Status nach Osteosynthese einer Pilonotibialfraktur (1990);
- Hallux rigidus links;
- Impingement-Symptomatik der linken Schulter;
- Stammvarikosis der Vena saphena magna mit Konvoluten und Perforansinsuffizienz links.

Keine Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit hätten eine beginnende Gonarthrose links (bei Status nach partieller Menishektomie medial und lateral sowie Resektion einer Plica medialis) und ein elektrophysiologisch nachgewiesenes Karpaltunnelsyndrom links. Der RAD-Arzt erklärte, die Versicherte leide an diffusen Beschwerden seitens des Bewegungsapparates und des Kopfes. Im Vordergrund stehe das lumbo-radikuläre linksseitige Schmerzsyndrom bei nachgewiesener Diskushernie L5/S1. Daneben leide die Versicherte an einer posttraumatische Arthrose des linken oberen Sprunggelenks mit entsprechenden Schmerzen und eingeschränkter Beweglichkeit. Die ausgeprägte Stammvarikosis mit den Varizenkonvoluten und den insuffizienten Perforansvenen trage ebenfalls zur Beschwerdesymptomatik an der linken unteren Extremität bei. Nicht



vergessen werden dürfe auch ein schmerzhafter Hallux rigidus links. Die Versicherte sei in ihrem angestammten Beruf seit Januar 2006 vollständig und dauernd arbeitsunfähig, da diese Tätigkeit körperlich anspruchsvoll sei und längere Gehstrecken beinhalte. In einer adaptierten Tätigkeit schätzte der RAD-Arzt die Arbeitsfähigkeit auf etwa 70 %. Es müsse sich um eine vorwiegend sitzende Tätigkeit mit der Möglichkeit eines Stellungswechsels handeln. Ausgeschlossen seien Tätigkeiten, die das Heben und Tragen von Lasten über 10 kg, Zwangshaltungspositionen, Überkopftätigkeiten und repetitive Bewegungen der linken oberen Extremität beinhalteten. Wegen der Kopfschmerzen seien keine Arbeiten an gefährlichen Maschinen oder Arbeiten, die eine längere dauernde Konzentration erforderten, möglich. Die Versicherte bedürfe eindeutig längerer und betriebsunüblicher Pausen.

A.e Die Y.____ berichtete am 5. Juni 2008 über die berufliche Abklärung vom 25. März bis 21. April 2008 (IV-act. 55), die Versicherte habe die reguläre Arbeitszeit von 7.5 Stunden in den ersten zwei Tagen eingehalten, allerdings mit häufigen Pausen und deutlich sichtbaren Anzeichen der Erschöpfung. Dies habe sich nach der Verkürzung der täglichen Arbeitszeit auf 6 Stunden nicht geändert. Nach der ersten Arbeitswoche habe die Versicherte den Eindruck gemacht, dass ihre "Batterien" leer seien. Dennoch habe sie sich bei allen Tätigkeiten sichtlich Mühe gegeben und auf die Zähne gebissen. Die Fähigkeitstests und die Arbeitsproben seien mager ausgefallen. In der zweiten Woche habe sie sich etwas kräftiger und weniger auf ihre Schmerzen fixiert gezeigt. Sie habe sichtlich Freude an einigen Tätigkeiten gehabt. Neben der allgemeinen Erschöpfung habe die Versicherte immer wieder über Kopfschmerzen geklagt, die teilweise so stark seien, dass sie erbrechen müsse. Die Probeweche im H.____ habe aufgrund des körperlichen, v.a. aber auch aufgrund des seelischen Zustandes der Versicherten abgebrochen werden müssen, obwohl sie sich sehr willig gezeigt habe. Dr. med. I.____, FMH für physikalische Medizin und Rehabilitation, spez. Rheumatologie, gab an, dass der Rücken, die linke Schulter und das linke Bein vermindert belastbar seien. Nach einer Einarbeitungszeit werde die Versicherte zu 70 % arbeitsfähig sein. Geeignet seien leichtere und vorwiegend ebenerdige, sitzende bzw. beimanuellen Verrichtungen überwiegend auf Tischhöhe auszuübende Tätigkeiten, die das Einnehmen von Wechselpositionen erlaubten. Überwiegend stehende und gehende Tätigkeiten seien wegen der Minderbelastbarkeit des linken Beines zu vermeiden. Die reduzierte Arbeitsfähigkeit erscheine angezeigt, um allfällig drohenden, arbeitsabhängig



St.Galler Gerichte

im Tagesverlauf zunehmenden Schmerzexacerbationen vorbeugend entgegen zu wirken. Die Versicherte selber sei der Ansicht, dass sie nach einer Einführungsphase in einer adaptierten Tätigkeit sechs Stunden pro Tag arbeitsfähig wäre.

A.f Anlässlich eines Gesprächs mit dem Berufsberater der IV-Stelle gab die Versicherte an, dass es ihr jetzt noch schlechter gehe (Protokoll vom 21. Juli 2008; IV-act. 57). Sie habe dauernd Nacken- und Kopfschmerzen. Neu habe sie Schulterprobleme und Schmerzen im unteren Rücken mit Ausstrahlungen ins rechte Bein. Sie schätze ihre Arbeitsfähigkeit auf 3 bis 3 ½ Stunden pro Tag, wobei eine zusätzliche Leistungsverminderung bestehe. Weil für August 2008 eine Gebärmutteroperation geplant war, teilte die IV-Stelle der Versicherten mit Verfügung vom 26. September 2008 mit, dass zurzeit keine beruflichen Massnahmen möglich seien (IV-act. 58 und 66). Mit Schreiben vom 26. November 2008 informierte Rechtsanwalt Fiechter die Beschwerdegegnerin, dass er mit der Interessenvertreterin der Versicherten beauftragt worden sei (IV-act. 69; Vollmacht: IV-act. 70).

A.g Dr. F.____ berichtete am 18. Dezember 2008, dass die Versicherte zurzeit keine Kniebeschwerden mehr habe (IV-act. 71). In Anbetracht der zunehmenden Symptomerweiterung stuft er die Prognose als ungünstig ein. Die Versicherte benötige unbedingt eine psychologische Betreuung. Sie sei durch das Nacken- und Rückenleiden schwerstens eingeschränkt. Am 24. Juli 2009 teilte die IV-Stelle der Versicherten mit, dass sie sich vom 24. August bis 23. Oktober 2009 an einer beruflichen Abklärung durch die J.____ unterziehen müsse (IV-act. 80). Die Abklärung wurde bis 18. Dezember 2009 verlängert (IV-act. 86). Die J.____ berichtete am 19. Oktober 2009, dass die Versicherte in Tätigkeiten, die sie ohne Druck habe ausführen können und bei denen ein Positionswechsel oder eine kurze Pause möglich gewesen seien, sehr gut belastbar gewesen sei (Abschlussbericht Verzahnungsprogramm, IV-act. 90). Durch ihr Pflichtbewusstsein vergesse die Versicherte, auf ihren Körper zu achten und gehe über ihre Schmerzgrenze hinaus. Die Versicherte sei in einer leichten Tätigkeit mit der Möglichkeit zu Positionswechseln bei einem Pensum von 70 % zu 50 % leistungsfähig. Anlässlich eines Gesprächs mit der Eingliederungsverantwortlichen vom 6. April 2010 erklärte die Versicherte, dass die J.____ ihre Leistungsfähigkeit viel zu hoch eingeschätzt habe (IV-act. 95-3). Sie fühle sich momentan nicht arbeitsfähig. Im Schlussbericht der beruflichen Eingliederung vom 19. April 2010 hielt die



St.Galler Gerichte

Eingliederungsverantwortliche fest, die Versicherte befürchte, dass sie bei der Ausübung einer regelmässigen Arbeitstätigkeit ihren Sohn nicht mehr richtig würde betreuen können. Zudem fühle sie sich gesundheitsbedingt zurzeit nicht arbeitsfähig (IV-act. 96). Am 26. April 2010 teilte die IV-Stelle der Versicherten mit, dass die Arbeitsvermittlung abgeschlossen werde (IV-act. 98).

A.h Dr. F.____ gab im Verlaufsbericht vom 5. Mai 2010 die folgenden Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit an (IV-act. 100-31 ff.):

- Chronisches cervico-cephales und cervico-vertebrales Syndrom;
- Diskushernie C5/C6 mit leichter Myelonimpression;
- chronisches lumbovertebrales/spondylogenes Syndrom;
- degenerative Veränderungen der unteren Wirbelsäule;
- Fehlhaltung der Wirbelsäule;
- muskuläre Dysbalance.

Die Versicherte leide zurzeit an einem chronischen Erschöpfungszustand, welcher jedoch keinen Einfluss auf ihre Arbeitsfähigkeit habe. Die psychische Komponente stehe zurzeit im Vordergrund. In ihrer bisherigen Tätigkeit sei die Versicherte wegen der Polyarthropatie, der Cervicobrachialgie und der Lumboischialgie zu 100 % arbeitsunfähig. Die Versicherte sei in ihrem Konzentrations- und Auffassungsvermögen, ihrer Anpassungsfähigkeit und ihrer Belastbarkeit eingeschränkt.

A.i Mit Schreiben vom 2. Juni 2010 fragte der Rechtsvertreter der Versicherten bei der IV-Stelle nach, ob eine Observierung in Auftrag gegeben worden sei (IV-act. 105). Zudem stellte er ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung, welches die IV-Stelle am 10. Juni 2010 abwies (IV-act. 108). Im gleichen Schreiben wies sie den Rechtsvertreter darauf hin, dass sie aus grundsätzlichen Überlegungen keine Auskunft darüber erteile, ob eine Observierung in Auftrag gegeben worden sei.



St.Galler Gerichte

A.j Dr. med. K.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie FMH, berichtete am 21. Juni 2010, dass die Versicherte seit dem 17. Februar 2010 bei ihm in Behandlung sei (IV-act. 109). Als Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit gab er eine chronische Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren (F45.42) und eine somatisierte (larvierte) Depression (F32.8) an. Die Kardinalsymptome seien Schmerzen, übermässige Erschöpfung und Schlafstörungen. In der expliziten Symptompräsentation der Depression sei die Versicherte - bedingt durch übermässige Scham - dissimulierend und keineswegs klagsam. Hintergründig sei aber ein deutlich spürbarer Leidensdruck mit den Zeichen der blockierten Trauer vorhanden. Es finde eine psychopharmakologische Medikation statt. Die Versicherte sei auch in einer körperlich optimal adaptierten Tätigkeit vollständig arbeitsunfähig. Sie könne zwar punktuell ein gewisses Leistungsvermögen mobilisieren (leichte Arbeit für kurze Zeit); aber ihr fehlten die Konstanz und das Durchhaltevermögen, die nötig seien, um auf dem ersten Arbeitsmarkt bestehen zu können. Am 3. September 2010 bewilligte die IV-Stellenleitung einen Antrag zur Personenobservation (Vorermittlung ohne Bildaufzeichnung mangels starken Anfangsverdachts, IV-act. 112).

A.k Am 30. August und am 1. und 2. September 2010 wurde die Versicherte von der MEDAS Ostschweiz internistisch, rheumatologisch neurologisch und psychiatrisch untersucht (Gutachten vom 23. November 2010, IV-act. 115; vollständige Version: IV-act. 134). Anlässlich der Untersuchung gab die Versicherte an, seit etwa 2004 unter Kreuzschmerzen zu leiden. Bald darauf habe sie fast mehr unter druckartigen Nacken- und Halsschmerzen gelitten mit Ausstrahlungen zum Hinterkopf bis zur Stirn- und Schläfenregion. Daneben habe sie etwa zweimal wöchentlich Kopfschmerzen mit Übelkeitserscheinungen. Die Schmerzintensität liege bei einer Skala von 1-10 momentan und oft bei 8. Lumbale Schmerzen habe sie alle paar Tage, zum Teil mit Ausstrahlungen vorwiegend zum linken Unterschenkel. Wenn sie länger als 30 Minuten gehe, verstärkten sich die Schmerzen und breiteten sich auch oft ins rechte Bein aus. Psychisch fühle sie sich rasch erschöpft, allgemein energielos, häufig in seelischen Tiefs mit Ängsten und raschem Überforderungsgefühl. Die Sachverständigen gaben die folgenden Diagnosen mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit an:

- Rezidivierende depressive Störung, gegenwärtig leichte bis mittelgradige Episode mit Somatisierungstendenzen;



St.Galler Gerichte

- akzentuierte Persönlichkeitszüge mit ängstlich-vermeidenden und zwanghaften Anteilen;
- chronische Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren;
- Mischkopfschmerz mit chronischem cervikocephalem Syndrom und Migränesymptomen, im MRI bekannte Discopathie C5/6;
- chronisch rezidivierendes lumbospondylogenes Syndrom.

Als Nebendiagnosen gaben die Sachverständigen einen Status nach osteosynthetisch versorgter Tibiafraktur 1990 mit Schwellungsneigung des linken Unterschenkels, eine beginnende Grosszehengrundgelenksarthrose, eine arterielle Hypertonie sowie eine Adipositas an. Die Sachverständigen erklärten, dass die bildgebend nachgewiesenen degenerativen Veränderungen an der unteren HWS und der LWS altersentsprechend seien. Die episodischen ulnaren Handparästhesien seien am ehesten auf eine reine Irritation des N. ulnaris im Sulcus olecrani zurückzuführen. Die Ursache der gelegentlich auftretenden nächtlichen Parästhesien der ganzen linken oberen Extremität in Rechtsseitenlage bleibe mangels näherer Abgrenzbarkeit und weiterführender Befunde unklar. Der psychiatrische Sachverständige Dr. L. ___ gab in seinem Konsiliargutachten an, dass die Motivation der Versicherten in Bezug auf berufliche Eingliederungsmassnahmen bei Hinweisen auf Verdeutlichungstendenzen und auf eine Aggravation bei einem hohen sekundären Krankheitsgewinn deutlich ambivalent erschienen sei. Der von der Versicherten geschilderte Schmerz und ihre subjektiv gefühlten Einschränkungen in der Lebensführung durch diesen Schmerz seien durch den Nachweis eines physiologischen Prozesses oder einer körperlichen Störung zum Teil, aber nicht vollständig erklärt. Eine erhebliche chronische psychiatrische Begleiterkrankung zur Schmerzstörung liege nicht vor. Zu den Foerster-Kriterien nahm der psychiatrische Sachverständige wie folgt Stellung: Eine schwerwiegende körperliche Erkrankung, die eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bedinge, liege wohl vor. Ein ausgewiesener sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens liege sicher nicht vor. Es bestehe auch kein verfestigter, therapeutisch nicht mehr angehbarer innerseelischer Verlauf einer an sich missglückten, psychisch aber entlastenden Konfliktbewältigung. In Bezug auf die Psychotherapiemotivation liege eine



Ambivalenz vor, was zum Teil mit einer etwas eingeschränkten Krankheitseinsicht und zum Teil auch mit laienhaften und etwas bizarren Vorstellungen der Funktionen des menschlichen Körpers und der psychosomatischen Aspekte in Zusammenhang stehe. Durch die Schmerzsymptomatik bestehe ein hoher sekundärer Krankheitsgewinn. Die Versicherte habe insbesondere die Möglichkeit, sich intensiv um ihren Sohn, ihr ein und alles, zu kümmern. Zudem sei der Ehemann schon einige Jahre voll IV-berentet. Die Versicherte sei aus psychiatrischer Sicht als Serviceangestellte und in adaptierten Tätigkeiten (einfache Tätigkeiten ohne erhöhte Anforderungen an Stress- oder Frustrationstoleranz oder Konzentrationsfähigkeit) zu 40-50 % arbeitsunfähig. Die Sachverständigen schätzten die Arbeitsfähigkeit in polydisziplinärer Hinsicht auf 50 %. Ideal wäre eine Tätigkeit während 6 Stunden täglich mit einem um ca. 1/3 reduzierten Rendement. Insbesondere die Arbeitsprognose müsse als schlecht bezeichnet werden, wofür auch viele soziale IV-fremde Gründe verantwortlich seien:

Emigrationsproblematik, langjährige Erwerbsabstinenz, Selbstlimitierung, schwierige familiäre Situation und die subjektiven Krankheitsüberzeugungen. Dr. K.____ habe eine somatisierte (larvierte) Depression diagnostiziert, ohne den Schweregrad der Störung anzugeben. Aufgrund der sehr niedrigen Dosis der antidepressiven Medikation müsse davon ausgegangen werden, dass er die depressive Symptomatik als nicht schwerwiegend eingeschätzt habe. Die Einschätzung von Dr. K.____, dass die Versicherte zu 100 % arbeitsunfähig sei, sei aufgrund der gestellten Diagnosen und beschriebenen Symptomatik nicht nachvollziehbar. Es müsse davon ausgegangen werden, dass der behandelnde Psychiater von einem biopsychosozialen Krankheitsmodell ausgegangen sei und die psychosozialen Belastungsfaktoren in seine Beurteilung miteinbezogen habe. Zudem habe er stark auf die subjektiven Beschwerden der Versicherten abgestellt.

A.l Vom 24. September bis 10. November 2010 wurde die Versicherte observiert (act. G 5.1, DVD). Sie wurde beim Gehen, beim Bücken, beim Einsteigen ins Auto, beim Treppensteigen, beim Tragen von Gegenständen (Taschen, kleine Zainen, grössere Bretter) und beim Öffnen und Schliessen des Garagentores beobachtet.

A.m Mit Schreiben vom 10. Dezember 2010 bat die IV-Stelle die MEDAS, je eine separate Einschätzung der angestammten und adaptierten Arbeitsfähigkeit aus somatischer und psychiatrischer Sicht abzugeben (IV-act. 117). Zudem forderte sie die



St.Galler Gerichte

MEDAS auf, Stellung dazu zu nehmen, was sich in rheumatologischer Hinsicht gegenüber der RAD-Untersuchung vom 22. Oktober 2007 verändert habe. Am 11. Januar 2011 antwortete die MEDAS, dass somatischerseits weiterhin auf die Beurteilung des RAD-Arztes vom 22. Oktober 2007 abgestützt werden könne (IV-act. 120). Es habe sich seither keine wesentliche dokumentierte Veränderung ergeben. Aktuell hätten keine radikulären Ausfälle objektiviert werden können, auch wenn eine Irritation von S1 links weiter möglich sei. Das chronische cervicobrachiale Syndrom werde in der neurologischen Beurteilung als möglicher Ausdruck einer Brachialplexus-Irritation in einem der physiologischen Engpässe angesehen, was sich aber andererseits, wie auch ein Carpaltunnelsyndrom links, aktuell nicht habe bestätigen lassen. Bei der klinischen Untersuchung habe sich keine sichere Impingementsymptomatik der linken Schulter gezeigt und das linke Sprunggelenk sei in der Beweglichkeit nicht schmerzhaft eingeschränkt gewesen, weshalb diese Diagnosen nicht in die Beurteilung aufgenommen worden seien. Die Versicherte sei aufgrund der somatischen Diagnosen in ihrer angestammten Tätigkeit als Serviceangestellte seit Januar 2006 voll arbeitsunfähig. In einer adaptierten Tätigkeit bestehe eine Arbeitsfähigkeit von 70 %. Diese Angabe decke sich auch mit der Beurteilung der Y.____.

A.n Am selben Tag nahm Dr. med. M.____ vom RAD Stellung zum Observationsmaterial (IV-act. 118). Die Versicherte habe dabei beobachtet werden können, wie sie die oberen Extremitäten – insbesondere die linke – in extremen Stellungen kraftvoll eingesetzt habe. Dort habe sie aktuell erhebliche Beschwerden moniert. Diese beobachteten Funktionen seien nicht mit einem relevanten degenerativen Schaden im engeren Schulterbereich und wahrscheinlich auch nicht mit den vor kurzem vom Neurologen beurteilten (und aus dessen Sicht nicht erklärbaren) "Beschwerden der oberen linken Extremität" vereinbar. Es habe sich gezeigt, dass die Versicherte in meist leichten Alltagstätigkeiten nicht eingeschränkt sei. Sie sei sogar jederzeit in der Lage, die im Alltag erforderlichen verstärkten körperlichen Einsätze (zügeln, Wäsche besorgen) uneingeschränkt zu leisten. Ein tiefes, körperliches Funktionsvermögen habe durch das Filmmaterial widerlegt werden können. Die Versicherte habe nicht den Eindruck hinterlassen, unter Schmerzen zu leiden. Im Allgemeinen seien bei einem mittelgradig ausgeprägten Depressionsgrad die alltäglichen Verrichtungen nur mit grosser innerlicher Überwindung zu bewältigen. Man habe jedoch nicht den Eindruck,



dass die Versicherte im Alltag irgendwie durch depressive Symptome behindert sei. Ein Leiden mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit widerlegt. Am 14. Februar 2011 (IV-act. 122) nahm Dr. M.____ zum ergänzten Observationsmaterial Stellung und bestätigte seine Schlussfolgerungen vom 11. Januar 2011 vollumfänglich. Die Versicherte habe völlig falsche Angaben zu ihren körperlichen Behinderungen gemacht. Diese Angaben seien dermassen grotesk übertrieben, dass gegenüber den Gutachtern von einer Täuschung und nicht von einer normalen Verdeutlichung ausgegangen werden müsse. Die gutachterlich monierte leicht- bis mittelgradige Depression könne aufgrund des Filmmaterials nicht mehr aufrecht erhalten werden.

B.

B.a Mit Vorbescheid vom 21. April 2011 teilte die IV-Stelle der Versicherten mit, dass die Abweisung des Rentengesuchs vorgesehen sei (IV-act. 129). Als Begründung gab sie an, dass die in der Vergangenheit gestellten Diagnosen aufgrund der Untersuchungs- und Observationsergebnisse nicht mehr haltbar seien. Alle von den Ärzten monierten invalidisierenden Diagnosen hätten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entkräftet werden können. Durch die Observation sei erwiesen, dass die Versicherte die ärztlichen Untersucher in die Irre geführt habe.

B.b Dagegen liess die Versicherte am 16. Juni 2011 durch ihre Rechtsvertreterin einwenden, dass der Versicherten ab 25. März 2008 eine ganze Rente zustehe (IV-act. 138). Zudem beantragte sie die unentgeltliche Rechtsverteidigung. Zur Begründung führte sie an, dass das Observationsmaterial nicht verwertet werden dürfe, da kein konkreter Anfangsverdacht bestanden habe, eine Observation nicht erforderlich gewesen sei und der Privatdetektiv durch die Aufnahmen von der Terrasse bzw. vom Garagenplatz Art. 179^{quater} StGB verletzt habe. Weder in den Berichten der beruflichen Abklärungen noch im MEDAS-Gutachten fänden sich Anhaltspunkte für eine Selbstlimitierung, Aggravation oder Inkonsistenzen. Selbst wenn die Versicherte aggraviert, sich selbst limitiert oder inkonsistent verhalten hätte, wäre dies kein genügend konkreter Anfangsverdacht für die Anordnung einer Observation gewesen. Sollten die Überwachungsergebnisse berücksichtigt werden, könnte die IV-Stelle aus diesen aber ohnehin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Denn die Kopf- und



Rückenschmerzen verunmöglichten das Tragen von Taschen, das Öffnen und Schliessen eines Garagentores, das Abfüllen eines Abfallsackes etc. nicht. Mit dem Bildmaterial aus der Observation könnten die Diagnosen der behandelnden und begutachtenden Ärzte nicht entkräftet werden. Dasselbe gelte für die depressive Erkrankung. Weiter würden Depressionen nicht selten übersehen bzw. häufig nicht als solche identifiziert. Die Videoaufzeichnungen seien ohnehin nicht aussagekräftig, da die Versicherte an jenen Tagen, die sie im Bett verbracht habe, nicht gefilmt worden sei. Allerdings könne auch auf die Arbeitsfähigkeitsschätzung der MEDAS nicht abgestellt werden, da das Gutachten Mängel aufweise. Der psychiatrische Sachverständige habe sich zu wenig mit den vorhandenen medizinischen Akten, insbesondere dem Arztbericht von Dr. K.____, auseinandergesetzt. Die Versicherte habe drei Anläufe genommen, sich in den Arbeitsprozess zu integrieren. Alle drei Arbeitsversuche hätten ihre Unfähigkeit, eine konstante Arbeitsleistung zu erbringen, veranschaulicht. Der psychiatrische Sachverständige habe nicht begründet, wieso die Arbeitsunfähigkeit 40-50 % betragen solle. Im Gegensatz zur MEDAS habe Dr. K.____ in seiner Stellungnahme vom 13. Juni 2011 fundiert und ausführlich begründet, weshalb die Versicherte in der angestammten sowie in einer adaptierten Tätigkeit vollständig arbeitsunfähig sei. Da alleine zufolge der psychischen Beschwerden eine vollständige Arbeitsunfähigkeit ausgewiesen sei, werde auf die körperlichen Beschwerden nicht näher eingegangen. Die Versicherte sei spätestens seit dem Eintritt in die Y.____ (März 2008) zu 100 % arbeitsunfähig. Es müsse davon ausgegangen werden, dass die Arbeitsunfähigkeit bereits im Jahr vor dem 25. März 2008 durchschnittlich mindestens 40 % betragen habe. Die IV-Leistungen seien somit rückwirkend ab 25. März 2008 auszurichten. Dem Einwand lag eine Stellungnahme von Dr. K.____ vom 13. Juni 2011 zum MEDAS-Gutachten bei (IV-act. 138-27 ff.). Er gab an, dass die eigene Diagnostik mit jener von Dr. L.____ in den wesentlichen Punkten übereinstimme. Seine Einschätzung der Arbeitsfähigkeit knüpfe an die konkreten Ergebnisse der Arbeitsabklärung in der J.____: Obschon die Versicherte dank Bereitwilligkeit und Lernfähigkeit, Geschicklichkeit und reichlicher beruflicher Routine kurzzeitig gute Leistungen habe mobilisieren können, habe sie wegen ihres labilen Gesundheitszustandes diese Leistung nicht aufrechterhalten können. Ihr fehle das Durchhaltevermögen. Seine Arbeitsfähigkeitsschätzung sei daher objektiv und beruhe nicht auf den subjektiven Beschwerdeangaben der Versicherten. Weiter deute nichts



auf einen sekundären Krankheitsgewinn hin, insbesondere habe sich die Versicherte in der Schweiz bestens adaptiert. Sodann seien weder während den beruflichen Abklärungen noch bei der Begutachtung eine Selbstlimitierung, eine Aggravation oder Inkonsistenzen festgestellt worden. Es bestehe keine Diskrepanz zwischen den ärztlicherseits festgestellten gesundheitlichen Einschränkungen und den auf den Videoaufnahmen ersichtlichen Alltagsaktivitäten. Zudem könne eine Videoüberwachung eine psychiatrische Diagnostik nicht ersetzen.

B.c RAD-Arzt M.____ äusserte sich am 20. Juli 2011 wie folgt zur Stellungnahme von Dr. K.____ (IV-act. 141): Dr. K.____ sei nicht konkret auf das Observationsmaterial eingegangen. Beizupflichten sei ihm darin, dass eine Videoüberwachung eine medizinische Diagnostik nicht zu ersetzen vermöge. Wenn man die Möglichkeit einer Täuschung im Rahmen der medizinischen Begutachtung jedoch nicht prinzipiell ausschliessen könne, komme man auf Ergänzungen aus anderer Optik nicht herum. Neben der klassischen Fremdanamnese sei die Observation dabei ein geeignetes und legales Mittel. Quantitative versicherungsmedizinische Beurteilungen psychischer Leiden seien bekanntlich weitgehend Ermessenssache und mit einer grösseren Streubreite behaftet. In gewissen Fällen könne eine Observation durchaus auch bei solchen Leiden schlagartig Evidenz erzeugen und seitenlange medizinisch-theoretische Ausführungen Makulatur werden lassen.

B.d Am 25. Juli 2011 informierte die IV-Stelle die Rechtsvertreterin der Versicherten, dass sie an ihrer bisherigen Entscheidung festhalte (IV-act. 142). Im Rahmen einer zweiten Anhörung räumte sie der Rechtsvertreterin Gelegenheit ein, zum neuen Bericht des RAD vom 20. Juli 2011 Stellung zu nehmen. Am 19. August 2011 antwortete die Rechtsvertreterin, der RAD-Arzt habe nicht erklärt, weshalb die Beurteilung von Dr. K.____ nicht einleuchte (IV-act. 143). Auch sei Dr. K.____ genügend auf das Observationsmaterial eingegangen. Es liege eine Gehörsverletzung vor.

B.e Mit Verfügung vom 5. Januar 2012 wies die IV-Stelle das Rentengesuch aus den im Vorbescheid angegebenen Gründen ab (IV-act. 146). Zum Einwand nahm sie wie folgt Stellung: Eine Observation erfordere keinen Anfangsverdacht, sondern müsse objektiv geboten sein. In den medizinischen Akten seien bereits vor der Begutachtung Inkonsistenzen beschrieben worden. Auch habe zwischen der ermittelten medizinisch-



theoretischen Arbeitsfähigkeit und den Ergebnissen der beruflichen Abklärungen eine Diskrepanz bestanden. Zwar habe die Versicherte vordergründig einen guten Eingliederungswillen gezeigt; dennoch habe sie mit Entschiedenheit die Auffassung vertreten, nicht mehr arbeiten zu können. Von Relevanz sei auch die Entwicklung der gesundheitlichen Situation: Während anfänglich ein somatisches Geschehen bei einer diffusen Schmerzsituation beschrieben worden sei, habe Dr. K.____ am 21. Juni 2010 schliesslich von einem Mischbild einer chronischen Schmerz- und Affektstörung berichtet. Das Krankheitsgeschehen sei im Verlauf immer weniger greifbar geworden. Auffällig sei auch gewesen, dass zum gleichen Zeitpunkt ein Rentengesuch des Ehemannes geprüft worden sei. Und schliesslich sei der Wunsch der Versicherten, sich dem Sohn widmen zu können, offenkundig gewesen. Damit habe auch ein nicht gesundheitliches Motiv im Raum gestanden, um nicht mehr arbeiten gehen zu müssen. Die IV-Stelle sei damit befasst gewesen, eine Observation des Ehemannes in die Wege zu leiten. Es sei zu erwarten gewesen, dass man die Versicherte bei dieser Observation ebenfalls sehen würde. Es hätte die gesetzliche Abklärungspflicht der IV verletzt, wenn allfällige die Versicherte betreffende Wahrnehmungen negiert worden wären. Den Observanten sei daher die Kompetenz erteilt worden, in einem gestuften Verfahren ihre Wahrnehmungen festzuhalten. Eine Verletzung von Art. 179^{quater} StGB liege nicht vor, da auf dem Bildmaterial Situationen erfasst seien, die von jedem, der sich auf der Hauptstrasse bewege, eingesehen werden könnten. Dr. L.____ habe sich bei der Arbeitsfähigkeitsschätzung zentral auf das Vorliegen eines intensiven Schmerzerlebens abgestützt. Durch die Observation könne ein solches mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden. Schon unter diesem Gesichtswinkel könne eine rentenbegründende Invalidität ausgeschlossen werden. Es bestehe auch kein Grund mehr für die Annahme, dass die Versicherte an einer relevanten psychischen Erkrankung leide. Eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit um 30 % aus somatischer Sicht erscheine angesichts des bei der Observation beobachteten Funktionsniveaus als nicht mehr plausibel. Es müsse daher davon ausgegangen werden, dass die Versicherte in einer dem körperlichen Leiden angepassten Tätigkeit eine volle Arbeitsleistung erbringen könne. Die Diagnose einer "larvierten" Depression von Dr. K.____ könne durchaus als Verlegenheitsdiagnose verstanden werden, zumal die sonst bei Depressiven oft feststellbaren äusseren Symptome nicht in Erscheinung getreten seien. Da sich Dr. K.____ in wenig überzeugender Weise mit dem Bildmaterial der



Observation auseinandergesetzt habe, vermöge seine Würdigung nicht zu überzeugen. Ohnehin bestünden betreffend seine Person Anzeichen einer erheblichen Befangenheit.

B.f Mit einer Verfügung desselben Datums lehnte die IV-Stelle das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteiständung ab (IV-act. 147). Die Versicherte habe im laufenden Verfahren nachweisbar falsche Angaben gemacht, um die Zuspache einer IV-Rente zu erwirken. Dieses Vorgehen rücke zumindest in die Nähe eines strafrechtlich relevanten Verhaltens. Sinn und Zweck der unentgeltlichen Rechtsverteiständung könne es nicht sein, ein verpöntes Verhalten zu unterstützen. Die Berufung auf Verfahrensgarantien sei unter diesen Umständen rechtsmissbräuchlich. Somit sei die Notwendigkeit der unentgeltlichen Rechtsverteiständung zu verneinen. Bei der aktuellen Beweislage müsse auch die Aussichtslosigkeit des Verfahrens angenommen werden.

C.

C.a Gegen die Verfügungen vom 5. Januar 2012 liess die Versicherte (nachfolgend: Beschwerdeführerin) Beschwerde erheben (act. G 1). Ihre Rechtsverteiterin beantragte die Ausrichtung einer ganzen Invalidenrente mit Wirkung ab 25. März 2008, eventualiter die Rückweisung der Sache zur Durchführung ergänzender Abklärungen. Zudem beantragte sie für das Verwaltungsverfahren die unentgeltliche Rechtsverteiständung und für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteiständung. Die Rechtsverteiterin ergänzte die bereits im Einwand geltend gemachten Vorbringen wie folgt: Eine Observation sei im vorliegenden Fall nicht objektiv geboten gewesen, denn die gutachterliche Feststellung betreffend Verdeutlichungstendenz und Aggravation sei völlig unbegründet und falsch gewesen. Von einem sekundären Krankheitsgewinn könne keine Rede sein: Der Ehemann helfe in der Kindererziehung und der Haushaltsführung praktisch nicht mit, die Beschwerdeführerin sei gut ausgebildet und in der Schweiz bestens adaptiert gewesen; der Verlust einer beruflichen Aufgabe und der finanziellen Unabhängigkeit sei für sie bis heute schmerzhaft und beschämend. Sodann habe die IV-Stelle (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) aus der Observation die falschen Schlüsse gezogen: Denn die Beschwerden der Beschwerdeführerin würden gewisse Alltagsaktivitäten nicht ausschliessen. Bei den Videoüberwachungen seien keine



Tätigkeiten zu sehen, welche den Schilderungen der Beschwerdeführerin anlässlich der MEDAS-Begutachtung widersprächen. Die Schranktüren, die sie ins Haus getragen habe, seien aus leichtem Holz und nicht schwer gewesen. Das Garagentor lasse sich äusserst einfach, d.h. ohne grossen Kraftaufwand, öffnen und schliessen. Die Beschwerdeführerin habe somit keine körperlichen Einschränkungen vorgetäuscht. Im Übrigen hätten die bildgebenden Abklärungen degenerative Veränderungen der unteren HWS und LWS gezeigt. Die körperlichen Beschwerden seien daher objektivierbar. Auch in Zusammenhang mit den psychischen Beschwerden könne eine Diskrepanz zwischen den geltend gemachten Einschränkungen und dem tatsächlichen Funktionsniveau im Alltag nicht bestätigt werden. So habe das Vorliegen eines Karpaltunnelsyndroms entgegen den Aussagen der Gutachter bestätigt werden können. Der Beschwerde lagen weitere medizinische Berichte bei. Dr. D.____ hatte am 9. Januar 2012 die folgenden Diagnosen angegeben (act. G 1.1 Beilage 7): Cervikalkanalstenose, elektrophysiologisch minimale Zeichen beginnender Myelopathie, CTS beidseits, linksbetont und gemischter Kopfschmerz, teils migränoid, teils cervikogen, zusätzlich Verdacht auf Medikamentenübergebrauchskopfschmerz. Es habe sich gegenüber dem Vorbefund ein signifikant zugenommenes CTS beidseits in Linksbetonung gezeigt, welches für einen Teil der Beschwerden verantwortlich sein dürfte. Am 24. Januar 2012 hatte wiederum Dr. D.____ berichtet, dass zwischenzeitlich ein MRI der LWS durchgeführt worden sei, welches als Hauptbefund eine linksseitige Spondylarthrose mit Hyperthrophie des Ligamentum flavum und geringer Einengung des Recessus, mögliche Wurzelirritation L4/L5 links, zeige (act. G 1.1 Beilage 8). Klinisch korrelierten damit die Schmerzen im Bereich der Hüfte und des lateralen Oberschenkels links.

C.b Die Beschwerdegegnerin beantragte am 16. April 2012 die Abweisung der Beschwerde (act. G 5). Zur Begründung verwies sie hauptsächlich auf die Verfügungsbegründung. Das MEDAS-Gutachten sei erst nach Durchführung der Observation erstellt worden. Die neu ins Recht gelegten medizinischen Berichte würden keine neuen Aspekte aufzeigen.

C.c Am 30. April 2012 bewilligte das Gericht die unentgeltliche Rechtspflege (Befreiung von den Gerichtskosten und Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung) für das Beschwerdeverfahren (act. G 6).



St.Galler Gerichte

C.d In der Replik vom 30. Mai 2012 brachte die Rechtsvertreterin vor, es bestehe der Eindruck, dass die Beschwerdegegnerin die Observation deshalb angeordnet habe, weil gleichzeitig ihr Ehemann observiert worden sei (act. G 8). Es sei nicht zulässig, eine Observation gestützt auf eine solche Motivation durchzuführen. Selbst wenn auf das MEDAS-Gutachten abgestellt würde, müsste man von der Unzumutbarkeit der Überwindbarkeit ausgehen. Der psychiatrische Sachverständige sei nämlich zum Schluss gekommen, dass die Foerster-Kriterien zum Teil vorlägen. Dem widerspreche die Schlussfolgerung, die Beschwerdeführerin könne ihre Leiden überwinden. Zudem stelle eine leichte bis mittelgradige depressive Episode eine psychische Komorbidität dar, wenn nicht sogar von einem selbständigen psychischen Leiden ausgegangen werden müsse. Vorliegend machten weder psychosoziale noch soziokulturelle Faktoren das Beschwerdebild aus.

C.e In der Duplik vom 2. Juli 2012 (act. G 10) erklärte die Beschwerdegegnerin, dass aufgrund der Observation des Ehemannes abzusehen gewesen sei, dass "Zufallsfunde" gemacht würden, d.h. auch die Beschwerdeführerin auf den Aufnahmen gesehen würde. Dass sich die Beschwerdegegnerin darauf vorbereitet habe, sei nicht zu beanstanden, sondern zeige, dass die notwendige Sorgfalt aufgewendet worden sei.

Erwägungen:

1.

1.1 Mit der angefochtenen Verfügung hat die Beschwerdegegnerin einen Rentenanspruch der Beschwerdeführerin abgelehnt. Strittig ist demnach, ob die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf eine Invalidenrente hat oder nicht.

1.2 Einen Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung haben Versicherte, die ihre Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wiederherstellen, erhalten oder verbessern können, während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40 Prozent arbeitsunfähig gewesen sind und nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40 Prozent invalid sind (Art. 28 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die



Invalidenversicherung, IVG, SR 831.20). Invalidität ist gemäss Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit. Erwerbsunfähigkeit ist der durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (Art. 7 Abs. 1 ATSG).

1.3 Gemäss Art. 28a Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 16 ATSG ist der Invaliditätsgrad grundsätzlich durch einen Einkommensvergleich zu ermitteln. Dabei wird das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (zumutbares Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Einkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen).

2.

2.1 Vorab ist zu prüfen, ob die Überwachung durch einen Privatdetektiv rechtmässig gewesen ist und somit die Observationsergebnisse als Beweismittel verwertbar sind. Die Erhebung und Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Daten, worunter auch Videoaufnahmen fallen, berührt im öffentlich-rechtlichen Verhältnis den Schutzbereich der persönlichen Freiheit und den Schutz der Privatsphäre (Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 der Bundesverfassung, BV, SR 101). In einer privatdetektivlichen Beobachtung einer leistungsansprechenden Person ist eine Verletzung der Privatsphäre zu sehen. Eine Einschränkung des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes bedarf einer gesetzlichen Grundlage, muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und den Kerngehalt des Grundrechts wahren (Art. 36 BV). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handle es sich bei einer Observation jedenfalls dann um einen relativ geringfügigen Eingriff in die grundrechtlichen Positionen der überwachten Person, wenn sie sich auf den öffentlichen Raum beschränke. Dasselbe gelte für eine Observation im öffentlich einsehbaren, privaten Raum (namentlich



Balkon), soweit die überwachte Person einzig bei Verrichtungen des Alltags gefilmt werde. Durch eine solche Überwachung werde der Kerngehalt von Art. 13 BV nicht angetastet. In Bezug auf die Verhältnismässigkeit verlangt die bundesgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere, dass die Observation objektiv geboten gewesen sei, d.h. dass konkreten Anhaltspunkte vorgelegen hätten, die Zweifel an den geäusserten gesundheitlichen Beschwerden oder der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit hätten aufkommen lassen. Solche Anhaltspunkte könnten beispielsweise gegeben sein bei widersprüchlichem Verhalten der versicherten Person oder wenn Zweifel an der Redlichkeit derselben bestünden (eventuell durch Angaben und Beobachtungen Dritter), bei Inkonsistenzen anlässlich der medizinischen Untersuchung, Aggravation, Simulation oder Selbstschädigung (zum Ganzen vgl. BGE 137 I 327, E. 4 und 5 mit Hinweisen).

2.2 Die gesetzliche Grundlage für eine Observation ist in Art. 43 i.V.m. Art. 28 Abs. 2 ATSG und in Art. 59 Abs. 5 IVG zu erblicken. Das öffentliche Interesse an der Einschränkung des Schutzes der Privatsphäre liegt darin, die Gemeinschaft der Versicherten nicht zu schädigen, indem nicht geschuldete Leistungen erbracht werden (vgl. BGE 137 I 327, E. 5.3 mit Hinweisen). Vorliegend ist das öffentliche Interesse an einer Observation angesichts der zur Diskussion stehenden erheblichen Leistungen der Invalidenversicherung (ganze Rente für eine relativ junge Versicherte) ohne Weiteres zu bejahen. Auch die objektive Gebotenheit der Observation kann bejaht werden: Die Beschwerdeführerin leidet unter diffusen Beschwerden seitens des Bewegungsapparates (IV-act. 33) und hat im Verlauf des Verwaltungsverfahrens eine zunehmende Symptomausweitung gezeigt (IV-act. 71). Gerade in Fällen, in denen die subjektiv erlebten Schmerzen nicht vollständig durch die objektiv erhobenen Befunde erklärt werden können, stellen Aufnahmen des Verhaltens der versicherten Person in Alltagssituationen für medizinische Sachverständige ein wichtiges und geeignetes (Hilfs-) Mittel dar, die objektiv noch zumutbare Arbeitsfähigkeit möglichst wahrheitsnah einschätzen zu können. Daran ändert auch die Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin es unterlassen hat, das Observationsmaterial den MEDAS-Gutachtern vorzulegen, nichts. Die Aufnahmen vom Balkon sowie dem Garagenvorplatz dürfen im Übrigen verwertet werden, da diese Orte gemäss den unbestrittenen Angaben der Beschwerdegegnerin von der Hauptstrasse aus direkt



eingesehen werden können und die Beschwerdeführerin lediglich bei alltäglichen Verrichtungen gefilmt worden ist.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin ist Ende August/Anfang September 2010 von der MEDAS internistisch, rheumatologisch, neurologisch und psychiatrisch abgeklärt worden. Die Sachverständigen haben die Arbeitsfähigkeit aus somatischer Sicht gleich eingeschätzt wie der RAD-Orthopäde, der die Beschwerdeführerin im Oktober 2007 in ihrer angestammten Tätigkeit als Servicefachangestellte als vollständig arbeitsunfähig und in einer adaptierten Tätigkeit als zu etwa 70 % arbeitsfähig eingeschätzt hat. Der psychiatrische Sachverständige der MEDAS hat die psychisch bedingte Arbeitsunfähigkeit auf 40-50 % festgelegt. Polydisziplinär hat die MEDAS die Restarbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit auf 50 % geschätzt. Zwischen dem 24. September und dem 10. November 2010, d.h. wenige Wochen nach der MEDAS-Begutachtung, hat die Observation stattgefunden. Das Gutachten datiert zwar erst vom 23. November 2010; dem Gutachten sind jedoch keine Hinweise zu entnehmen, dass die Sachverständigen zum Zeitpunkt der Ausfertigung des Gutachtens Kenntnis der Observation bzw. der Observationsergebnisse gehabt hätten. Stattdessen hat die Beschwerdegegnerin die Observationsergebnisse dem RAD unterbreitet. RAD-Arzt M.____ hat im Dezember 2010 resp. im Februar 2011 erklärt, dass die von der Beschwerdeführerin anlässlich der Begutachtung geltend gemachten somatischen Beschwerden nicht mit den Filmaufnahmen vereinbar seien. Insbesondere sei das Einsetzen der linken oberen Extremität beim Schliessen des Garagentores nicht mit den geltend gemachten Beschwerden vereinbar. Die Beschwerdeführerin sei in leichten Alltagstätigkeiten nicht eingeschränkt. Sie könne auch die im Alltag erforderlichen verstärkten körperlichen Einsätze (Zügeln, Wäschebesorgung) uneingeschränkt leisten. Die Beschwerdeführerin habe völlig falsche Angaben zu ihrer körperlichen Behinderung gemacht. Die Angaben seien dermassen grotesk übertrieben gewesen, dass von einer Täuschung ausgegangen werden müsse. Trotzdem hat Dr. M.____ erklärt, dass an der gutachterlich festgestellten, somatisch bedingten Arbeitsfähigkeit festgehalten werden könne (30 %ige Arbeitsunfähigkeit adaptiert). Dr. M.____ hat weiter angegeben, die Filmaufnahmen zeigten, dass die depressive Störung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit keinen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin



habe. Die Einschätzung von Dr. M.____ überzeugt aus verschiedenen Gründen nicht: Erstens ist unverständlich, weshalb er an der vom RAD-Orthopäden und den MEDAS-Sachverständigen geschätzten somatisch bedingten Arbeitsunfähigkeit festhält, obwohl er davon ausgeht, dass die Beschwerdeführerin die Sachverständigen getäuscht habe. Zweitens erscheint die Aussage, dass die Beschwerdeführerin völlig falsche, groteske Angaben zu ihren somatischen Einschränkungen gemacht habe, offensichtlich als übertrieben: So hat die Beschwerdeführerin anlässlich der Begutachtung angegeben, häufig eine Art Schulterschmerz links zu verspüren (IV-act. 124-4). Gleiches gilt für die Rückenschmerzen: Die Beschwerdeführerin hat nicht geltend gemacht, dass sie ständig unter Rückenschmerzen (und damit verbundenen Beinschmerzen) leide, sondern dass diese Beschwerden nur alle paar Tage aufträten. Weiter ist einer Person äusserlich nicht anzusehen, ob sie unter Kopfschmerzen leidet oder nicht. Auch erscheint es schwierig, aufgrund der Videoaufnahmen zu beurteilen, ob die Beschwerdeführerin unter Nacken- und Halsschmerzen leidet bzw. ob die Bewegungen der HWS auf den Aufnahmen zu weniger als einem Viertel eingeschränkt sind, wie dies anlässlich der MEDAS-Untersuchung festgehalten worden ist (IV-act. 134-8). Sodann hat die Beschwerdeführerin anlässlich der Untersuchung ein hinkfreies und unauffälliges Gangbild gezeigt, ist wechselbeinig die Treppe hinaufgestiegen und hat sich ohne Schonhaltung an- und ausgezogen. Zudem hat die Beschwerdeführerin gegenüber den Sachverständigen angegeben, den Haushalt mit geringer Hilfe recht gut alleine bewältigen zu können und sich intensiv um den Sohn zu kümmern (IV-act. 135-13). Das Gutachten vermittelt somit nicht das Bild einer Person, die so schmerzgeplagt ist, dass sie sich im Alltag kaum noch bewegen kann. Drittens sind die Filmaufnahmen ein untaugliches Mittel, um das Vorhandensein einer depressiven Störung zu bestätigen oder zu verneinen. Nur weil die Beschwerdeführerin auf frontalen Nahaufnahmen keinen deprimierten Gesichtsausdruck gezeigt, unauffällig gestikuliert und mitgeholfen hat, kann daraus nicht geschlossen werden, dass sie nicht an einer depressiven Störung leidet, die ihre Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt. Die Filmaufnahmen sind offensichtlich nicht geeignet, die vom psychiatrischen Sachverständigen angeführten depressiven Symptome wie Stimmungsschwankungen, innere Unruhe, Zukunftsängste und Schlafstörungen zu widerlegen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine überzeugende medizinische Stellungnahme zum Observationsmaterial bei den Akten liegt. Eine solche ist jedoch notwendig, um den



Arbeitsfähigkeitsgrad mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit feststellen zu können. Denn auch wenn die Videoaufnahmen nicht geeignet sind, der Beschwerdeführerin ohne Weiteres eine Täuschungsabsicht zu unterstellen, so vermögen sie doch Zweifel an den Selbstangaben der Beschwerdeführerin zu den körperlichen Einschränkungen zu wecken: Auf den Videoaufnahmen ist ersichtlich, wie die Beschwerdeführerin alltägliche Verrichtungen ohne ersichtliche körperliche Einschränkung, ohne Schonverhalten und ohne sichtbare Schmerzempfindung ausübt, obwohl der anlässlich der MEDAS-Untersuchung durchgeführte PACT-Test eine sehr tiefe Selbsteinschätzung der körperlichen Fähigkeiten ergeben hat (16 von 200 möglichen Punkten, IV-act. 134-9) und obwohl die Beschwerdeführerin dort erklärt hat, die Schmerzintensität betrage bei einer Skala von 1-10 oft 8. Insbesondere fällt bei der Betrachtung der Videoaufnahmen auf, dass die Beschwerdeführerin Gegenstände meist links trägt und sogar das Garagentor mit der linken Extremität öffnet und schliesst, obwohl sie anlässlich der Begutachtung doch über Schulterschmerzen links geklagt hat. Die MEDAS-Sachverständigen haben die Beschwerdeführerin kurz vor dem Abschluss der Observation untersucht, so dass sie nicht über die Filmaufnahmen verfügt haben. Sie haben also nicht über das gesamte von der Beschwerdegegnerin erstellte bzw. gesammelte medizinische Aktenmaterial verfügt. Grundsätzlich besteht die Möglichkeit, dass die Arbeitsfähigkeitsschätzung der MEDAS-Sachverständigen anders ausgefallen wäre, wenn sie über die Filmaufnahmen verfügt hätten. Damit vermag die Arbeitsfähigkeitsschätzung im MEDAS-Gutachten nicht zu überzeugen. Die Beschwerdegegnerin wird die Observationsergebnisse den Sachverständigen der MEDAS noch vorzulegen haben, damit diese ihre Arbeitsfähigkeitsschätzung überprüfen können.

3.2 Die Rechtsvertreterin hat mit der Beschwerde neue Berichte von Dr. D.____ vom 9. und 24. Januar 2012 (act. G 1.1 Beilage 7 f.) eingereicht, in welchen dieser neue Diagnosen, namentlich eine Cervikalkanalstenose mit Zeichen beginnender Myelopathie, ein signifikant zugenommenes CTS beidseits linksbetont, einen Verdacht auf Medikamentenübergebrauchskopfschmerz sowie eine linksseitige Spondylarthrose mit Hyperthrophie des Ligamentum flavum und geringer Einengung des Recessus, mögliche Wurzelirritation L4/L5 links, angegeben hat. Die Beschwerdegegnerin wird den Sachverständigen der MEDAS auch diese beiden neuen Berichte von Dr. D.____



vorlegen und sie dazu zu befragen, ob und wenn ja, welchen zusätzlichen Einfluss diese Diagnosen auf die Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin haben.

3.3 Der behandelnde Psychiater Dr. K.____ hat im Juni 2011 zum MEDAS-Gutachten Stellung genommen. Er hat erklärt, dass die gestellten Diagnosen in den wesentlichen Punkten mit seinen eigenen übereinstimmen. Während der psychiatrische Sachverständige die psychisch bedingte Arbeitsunfähigkeit auf 40-50 % geschätzt hat, geht der behandelnde Psychiater von einer 100 %igen Arbeitsunfähigkeit in jeglicher Tätigkeit aus. Der behandelnde Psychiater hat seine Einschätzung damit begründet, dass die Abklärung in der J.____ gezeigt habe, dass die Beschwerdeführerin wegen ihres labilen Gesundheitszustandes die Leistung nicht aufrechterhalten könne; es fehle ihr das Durchhaltevermögen. Die Arbeitsfähigkeitsschätzung des behandelnden Psychiaters überzeugt nicht: Bei der Einschätzung der Arbeitsfähigkeit geht es darum festzustellen, ob bzw. in welchem Ausmass einer versicherten Person eine Erwerbstätigkeit objektiv betrachtet noch zumutbar ist. Es kann daher nicht von der im Rahmen eines Arbeitsversuchs gezeigten Arbeitsleistung auf die medizinisch-theoretisch mögliche und zumutbare Arbeitsleistung geschlossen werden. Da die Sache jedoch ohnehin zur ergänzenden Beurteilung an die MEDAS zurückzuweisen ist, bietet es sich an, dem psychiatrischen Sachverständigen die Stellungnahme von Dr. K.____ vom 13. Juni 2011 (IV-act. 138-27 ff.) ebenfalls zur Stellungnahme vorzulegen. Insbesondere wird sich der psychiatrische Sachverständige auch zum Vorwurf, er habe seine Arbeitsfähigkeitsschätzung nicht näher begründet (IV-act. 138-36), äussern können.

4.

4.1 Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat am 2. Juni 2010 ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung im sozialversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren gestellt. Die Beschwerdegegnerin hat dieses Gesuch abgewiesen, wogegen die Beschwerdeführerin wiederum Beschwerde erheben liess. Nach Art. 37 Abs. 4 ATSG wird der gesuchstellenden Person ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt, wo es die Verhältnisse erfordern (vgl. Art. 29 Abs. 3 BV). Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung setzt die Bedürftigkeit der gesuchstellenden Person, die fehlende Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren sowie



die sachliche Gebotenheit des Beizugs eines Anwalts voraus (BGE 132 V 200, E. 4.1). Dabei ist das Erfordernis der sachlichen Gebotenheit einer Rechtsverteidigung im sozialversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen zu bejahen. Es müssen sich schwierige rechtliche oder tatsächliche Fragen stellen und eine Interessenwahrung durch Verbandsvertreter, Fürsorgestellten oder andere Fach- und Vertrauensleute sozialer Institutionen ausser Betracht fallen (BGE 132 V 200, E. 4.1). Von Bedeutung ist auch die Fähigkeit der versicherten Person, sich im Verfahren zurechtzufinden (BGE 125 V 32, E. 4b). Mit Blick darauf, dass das sozialversicherungsrechtliche Verwaltungsverfahren vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht werde und dass die Versicherungsträger und die Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen (damit auch die IV-Stellen) den rechtserheblichen Sachverhalt unter Mitwirkung der Parteien zu ermitteln hätten (Art. 43 ATSG), dränge sich eine Rechtsverteidigung nur ausnahmsweise auf (BGE 132 V 200 E. 4.1).

4.2 Vorliegend handelt es sich vom Schwierigkeitsgrad her um einen durchschnittlichen Rentenfall, in welchem sich weder besondere tatsächliche noch besondere rechtliche Fragen gestellt haben. Eine Observation macht nicht per se eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich, da es sich dabei nur um eine von mehreren Varianten des Augenscheins und damit um ein Beweismittel handelt, das sich in seiner Qualität nicht von anderen Beweismitteln (wie etwa der Abklärung durch einen medizinischen Sachverständigen, bei dem die zu explorierende Person ebenfalls beobachtet wird) unterscheidet. Die Beschwerdegegnerin hat daher das Gesuch um eine unentgeltliche Rechtsverteidigung im Verwaltungsverfahren zu Recht abgewiesen.

5.

5.1 Demnach ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die Sache ist wegen der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes nach Art. 43 Abs. 1 ATSG an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin wird die MEDAS-Sachverständigen auffordern müssen, Stellung zum Observationsmaterial, zu den Berichten von Dr. D.____ vom 9. und 24. Januar 2012 und zur Stellungnahme von Dr. K.____ vom 13. Juni 2011 zu nehmen.



5.2 Das Beschwerdeverfahren ist kostenpflichtig. Die Kosten werden nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert im Rahmen von Fr. 200.-- bis Fr. 1'000.-- festgelegt (Art. 69 Abs. 1^{bis} IVG). Eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.-- erscheint in der vorliegend zu beurteilenden Angelegenheit als angemessen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist sie vollumfänglich der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Die bewilligte unentgeltliche Rechtspflege für das vorliegende Verfahren ist aufgrund des Obsiegens der Beschwerdeführerin gegenstandslos geworden.

5.3 Gemäss Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende beschwerdeführende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Die Parteientschädigung wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen. In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO (sGS 963.75) pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr. 12'000.--. In einem Fall mit mittlerem Aufwand und Schwierigkeitsgrad wird praxisgemäss eine Pauschalentschädigung von Fr. 3'500.-- ausgerichtet. Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin entsprechend mit Fr. 3'500.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

entschieden:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die angefochtene Rentenverfügung vom 5. Januar 2012 aufgehoben und die Sache wird zur weiteren Abklärung und zur anschliessenden Neuverfügung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Die Beschwerde gegen die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtsbeistandung im Verwaltungsverfahren wird abgewiesen.
3. Die Beschwerdegegnerin hat die Gerichtskosten von Fr. 600.-- zu bezahlen.
4. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- zu bezahlen.