



Fall-Nr.: IV 2016/407
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 07.05.2020
Entscheiddatum: 17.06.2019

Entscheid Versicherungsgericht, 17.06.2019

Art. 43 Abs. 1 ATSG; Art. 28 IVG: Trotz Rechtswidrigkeit der Observation Verwertbarkeit der Observationsergebnisse bejaht. Seit dem Zeitpunkt der ersten Videoüberwachung steht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fest, dass eine 100%ige Arbeitsfähigkeit in adaptierter Tätigkeit besteht. Für den Zeitraum vor der Observation kann die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers aufgrund einer ungenügenden Aktenlage nicht mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit beurteilt werden. Rückweisung zu weiteren Abklärungen durch die Beschwerdegegnerin (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 17. Juni 2019, IV 2016/407).

Entscheid vom 17. Juni 2019

Besetzung

Präsident Ralph Jöhl, Versicherungsrichterin Monika Gehrler-Hug, Versicherungsrichter Joachim Huber; Gerichtsschreiberin Sabrina Bleile

Geschäftsnr.

IV 2016/407

Parteien

A.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin Margot Benz, MLaw HSG,



St.Galler Gerichte

Jacober Bialas & Partner, Oberer Graben 44, Postfach 1047,

9001 St. Gallen,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Rente

Sachverhalt

A.

A.a A.____ war seit dem __ 2008 bei der B.____ AG in C.____ als Betriebsmitarbeiter angestellt (vgl. IV-act. 25). Ab Mitte Oktober 2009 wurde der Versicherte aufgrund von Rückenschmerzen zu 100 % arbeitsunfähig geschrieben (IV-act. 1 S. 7; 14 S. 5, 25 S. 2 und 57 S. 2). Am 21. Oktober 2009 angefertigte MRI-Bilder zeigten eine Spondylolyse auf der Höhe LWK 5 sowie eine deutliche Degeneration der Bandscheibe LWK5/S1 mit Osteochondrose (IV-act. 14 S. 13 und 14 S. 11). Am 11. Januar 2010 stellte sich der Versicherte wegen einer Verschlechterung der Rückenbeschwerden nach einem Hustenanfall vom 10. Januar 2010 in der zentralen Notfallaufnahme (ZNA) des Spitals X.____ vor (IV-act. 14 S. 15). Nach einer diagnostischen Infiltration der Facettengelenke L5/S1 (vgl. IV-act. 14 S. 13 f.) unterzog sich der Versicherte am 3. Mai 2010 im X.____ einer Operation, einer sogenannten TLIF L5/S1 bei isthmischer Lyse L5/S1 und Spondylarthrose L5/S1 (vgl. IV-act. 14 S. 9). Anlässlich einer postoperativen Verlaufskontrolle vom 29. Juni 2010 beklagte der Versicherte lediglich noch leichte Restbeschwerden (IV-act. 14 S. 9). Bei einer Verlaufskontrolle am 17. August 2010 gab der Versicherte an, bis zu seinen Ferien habe ein problemloser Verlauf bestanden. Danach seien jedoch erneut Schmerzen, insbesondere im Bereich der linken Gesässbacke bis zu den Füssen und unterhalb der Knie beidseits, aufgetreten. Er gab



St.Galler Gerichte

diffus über das ganze Bein verteilte Schmerzen an (IV-act. 14 S. 8). Aufgrund eines Schmerzes im Dermatom L5 (vgl. IV-act. 14 S. 8) erfolgte am 16. September 2010 eine neurologische Kontrolle bei Dr. med. D.____, FMH Neurologie, Ambulatorium der Klinik E.____. Dieser berichtete gleichentags, dass bei den anamnestischen Angaben und den durchwegs normalen neurologischen Befunden keine fokal neurologischen Ausfälle nachgewiesen werden könnten. Leider habe der Versicherte die elektrodiagnostische Untersuchung nicht toleriert (IV-act. 14 S. 5).

A.b Am 23. September 2010 meldete sich der Versicherte bei der IV-Stelle des Kantons St. Gallen (nachfolgend: IV-Stelle) zum Bezug von Leistungen an (IV-act. 1)

A.c Am __ Oktober 2010 nahm der Versicherte an einem Arbeitsversuch bei seiner Arbeitgeberin teil, welcher jedoch scheiterte (vgl. IV-act. 15 S. 2, 25 S. 2).

A.d Vom __ bis __ Dezember 2010 war der Versicherte im Rehabilitationszentrum Valens stationär hospitalisiert. Im Austrittsbericht vom __ Dezember 2010 wurde der Verdacht auf eine mechanische Reizung im Bereich des linken oberen Spondylodesematerials geäussert. Die Ärzte empfahlen die Evaluation einer operativen Schraubenentfernung (IV-act. 35; vgl. ferner IV-act. 31).

A.e Im Rahmen einer CT-Untersuchung vom 18. Januar 2011 wurde der Verdacht auf eine Pseudoarthrosenbildung bei nicht durchgebauten dorsalen Anteilen sowie fraglichem Durchbau im Bereich des Cages geäussert (vgl. IV-act. 41 S. 2), weshalb anlässlich einer Nachkontrolle vom 25. Januar 2011 in der Klinik Y.____ des X.____ eine operative Revision diskutiert wurde, wobei der Versicherte einer solchen negativ gegenüberstand (IV-act. 41 S. 1 f.).

A.f Am __ Februar 2011 startete ein neuer Arbeitsversuch bei der B.____ AG, den der Versicherte am __ Februar 2011 wegen zu starken Schmerzen abbrach (vgl. IV-act. 42 und 43). Am 31. März 2011 teilte die IV-Stelle dem Versicherten mit, dass aufgrund seines Gesundheitszustandes zurzeit keine beruflichen Eingliederungsmassnahmen möglich seien (IV-act. 52 S. 1).

A.g Anlässlich eines Kontrolltermins im X.____ vom 19. April 2011 zeigte der Versicherte keine Pseudoarthroseschmerzen, sondern eher Implantatschmerzen. Im



St.Galler Gerichte

durchgeführten CT war ein nicht vollständiger Durchbau des TLIF sichtbar. Auf eine Schraubenentfernung wollten die behandelnden Ärzte zu diesem Zeitpunkt verzichten (IV-act. 55).

A.h Bereits am 14. März 2011 hatte sich der Versicherte in eine ambulante Behandlung bei Dr. med. F.____, Ärztin und stellvertretende Leiterin des Ambulatoriums der Tagesklinik des psychiatrischen Zentrums G.____, begeben. Diese beendete er laut dem Therapiebericht vom 24. Juni 2011 am 30. Mai 2011 mit der Begründung, das Besprechen seiner Erkrankung bringe nichts. Weiter führte Dr. F.____ im Bericht aus, dass der Versicherte zwei verordnete Antidepressiva selber abgesetzt habe. Zur ambulanten Kunsttherapie sei er nach zweimaliger Teilnahme nicht mehr erschienen (IV-act. 57 S. 2). Als Diagnosen nannte Dr. F.____ eine schwere depressive Episode ohne psychotische Symptome seit mindestens einem halben Jahr und eine kombinierte Persönlichkeitsstörung mit narzisstischen, paranoiden und querulatorischen Zügen, bestehend seit mindestens drei Jahren, sowie ein chronisches Schmerzsyndrom bestehend seit 2010 (IV-act. 57 S. 1 ff.).

A.i Am 9. Mai 2011 war der Versicherte für eine Probebehandlung bei Dr. med. H.____, Facharzt FMH für Allgemeinmedizin, gewesen. Dieser hatte am 10. Mai 2011 berichtet, der Versicherte sei sehr steif in die Praxis gekommen und habe sich extrem vorsichtig bewegt. Er habe zwar klare Dysfunktionen, welche sich auch behandeln liessen, jedoch würde es ihm nach einer Behandlung nicht besser gehen als vorher. Der Versicherte habe die Applikation einer Nadel in den musculus gluteus minimus mit einem Aufspringen von der Liege beantwortet. Der Körper des Versicherten habe sich sofort verkrampft, obwohl die Nadel nur einen Zentimeter in das Subkutangewebe eingeführt worden sei. Es liege ein klarer Fall einer Abkoppelung der zentralen Schmerzverarbeitung vom peripheren Prozess vor. Er, Dr. H.____, könne dies nicht erfolgreich behandeln (IV-act. 73 S. 9; vgl. ferner IV-act. 73 S. 1 ff.).

A.j Am 29. Juni 2011 erfolgte eine Konsultation im Z.____ des X.____ bei Oberärztin Dr. med. I.____. Diese berichtete am 7. Juli 2011, der Versicherte leide an einer chronifizierten Schmerzerkrankung. Er sei einerseits sehr zuvorkommend und versuche, alles zu machen, um sich zu verbessern, andererseits lehne er aber die meisten der Therapien ab und wirke teilweise aggressiv. Er zeige narzisstisch



St.Galler Gerichte

gekränkte und teils paranoide Züge. Beispielsweise traue er sich nicht, über alles zu reden. Ausserdem zeige er depressive Züge mit kompletter Machtlosigkeit, Hilflosigkeit und vermindertem Selbstwertgefühl. Sie empfehle eine psychologische, schmerztherapeutische Begleitung. Insbesondere müsse daran gearbeitet werden, dem Versicherten zu zeigen, dass die Medizin nicht alle seine Probleme lösen könne und dass nur er selber durch Einsicht etwas bewegen könne (IV-act. 84).

A.k Am __ August 2011 kündigte die B.___ AG das Arbeitsverhältnis mit dem Versicherten per __ 2011 (IV-act. 70).

A.l In einem Verlaufsbericht der Klinik Y.___ des X.___ vom 27. Oktober 2011 hielt der behandelnde Arzt fest, bei einer MRI-Untersuchung hätten sich die bekannten degenerativen Veränderungen der LWS sowie eine korrekte Lage ohne konkret raumfordernde Anteile im Spondylodeseareal gezeigt. Rechtsseitig sei die Dekompression ausgeheilt. Linksseitig bestünden noch vorbekannte, leichte foraminale Engen. Bei dem Versicherten bestehe eine exazerbierte und wahrscheinlich im Verhältnis zu den morphologischen Veränderungen unproportionale Schmerzempfindung. Der Versuch, die erkannten Schmerzpunkte im Ansatzbereich der Rückenmuskulatur auszuschalten, sei gescheitert, da der Versicherte fast panische Angst vor Injektionen gezeigt und sich von dieser Therapieoption distanziert habe (IV-act. 95 S. 2 f.).

A.m Am 7. November 2011 nahm der Versicherte an einem Programm des Z.___ des X.___ teil. Oberärztin Dr. med. J.___ führte dazu am 23. Januar 2012 aus, der Versicherte sei regelmässig und pünktlich zu den Kurseinheiten erschienen, jedoch habe er sich schlecht in die Gruppe einfügen und kein Verständnis für die Pathophysiologie des Schmerzes erlangen können. Er habe sich geweigert, den wöchentlichen Fragebogen auszufüllen und das Angebot des Feedbacks in der Gruppe habe er ebenfalls ausgeschlagen. Immer wieder habe er betont, dass jeder Mensch verschieden sei und dass die Erklärungen im Kurs nicht für alle gelten würden (IV-act. 100 S. 1 f.).

A.n Anlässlich einer Konsultation in der Klinik Y.___ des X.___ vom 10. Januar 2012 wurde dem Versicherten eine Infiltration angeboten, welche dieser jedoch ablehnte (IV-act. 86).



St.Galler Gerichte

A.o Ab dem 13. Januar 2012 begab sich der Versicherte in eine psychiatrische Behandlung bei Dr. med. K.___. Diese nannte am 6. Juni 2012 als Diagnose mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit eine depressive Episode mittelschwerer Ausprägung mit somatischem Syndrom. Die bisherige Tätigkeit sei dem Versicherten nicht mehr zumutbar, zurzeit sei auch keine behinderungsangepasste Tätigkeit zumutbar (IV-act. 102).

A.p Vom 10. September bis 5. November 2012 nahm der Versicherte in der psychiatrischen Tagesklinik G.___ an einer Behandlung mit einem multimodalen Programm teil. In einem Bericht an die IV-Stelle vom 14. November 2012 hiess es, zurzeit sei nicht beurteilbar, inwiefern eine behinderungsangepasste Tätigkeit möglich sei. Als psychiatrische Diagnosen wurden eine mittelgradige depressive Episode, eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung und akzentuierte Persönlichkeitszüge mit paranoiden und narzisstischen Anteilen genannt (IV-act. 114).

A.q Am 19., 20. und 25. März 2013 wurde der Versicherte im Auftrag der IV-Stelle vom Zentrum W.___ AG polydisziplinär (internistisch, orthopädisch-chirurgisch, neurologisch und psychiatrisch) untersucht (IV-act. 125 S. 1). Der orthopädische Gutachter Dr. med. L.___ führte in seinem Teilgutachten aus, der Versicherte habe vorwiegend Schmerzen im Bereich der LWS mit Ausstrahlung in die linke untere Extremität angegeben. Weiter habe er berichtet, dass er nur ca. 600 Meter gehen könne, bis er schmerzbedingt pausieren müsse. Da seine Wohnung im 4. Stock ohne Lift liege, habe er Probleme, diese zu erreichen. Er verlasse die Wohnung nur noch selten. Er könne weder sitzen noch liegen und müsse sehr häufig seine Position wechseln. Dr. L.___ hielt weiter fest, dass bei der klinischen Untersuchung ein kurzschrittiges, verlangsamtes Gangbild und eine heftige Gegeninnervation bei der Untersuchung der gesamten Wirbelsäule bestanden hätten. Konkrete motorische Defizite im Bereich der unteren Extremitäten hätten sich nicht finden lassen. Die Beschwerden seien mit einer übermässigen Schmerzreaktion demonstriert worden. Teilweise hätten leichteste Berührungen der LWS ein massives Einknicken ausgelöst, welches klinisch nicht nachvollziehbar gewesen sei. Objektive Gründe für die Schmerzsymptomatik hätten sich in der Bildgebung nicht finden lassen. Für eine leichte, wechselbelastende, vorwiegend sitzende Tätigkeit bestehe aus orthopädisch-chirurgischer Sicht keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit (IV-act. 125 S. 28 ff.). Auch die neurologische Gutachterin Dr. med.



M.____ konnte aus der Sicht ihres Fachgebiets keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit feststellen (IV-act. 125 S. 32). Der psychiatrische Gutachter Dr. med. N.____ diagnostizierte eine schwere depressive Episode ohne psychotische Symptome und attestierte dem Versicherten eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit. Er gab an, der Versicherte sei in seiner gedanklichen Flexibilität deutlich eingeschränkt. Die Anpassungsfähigkeit und die Belastbarkeit seien deutlich reduziert (IV-act. 125 S. 39). Auf der Hamilton-Depressionsskala habe der Versicherte 28 Punkte erreicht, was einer schweren depressiven Episode entspreche (IV-act. 125 S. 36). Zur Verbesserung der Situation empfahl Dr. N.____ eine medikamentöse Anpassung sowie eine Erhöhung der Frequenz der therapeutischen Gespräche. Mit diesen Massnahmen sei eine Verbesserung der Symptomatik mit einer Steigerung der Arbeitsfähigkeit zu erwarten, weshalb er eine Wiederbegutachtung in 12 Monaten empfehle (IV-act. 125 S. 39). In der polydisziplinären Konsensbeurteilung kamen die Gutachter zum Schluss, dass der Versicherte in der zuletzt ausgeübten Tätigkeit seit seiner Rückenoperation im Mai 2010 dauerhaft zu 100 % arbeitsunfähig sei. Aufgrund der schweren depressiven Symptomatik sei der Versicherte zurzeit jedoch auch in einer optimal angepassten Verweistätigkeit nicht arbeitsfähig (IV-act. 125 S. 49).

A.r In einer Stellungnahme vom 2. Oktober 2013 führte RAD-Arzt Dr. med. O.____ aus, dass das Ausfüllen eines Selbstbeurteilungsbogens bei einer depressiven Symptomatik ein problematisches diagnostisches Instrument sei, da aus der Art der gestellten Fragen leicht deren Intention erkannt werden könne. Der Schmerz- und Symptomausweitung sei im Gutachten nicht näher nachgegangen worden. Er empfehle, die tatsächlichen körperlichen Aktivitäten kritisch zu überprüfen (IV-act. 126 S. 2).

A.s Am 27. März 2014 erstattete der Ermittlungs- und Observationsdienst P.____ im Auftrag der IV-Stelle einen Ermittlungsbericht über eine verdeckte Observation des Versicherten an fünf Tagen im Zeitraum vom 25. Februar bis 6. März 2014. Der Bericht hielt fest, dass die Mimik des Versicherten keine Schmerzen gezeigt habe, dass jedoch teilweise vorsichtige und langsame Bewegungen hätten festgestellt werden können. Das Einsteigen in ein Auto bzw. das Aussteigen aus einem Auto hätten dem Versicherten keine Probleme bereitet. Auch habe sich der Versicherte mit Kollegen getroffen und sei sehr kommunikativ gewesen. Zudem habe sich der Versicherte in



St.Galler Gerichte

einem Café mit Personen, die er augenscheinlich nicht gut gekannt habe, unterhalten. An einem Tag habe der Versicherte gesamthaft eine Strecke von ca. 1.5 Kilometer, an drei anderen Tagen von ca. 1.2 Kilometer zu Fuss zurückgelegt (vgl. IV-act. 135).

A.t Dr. med. Q.____, Mitarbeiterin der IV-Stelle, führte in einer Stellungnahme vom 10. April 2014 aus, aufgrund des Observationsmaterials habe ein höheres Aktivitätsniveau beobachtet werden können, als aufgrund der geltend gemachten Einschränkungen anzunehmen gewesen wäre. Das videographisch festgehaltene Gangbild wirke vorsichtig und steif, stärker ausgeprägt bei nasskaltem Wetter, was mit Beschwerden im Bereich der LWS gut vereinbar sei. Die anlässlich der Begutachtung im Juli 2013 angegebenen Einschränkungen mit einer maximal möglichen Gehstrecke von 600 Metern oder stärkster Schmerzen bei etwas längerem Sitzen könnten anhand des Observationsmaterials nicht bestätigt werden. Eine Schmerz- und Symptomausweitung sei bereits im orthopädischen Teilgutachten aus dem Jahr 2013 beschrieben worden. Eine schwere depressive Symptomatik mit sozialer Isolation lasse sich aufgrund der videographischen Aufzeichnungen nicht vermuten. Der Versicherte erscheine kommunikativ, treffe sich mit Bekannten, unterhalte sich aber auch mit weniger gut bekannten Personen. Das beobachtete Verhalten sei freundlich, zugewandt und situationsadäquat. Teilweise erscheine der Versicherte gut gelaunt. Das Observationsmaterial lege eine signifikante Verbesserung der im letzten Sommer diagnostizierten schweren depressiven Episode nahe, weshalb sich eine neue Begutachtung aufdränge (vgl. IV-act. 143 S. 2 f.).

A.u Mit Schreiben vom 4. Juli 2014 informierte die IV-Stelle den Versicherten über die durchgeführte Überwachung und zeigte ihm eine weitere medizinische Begutachtung an (IV-act. 144).

A.v Am 14. Juli 2014 beauftragte die IV-Stelle das R.____ mit einer bidisziplinären Begutachtung des Versicherten (vgl. IV-act. 151 S. 1 und 173 S. 2). Die psychiatrische Untersuchung fand am 3. September 2014 (vgl. IV-act.153 S. 1 und 173 S. 2) und die orthopädische Untersuchung am 23. September 2014 statt (vgl. IV-act. 153 S. 1 und 174 S. 1). Am 24. September 2014 teilte der Versicherte der IV-Stelle telefonisch mit, dass er den orthopädischen Gutachter Dr. med. S.____ nie mehr sehen wolle. Anlässlich einer Röntgenuntersuchung habe er, der Versicherte, sich über Probleme beklagt.



Daraufhin habe Dr. S.____ ihn angeschrien und ihm mit der Hand auf den Rücken geschlagen (IV-act. 156 S. 1). Zu dieser Anschuldigung äusserte sich Dr. S.____ am 17. Oktober 2014 dahingehend, dass der Versicherte bei der vorletzten Röntgenaufnahme mit einem Schrei und einem heftigen Stöhnen auf den Boden gefallen sei. Der Versicherte habe die Augen geschlossen und massiv gehustet, sodass der Eindruck entstanden sei, er bekomme keine Luft. Aus diesem Grund habe er dem Versicherten von hinten auf die Lunge geklopft. Er habe ihn nicht angeschrien, sondern ihn in einem lauten Ton angesprochen, um zu sehen, ob er noch bei Bewusstsein sei. Der Versicherte habe die Augen relativ schnell wieder geöffnet und habe sich dann mit Hilfe nach oben aufrichten können (IV-act. 158 S. 1). Im bei der IV-Stelle am 1. Oktober 2015 eingegangenen Gutachten kamen die Gutachter im bidisziplinären Konsens zum Schluss, dass der Versicherte ab dem Zeitpunkt der Erstellung des psychiatrischen Gutachtens vom 26. Juli 2015 sowohl in seiner bisherigen Tätigkeit als auch in einer adaptierten Tätigkeit zu 100 % arbeitsfähig sei (vgl. IV-act. 174 S. 16 ff.). Dr. S.____ hielt in seinem Teilgutachten fest, dass der Versicherte aus orthopädischer Sicht sowohl in seiner bisherigen als auch in einer adaptierten Tätigkeit ab sofort zu 100 % arbeitsfähig sei (IV-act. 174 S. 14 f.). Der psychiatrische Gutachter Dr. med. T.____ führte in seinem Teilgutachten aus, mit hinreichender Sicherheit könne gesagt werden, dass eine relevante depressive Symptomatik spätestens zum Zeitpunkt der ersten Videoüberwachung nicht mehr bestanden habe und somit spätestens ab dem Untersuchungsdatum vom 3. September 2014 eine volle Arbeitsfähigkeit sowohl in der bisherigen als auch in einer adaptierten Tätigkeit bestehe (IV-act. 173 S. 22 f.). Dr. S.____ konnte in seiner Untersuchung keine Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit finden (IV-act. 174 S. 11). Er führte aus, dass das An- und Auskleiden beim Versicherten sehr dramatisch erfolgt sei und dass jede Bewegung mit Schmerzäusserungen bekundet worden sei (vgl. IV-act. 174 S. 9). Aufgrund der klinischen und radiologischen Befunde könne er die vom Versicherten angegebenen Beschwerden nicht nachvollziehen (IV-act. 174 S. 13). Auch die unkooperative Verhaltensweise des Versicherten nach dem operativen Eingriff an der LWS lasse die Vermutung aufkommen, dass der vorgegebene Leidensdruck nicht bestehe. Aus den radiologischen Befunden lasse sich ableiten, dass das Krankheitsbild vollständig ausgeheilt sei (IV-act. 174 S. 13 f.; vgl. ferner IV-act. 174 S. 8 ff.). Auch der psychiatrische Gutachter Dr. T.____ konnte keine Diagnosen mit Auswirkung auf die



Arbeitsfähigkeit erheben. Als Diagnosen ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit nannte er eine depressive Episode, gegenwärtig unvollständig remittiert, bei einer Persönlichkeitsakzentuierung mit narzisstischen und paranoiden Zügen sowie eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren (IV-act. 173 S. 14). Er führte aus, dass er sich den Ausführungen im interdisziplinären Vorgutachten anschliesse, wonach sich beim Versicherten keine Persönlichkeitsstörung finden lasse (IV-act. 173 S. 14 f.; vgl. ferner IV-act. 173 S. 16). Das Vorliegen einer schweren depressiven Episode, wie im psychiatrischen Vorgutachten beschrieben, könne derzeit hingegen nicht bestätigt werden. Bei genauer Betrachtung unterscheide sich der bei der psychiatrischen Vorbegutachtung erhobene Befund nur unwesentlich vom aktuellen Befund, wobei auffalle, dass die Eingangskriterien einer depressiven Episode, nämlich eine anhaltende und signifikante Beeinträchtigung in den Bereichen Affektivität, Hedonie und Psychomotorik, auch zum Zeitpunkt der Untersuchung des psychiatrischen Vorgutachters analog zu jetzt nicht erfüllt gewesen seien. In der aktuellen Untersuchung hätten keine relevanten funktionellen Einschränkungen nachgewiesen werden können.

Behandlungsanamnestisch sei zwar ein erheblicher Leidensdruck dokumentiert, jedoch sei dieser überwiegend in den Situationen präsentiert worden, in denen sich der Versicherte direkt oder indirekt in einem medizinisch relevanten Kontext befunden habe. Aus den Observationsergebnissen gehe ein weitgehend intaktes psychosoziales Umfeld hervor. Zudem habe der Versicherte seine Klagen demonstrativ vorgetragen und es bestehe eine erhebliche Diskrepanz zwischen der Inanspruchnahme von Therapien und den geschilderten Beschwerden (IV-act. 173 S. 17). Auch in der gutachterlichen Untersuchung habe sich der Versicherte mit diversen Auffälligkeiten präsentiert, zu einem grossen Teil hätten diese im Bereich des sozialen Verhaltens gelegen. Beispielsweise sei in der Untersuchung eine behutsame, empathische Ansprache notwendig gewesen, um das Gespräch fortsetzen zu können. Die Überwachungsaufnahmen lieferten ein anderes Bild. Die aufgezeichnete nonverbale Kommunikation lasse nicht auf erhebliche Schwierigkeiten im Sinne einer psychomotorischen Anspannung, wie sie es gewöhnlich bei einem Versuch, Defizite zu überwinden, vorkomme, schliessen. Der Versicherte wirke in den Videos gelassen, entspannt und zeige durchwegs positive affektive Regungen. Zwar könne aus den Videosequenzen nicht zweifellos abgeleitet werden, dass der Versicherte in den



Situationen das gleiche affektive Erleben, wie er es nach aussen hin präsentiert habe, gehabt habe. Allerdings lasse sich daraus eine prinzipielle Modulierbarkeit des Verhaltens ableiten. Von einer Person, welche spontan und unaufgefordert problemlos an sozialen Interaktionen teilnehme und keine wesentlichen Einschränkungen in der Beweglichkeit zeige, könne erwartet werden, dass sie eine Arbeitssituation mit umschriebenen Anforderungen an das Bewegungsspektrum und das soziale Verhalten umso besser bewältigen könne. Bei fehlender Motivation seien die Defizite in der subjektiv als belastend wahrgenommenen Arbeitssituation allerdings schlechter zu bewältigen als in der angenehm und ungezwungen erlebten Situation der spontanen sozialen Kommunikation. Eine psychische Störung, welche die Fähigkeit zur freien Willensbildung sowie die Fähigkeit, eine motivationale Grundlage zu entwickeln und entsprechend zu agieren, beeinträchtigt, liege beim Versicherten jedoch nicht vor (IV-act. 173 S. 15 f.). Zu den Gründen für die Dynamik des diskrepanten Verhaltens bei den ärztlichen Untersuchungen und den aufgezeichneten Situationen habe in der Exploration vor allem aufgrund der stark eingeschränkten Mitwirkung des Versicherten nichts in Erfahrung gebracht werden können. So sei am ehesten anzunehmen, dass die vom Versicherten beklagte Symptomatik den bisherigen therapeutischen Interventionen in einem grösseren Umfang zugänglich gewesen sei, als vom Versicherten bisher angenommen (vgl. IV-act. 173 S. 17). Denkbar sei, dass die Flexibilität des Verhaltens im Zeitpunkt der Vorbegutachtung durch das Vorliegen einer depressiven Episode eingeschränkt gewesen sei. In der vorliegenden Untersuchung habe sich der Versicherte zwar dysphorisch, jedoch frei von anderen relevanten Defiziten gezeigt, sodass die Diagnose einer depressiven Episode nicht mehr habe gestellt werden können. Die überzeichnete Schmerzpräsentation sowie andere in den vorliegenden Akten beschriebenen Auffälligkeiten seien am ehesten einer starken Identifizierung mit der Krankenrolle zuzuordnen, was auf der Grundlage der Persönlichkeitsakzentuierung das Entstehen eines Abnormal-Illness-Behaviour bedingt habe. Dabei handle es sich um keine gesundheitliche Störung von Krankheitswert, sondern um eine abnorme Reaktionsweise auf eine länger dauernde belastende Symptomatik. Ausserhalb von ärztlichen Untersuchungen werde der Versicherte scheinbar bedeutend weniger Stressoren ausgesetzt, sodass er es nicht nötig habe, seine übermässige Identifizierung mit der Krankenrolle zu betonen. Insofern sei das



St.Galler Gerichte

Vorliegen einer Simulation eher wenig wahrscheinlich. Ein aggravatorisches Verhalten sei viel wahrscheinlicher (IV-act. 173 S. 18).

A.w Mit einem Vorbescheid vom 27. Juni 2016 teilte die IV-Stelle dem Versicherten mit, dass sie beabsichtige, das Rentenbegehren abzuweisen. Aufgrund der medizinischen Abklärungen gehe sie davon aus, dass der Versicherte angestammt voll arbeitsfähig sei, weshalb ein Invaliditätsgrad von 0 % resultiere (IV-act. 183 S. 1 ff.).

A.x Am 26. August 2016 wandte der Versicherte gegen den Vorbescheid ein, er leide nach wie vor sehr unter seinen Schmerzen. Diese hielten ihn den ganzen Tag gefangen, weshalb er nur langsam gehen könne, wie auf den Überwachungsvideos deutlich werde. Er sei weiterhin bei Dr. K.____ in psychiatrischer Behandlung. Er empfinde es als widersprüchlich, dass der psychiatrische Gutachter Dr. T.____ die depressive Episode als unvollständig remittiert bezeichnet habe, aber gleichwohl davon ausgegangen sei, dass spätestens ab dem Zeitpunkt der Videoüberwachung keine depressive Episode mehr vorhanden gewesen sei. Er beantrage eine ganze Rente, zumindest habe er bis März 2014 einen Anspruch auf eine ganze Rente (IV-act. 187 S. 1).

A.y Mit einer Verfügung vom 17. November 2016 (vgl. ferner act. G 2) wies die IV-Stelle das Rentenbegehren bei einem Invaliditätsgrad von 0 % ab (IV-act. 189). Zum Einwand des Versicherten führte sie aus, dass im Gutachten des R.____ keine Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit gestellt worden seien. Ob vor dem Observationszeitraum Einschränkungen psychischer Natur vorgelegen hätten, könne nicht beurteilt werden (IV-act. 189 S. 4).

B.

B.a Gegen diese Verfügung erhob der Versicherte (nachfolgend: Beschwerdeführer) am 25. November 2016 Beschwerde mit einer im Wesentlichen gleichen Begründung wie in seinem Einwand vom 26. August 2016. Ergänzend hielt er fest, er habe die Therapie im Psychiatrischen Zentrum im Mai 2011 nicht von sich aus abgebrochen. Überdies beanstandete er die Unabhängigkeit der Gutachtenserstellung und er warf dem rheumatologischen (gemeint: orthopädischen) Gutachter vor, ihn geschlagen zu haben. Die durchgeführte Observation könne seine innerste psychische Befindlichkeit



St.Galler Gerichte

und seine Schmerzen nicht widerlegen. Er beantragte, seine Arbeitsfähigkeit und seine Invalidität erneut zu überprüfen und ihm mindestens bis März 2014 eine ganze Rente auszurichten (act. G 1). Weiter stellte er ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung (act. G 1, 5 und 11.2).

B.b In ihrer Beschwerdeantwort vom 20. Februar 2017 beantragte die IV-Stelle (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die durchgeführte Observation sei als rechtmässig zu betrachten. Das Observationsmaterial sei in einem detailliert ausgestalteten IV-Verfahren erhoben worden. Die Observation an sich sei durch den allgemeinen gesetzlichen Abklärungsauftrag abgedeckt. Für das invalidenversicherungsrechtliche Verfahren bestehe mit Art. 59 Abs. 5 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20) eine zusätzliche spezialgesetzliche Grundlage zur Bekämpfung des ungerechtfertigten Leistungsbezugs. Selbst eine ungenügende gesetzliche Grundlage würde nicht zur Unverwertbarkeit des Observationsmaterials führen (act. G 8).

B.c Am 27. Februar 2017 wurde die unentgeltliche Rechtspflege für das Verfahren vor dem Versicherungsgericht bewilligt (act. G 9).

B.d Am 24. März 2017 zeigte Rechtsanwältin MLaw M. Benz die Übernahme der Vertretung des Beschwerdeführers an und sie stellte ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung (act. G 11).

B.e Am 30. März 2017 wurde das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung für das Verfahren vor dem Versicherungsgericht gutgeheissen (act. G 12).

B.f In seiner Replik vom 15. Mai 2017 liess der Beschwerdeführer durch seine Rechtsvertreterin die Anträge stellen, die Verfügung vom 28. Oktober 2016 sei aufzuheben und es sei ihm eine ganze Invalidenrente ab dem 1. Mai 2011 zuzusprechen. Das verfassungs- und gesetzeswidrig beschaffte Datenmaterial sei aus den Akten zu entfernen. Eventualiter sei ein psychiatrisches Obergutachten einzuholen und der begutachtenden Person sei eine gesetzeskonform zustande gekommene



Voraktenlage zu unterbreiten. Subeventualiter sei die Sache zur Einholung eines solchen Gutachtens an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (act. G 14 S. 2). Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Observation sei unrechtmässig gewesen, da hierfür im schweizerischen Recht eine hinreichende gesetzliche Grundlage fehle. Ohne Observation hätte der Beschwerdeführer gestützt auf das erste Gutachten eine ganze Invalidenrente erhalten, woran festzuhalten sei. Dessen ungeachtet zeige das Observationsvideo ein sehr einförmiges und eingeschränktes Leben, das mit der Diagnose einer schweren Depression in Einklang stehe (act. G 14).

B.g In ihrer Duplik vom 22. Juni 2017 hielt die Beschwerdegegnerin an den bereits gestellten Anträgen fest (act. G 16).

Erwägungen

1.

Im vorliegenden Verfahren strittig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Invalidenrente.

2.

2.1 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 % arbeitsunfähig gewesen sind und nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40 % invalid sind (Art. 28 Abs. 1 IVG; SR 831.20). Invalidität ist gemäss Art. 8 Abs. 1 ATSG 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).



2.2 Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung - und im Beschwerdefall das Gericht - auf Unterlagen angewiesen, die ärztliche und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes oder der Ärztin ist es dabei, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten die versicherte Person arbeitsfähig ist (BGE 125 V 261 E. 4; BGE 115 V 134 E. 2). Für das gesamte Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Danach haben die urteilenden Instanzen die Beweise frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen und alle Beweismittel unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruchs gestatten. Hinsichtlich des Beweiswerts eines Arztberichts ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten bzw. der Anamnese abgegeben worden ist, in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen der Fachperson begründet sind (zum Ganzen BGE 125 V 352 E. 3a mit Hinweisen).

2.3 Die Parteien tragen im Sozialversicherungsrecht in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Beweislosigkeit ist jedoch erst anzunehmen, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGE 138 V 221 f. E. 6 mit Hinweisen; vgl. ferner ALEXANDRA RUMO-JUNGO/ANDRÉ PIERRE HOLZER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung 4. Aufl. Zürich/Basel/Genf, S. 4 und 55).

3.

3.1 Zur Beurteilung des Anspruchs auf eine Invalidenrente ist demnach zunächst zu prüfen, ob aufgrund der medizinischen Aktenlage der Arbeitsfähigkeitsgrad des



Beschwerdeführers mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit feststeht. Dazu ist zunächst die Zulässigkeit der von der Beschwerdegegnerin in Auftrag gegebenen Observation zu prüfen.

3.2 Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung enthält das schweizerische Sozialversicherungsrecht bis zum Inkrafttreten des neuen Art. 43a des Bundesgesetzes über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) keine genügende gesetzliche Grundlage für die Erteilung eines Observationsauftrages durch die Invalidenversicherung; namentlich stellt Art. 59 Abs. 5 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20) entgegen der von der Beschwerdegegnerin vertretenen Auffassung keine ausreichende gesetzliche Grundlage dar (BGE 143 I 377). Demnach muss die hier zur Diskussion stehende Observation grundsätzlich als rechtswidrig bezeichnet werden. Nun ist die Observation aber bereits durchgeführt worden. Zu prüfen bleibt somit, ob es zulässig ist, die Ergebnisse der Observation zu verwerten. Ein absolutes Verwertungsverbot ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich nur insoweit anzunehmen, als es sich um Beweismittel handelt, die im nicht öffentlich frei einsehbaren Raum zusammengetragen worden sind (vgl. BGE 143 I 386 E. 5.1.3). Die Verwertbarkeit anderer rechtswidrig erlangter Beweise ist in sozialversicherungsrechtlichen Verfahren grundsätzlich zulässig, sofern die tangierten privaten Interessen die öffentlichen nicht überwiegen (vgl. BGE 143 I 386 E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts vom 22. Oktober 2018, 9C_908/2017 und 9C_3/2018, E. 5.2). Bei der Interessenabwägung wird entsprechend der bundesgerichtlichen Praxis dem Interesse der Versichertengemeinschaft an der Aufdeckung respektive Vermeidung von unrechtmässigen Leistungsbezügen in aller Regel ein höheres Gewicht als dem Interesse der betroffenen Person an der Wahrung ihrer Privatsphäre eingeräumt, sofern sich die Observation hinsichtlich ihrer Art und ihres Umfangs als verhältnismässig erweist (vgl. insbesondere BGE 143 I 386 E. 5.1). Mit Blick auf die bundesgerichtliche Praxis muss die Verwertung der Observationsergebnisse im vorliegenden Fall als zulässig qualifiziert werden, da der Beschwerdeführer nur an fünf Tagen observiert worden ist und da sich die Observation auf den öffentlichen Raum oder zumindest auf den von jedermann ohne Weiteres einsehbaren Privatbereich wie den Innenraum von Geschäften oder eines Cafés beschränkt hat (vgl. IV-act. 135). Das Eindringen in die Privatsphäre ist demnach als geringfügig zu betrachten. Überdies hat ein klarer Anfangsverdacht bezüglich eines aggravatorischen Verhaltens bzw. des



Versicherungsmissbrauchs bestanden, welcher ohne Observation kaum überprüfbar gewesen wäre (vgl. IV-act. 126 und 131). Folglich besteht keine Notwendigkeit, die Entfernung des Observationsmaterials aus den Akten anzuordnen (zum Ganzen vgl. Entscheid des Versicherungsgerichts vom 18. Dezember 2018, IV 2016/361, E. 2). Die medizinischen Akten, namentlich das Gutachten des R.____, welche in Kenntnis des Observationsmaterials erstellt worden sind, können zur Beurteilung des Arbeitsfähigkeitsgrads berücksichtigt werden.

4.

4.1 Die Beschwerdegegnerin stützt sich für die Ablehnung des Rentenanspruchs in erster Linie auf das Gutachten des R.____, in welchem dem Beschwerdeführer eine 100%ige Arbeitsfähigkeit bescheinigt worden ist (vgl. act. G 1.1 S. 3 und G 8). Demgegenüber beruft sich der Beschwerdeführer auf das W.____-Gutachten sowie auf die Einschätzung seiner behandelnden Ärztin Dr. K.____, wonach er aus psychiatrischer Sicht zu 100 % arbeitsunfähig ist. Überdies bezeichnet er die Einschätzung von Dr. T.____, wonach die depressive Episode im Untersuchungszeitpunkt unvollständig remittiert, spätestens aber ab dem Zeitpunkt der Videoüberwachung keine depressive Episode mehr vorhanden gewesen sei, als widersprüchlich. Auch kritisiert er eine fehlende Unabhängigkeit der Gutachter des R.____, zumal er von Dr. S.____ schlecht behandelt worden sei (act. G 1 und 14).

4.2 Der orthopädische Gutachter Dr. S.____ hat den Beschwerdeführer körperlich und röntgenologisch untersucht und befragt. Auch die geklagten Beschwerden sowie die Voraktenlage hat er bei seiner Beurteilung berücksichtigt und im Gutachten dargelegt (vgl. IV-act. 174 S. 2 ff.). Diagnosen mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit hat er in seiner Untersuchung nicht feststellen können (IV-act. 174 S. 11). Vielmehr ist er in der Untersuchung und in den Vorakten auf zahlreiche Inkonsistenzen in der Beschwerdeschilderung des Beschwerdeführers und auf eine Diskrepanz zwischen den vorgetragenen Beschwerden und den in Anspruch genommenen Therapien gestossen (vgl. insbesondere IV-act. 174 S. 13). Aufgrund seiner Untersuchungen ist Dr. S.____ zum Schluss gekommen, dass beim Beschwerdeführer keine Funktionseinschränkungen mehr bestünden und dass das orthopädische Krankheitsbild, welches zur Operation geführt hatte, ausgeheilt sei (vgl. IV-act. 174 S.



12 f.). Folgerichtig ist Dr. S.____ zur Beurteilung gelangt, der Beschwerdeführer sei sowohl in seiner bisherigen Tätigkeit als auch in einer adaptierten Tätigkeit zu 100 % arbeitsfähig. Zum zeitlichen Verlauf der Arbeitsfähigkeit bzw. zum Beginn der 100%igen Arbeitsfähigkeit hat sich Dr. S.____ leider nicht deutlich ausgesprochen. Allerdings hat er im Gutachten festgehalten, dass die festgestellte Arbeitsfähigkeit ab sofort gelte (vgl. IV-act. 174 S. 15), weshalb davon auszugehen ist, dass er den Beschwerdeführer spätestens ab dem Untersuchungstermin vom 23. September 2014 (vgl. IV-act. 174 S. 1) als voll arbeitsfähig eingestuft hat. Auch Dr. L.____, der orthopädische Gutachter des W.____, ist in seinem Untersuchungsbericht vom 15. März 2013 (vgl. IV-act. 125 S. 24; richtig wohl 25. März 2013, vgl. IV-act. 125 S. 1 und 121 S. 1) bereits zum Schluss gelangt, dass aus orthopädisch-chirurgischer Sicht für eine optimal adaptierte Tätigkeit keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bestehe (IV-act. 125 S. 30 und 45). Übereinstimmend mit Dr. S.____ hat auch Dr. L.____ auf Diskrepanzen und Inkonsistenzen hingewiesen (vgl. IV-act. 125 S. 24 ff.). Demnach ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer aus orthopädischer Sicht spätestens seit dem 25. März 2013 in einer optimal adaptierten Tätigkeit zu 100 % arbeitsfähig ist. Ergänzend sei an dieser Stelle anzumerken, dass der Vorwurf des Beschwerdeführers, Dr. S.____ habe ihn schlecht behandelt, weshalb es ihm an Unparteilichkeit fehlen könnte (vgl. act. G 1 S. 2 und IV-act. 156), vorliegend zu keiner anderen Einschätzung führen kann. Dr. S.____ hat nämlich ausführlich und überzeugend dargelegt, dass der vom Beschwerdeführer erhobene Vorwurf nicht zutrefte (vgl. IV-act. 158 S. 1 f.)

4.3 Der psychiatrische Gutachter Dr. T.____ hat bei seiner Beurteilung sowohl die Voraktenlage als auch die seitens des Beschwerdeführers angegebenen Beschwerden berücksichtigt (vgl. IV-act. 173 S. 3 ff.). Er hat den Beschwerdeführer in seiner Untersuchung vom 3. September 2014 (zum Untersuchungsdatum vgl. IV-act. 173 S. 2) eingehend exploriert (vgl. IV-act. 173 S. 9 ff.). Dabei hat er keine relevanten funktionellen Einschränkungen feststellen und keine psychiatrischen Diagnosen mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit erheben können (IV-act. 173 S. 14 und 17). Er hat in seinem Teilgutachten eingehend begründet, weshalb die von anderen Ärzten teilweise gestellte Diagnose der Persönlichkeitsstörung nicht gegeben sei (vgl. IV-act. 173 S. 14 f.). Auch hat er nachvollziehbar aufgezeigt, dass beim Beschwerdeführer im Untersuchungszeitpunkt keine anderen psychischen Störungen oder Zustände



vorgelegen haben, welche die Fähigkeit zur freien Willensbildung oder die Fähigkeit, eine motivationale Grundlage zu entwickeln und entsprechend zu handeln, beeinträchtigen würden (IV-act. 173 S. 16 und S. 23). Dr. T.____ ist ein stark divergierendes Verhalten des Beschwerdeführers in medizinischen Untersuchungssituationen und im Alltag, wie ihn die Observationsergebnisse gezeigt haben, aufgefallen (IV-act. 173 S. 17 f.). Dr. T.____ hat in seinem Teilgutachten detailliert und schlüssig dargelegt, dass beim Beschwerdeführer mit hinreichender Sicherheit zum Zeitpunkt der ersten Videoüberwachung, also ab dem 25. Februar 2014 (vgl. IV-act. 135), keine relevante depressive Symptomatik mehr bestanden habe (vgl. IV-act. 173 S. 15 ff. und 22 f.). Mit der Einschätzung des psychiatrischen Vorgutachters Dr. N.____, wonach beim Beschwerdeführer eine schwere depressive Symptomatik vorgelegen habe, hat sich Dr. T.____ ebenfalls hinreichend auseinandergesetzt. Er hat die Unterschiede zwischen seiner Diagnosestellung bzw. Arbeitsfähigkeitsschätzung und derjenigen des Vorgutachters in erster Linie damit erklärt, dass sich der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers seit der letzten Begutachtung wohl am ehesten verbessert haben müsse (vgl. IV-act. 173 S. 17, 18 und 21). Aus diesem Grund und weil er anlässlich der Untersuchung teilweise noch ein leicht dysphorisches Verhalten des Beschwerdeführers festgestellt hat, ist er von einer noch nicht vollständig remittierten depressiven Episode ausgegangen, welcher er jedoch keinen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit zugemessen hat (vgl. IV-act. 173 S. 18 i.V.m. S. 14). Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers (vgl. act. G 1 S. 1) ist es nicht widersprüchlich, dass Dr. T.____ von einer noch nicht gänzlich remittierten depressiven Episode ausgegangen ist, diese für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit jedoch als nicht mehr relevant eingestuft hat. Insgesamt ist es verständlich, dass Dr. T.____ zur Erklärung der Divergenzen zwischen seiner Einschätzung und derjenigen des Vorgutachters die Option einer Verbesserung des Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers in Betracht gezogen hat. Gleichzeitig geht aus der Beurteilung von Dr. T.____ auch hervor, dass er gewisse Zweifel gehegt hat, ob beim Beschwerdeführer überhaupt je eine relevante depressive Symptomatik vorgelegen habe (vgl. insbesondere IV-act. 173 S. 17). Jedenfalls hat Dr. T.____ schlüssig dargelegt, dass beim Beschwerdeführer mit hinreichender Sicherheit zum Zeitpunkt der ersten Videoüberwachung keine relevante depressive Symptomatik mehr bestanden hat. Diese Beurteilung passt auch zur Einschätzung von Dr. Q.____ vom 10. April 2014, wonach die videographischen



Aufzeichnungen keine schwere depressive Symptomatik mit sozialer Isolation vermuten liessen. Der Beschwerdeführer erscheine kommunikativ, treffe sich mit Bekannten, unterhalte sich aber auch mit weniger gut bekannten Personen. Das beobachtete Verhalten sei freundlich, zugewandt und situationsadäquat (IV-act. 143 S. 2 f.). Unter Berücksichtigung des beweiskräftigen Gutachtens des R.____, des Observationsmaterials und der Einschätzung von Dr. Q.____ kann mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer ab dem Zeitpunkt der ersten Videoüberwachung, also ab dem 25. Februar 2014, in einer optimal angepassten Tätigkeit auch psychisch zu 100 % arbeitsfähig gewesen ist.

4.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer mit überwiegender Wahrscheinlichkeit aus orthopädischer Sicht seit dem 25. März 2013 und aus psychiatrischer Sicht seit dem 25. Februar 2014 in einer adaptierten Tätigkeit zu 100 % arbeitsfähig ist (vgl. Art. 56 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRP; sGS 951.1]). Der im bidisziplinären Konsens des Gutachtens des R.____ festgehaltene und von den Beurteilungen der Teilgutachten abweichende Beginn der Arbeitsfähigkeit überzeugt nicht, da nicht ersichtlich ist, warum erst die Erstellung des psychiatrischen Gutachtens für den Beginn der Arbeitsfähigkeit relevant sein soll (vgl. IV-act. 173 S. 18).

4.5 Zum psychischen Gesundheitszustand des Beschwerdeführers vor der ersten Videoüberwachung vom 25. Februar 2014 hat sich Dr. T.____ nicht explizit geäußert. Weder hat er für die Zeit vor der Observation eine eigene Arbeitsfähigkeitsschätzung abgegeben (vgl. IV-act. 173 S. 22 f.), noch hat er den Beweiswert des Vorgutachtens, welches dem Beschwerdeführer aus psychiatrischer Sicht eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert hatte, ausdrücklich verneint (vgl. IV-act. 173 S. 21). Allerdings kann für die Einschätzung der Arbeitsfähigkeit vor dem Observationszeitpunkt nicht auf die Beurteilung des W.____-Gutachtens abgestellt werden. Denn zum einen hat Dr. T.____ nachvollziehbare Zweifel an den im Vorgutachten enthaltenen psychiatrischen Diagnosen geäußert (vgl. IV-act. 173 S. 17). Zum anderen hat bereits der RAD-Arzt Dr. O.____ am 2. Oktober 2013 den Beweiswert des psychiatrischen W.____-Gutachtens in Frage gestellt (vgl. IV-act. 126 S. 2). Schliesslich hat Dr. N.____ in seinem Teilgutachten festgehalten, dass eine Neubegutachtung in einem Jahr angezeigt sei, weil sich die gesundheitliche Situation



des Beschwerdeführers verbessern könnte (vgl. IV-act. 125 S. 49). Demnach kann zumindest für den Zeitraum nach der Begutachtung durch das W.____ aufgrund allfällig eingetretener Verbesserungen der psychischen Gesundheitssituation des Beschwerdeführers ohnehin nicht auf die psychiatrische Arbeitsfähigkeitsschätzung des W.____ abgestellt werden. Da das psychiatrische W.____-Gutachten einerseits nicht beweiskräftig ist, andererseits sich auch nicht über den ganzen zur Diskussion stehenden Zeitraum ausspricht, und da auch Dr. T.____ vom R.____ keine retrospektive Beurteilung der Arbeitsfähigkeit vorgenommen hat, liegt für den Zeitraum zwischen der Anmeldung bei der Beschwerdegegnerin bzw. des Ablaufs der Wartefrist (vgl. Art. 28 und 29 IVG) und der Durchführung der ersten Videoüberwachung vom 25. Februar 2014 keine gutachterliche Einschätzung der Arbeitsfähigkeit aus psychiatrischer Sicht vor. Auch aus den anderen sich in den Akten befindenden psychiatrischen und schmerztherapeutischen Berichten der behandelnden Ärzte lässt sich der Arbeitsfähigkeitsgrad des Beschwerdeführers für diesen Zeitraum nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit festlegen. Demnach ist es nachvollziehbar, dass Dr. T.____ keine retrospektive Beurteilung der Arbeitsfähigkeit vorgenommen, sondern angedeutet hat, dass ihm eine solche aufgrund der aktuellen Aktenlage nicht möglich sei. Er hat nämlich ausgeführt, dass in Anbetracht der geschilderten Inkonsistenzen in der Beschwerdepräsentation mit hinreichender Sicherheit lediglich gesagt werden könne, dass eine relevante depressive Symptomatik spätestens zum Zeitpunkt der ersten Videoüberwachung nicht mehr bestanden habe (vgl. IV-act. 173 S. 22 f.). Die Beschwerdegegnerin ist in ihrer Verfügung vom 17. November 2016 sodann zum Schluss gelangt, dass sich nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachvollziehen lasse, ob vor dem Observationszeitraum Einschränkungen psychischer Natur vorgelegen hätten (vgl. IV-act. 189 S. 4). Sinngemäss ist sie somit von einer objektiven Beweislosigkeit ausgegangen, weshalb sie einen Rentenanspruch in der Zeit vor der Observation verneint hat. Beweislosigkeit darf jedoch nicht leichthin angenommen werden. Vielmehr liegt eine Beweislosigkeit grundsätzlich erst dann vor, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (vgl. E. 3.4). Weder Dr. T.____ noch RAD-Ärztin Dr. Q.____, welche zum Gutachten des R.____ am 15. Oktober 2015 Stellung genommen hat (vgl. IV-act. 175), haben explizit erwähnt, dass der Zeitraum vor der Observation medizinisch nicht



beurteilt werden könne. Bei Vorliegen einer vollständigeren Aktenlage kann demnach nicht ausgeschlossen werden, dass Dr. T.____ oder ein anderer Mediziner eine retrospektive Beurteilung der Arbeitsfähigkeit hätte vornehmen können. Aus den Akten geht hervor, dass sich der Beschwerdeführer vor dem 25. Februar 2014 bei verschiedenen Ärzten in psychiatrische bzw. schmerztherapeutische Behandlung gegeben hat. Zwar hat die Beschwerdegegnerin bei zahlreichen behandelnden Ärzten bereits Berichte eingeholt, aber sie hat darauf verzichtet, auch die jeweiligen Krankengeschichten beizuziehen. Möglicherweise werden diese Hinweise auf die Arbeitsfähigkeit bis zum 25. Februar 2014 liefern und dadurch eine retrospektive Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers in der angestammten und in einer adaptierten Tätigkeit erlauben. Auch wenn diese Hoffnung klein ist, gebietet der Untersuchungsgrundsatz doch, dass diese Beweismittel eingeholt werden, bevor zum Nachteil des Beschwerdeführers von einer objektiven Beweislosigkeit ausgegangen wird. Die Beschwerdegegnerin hat es unterlassen, die psychiatrischen/schmerztherapeutischen Krankengeschichte bei den behandelnden Ärzten für den Zeitraum bis zum 25. Februar 2014 sowie eine ärztliche Aktenbeurteilung der Arbeitsfähigkeit für diesen Zeitraum unter Vorlage der ergänzten Akten einzuholen, weshalb die angefochtene Verfügung in Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 43 Abs. 1 ATSG) ergangen ist und somit als rechtswidrig aufzuheben ist. Da es nicht die Sache des Versicherungsgerichtes sein kann, die ureigenste Aufgabe der Beschwerdegegnerin – die Sachverhaltsabklärung – zu übernehmen, ist die Sache diesbezüglich zur weiteren Abklärung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

4.6 Orthopädischerseits ist der Zeitraum vor dem 25. März 2013 gutachterlich noch überhaupt nicht abgeklärt worden. Dr. L.____ hat sich im W.____-Gutachten zum Zeitraum davor nicht geäußert und auch Dr. S.____ hat retrospektiv keine Schätzung der Arbeitsfähigkeit abgegeben. Da die Anmeldung des Beschwerdeführers bereits am 23. September 2010 bei der Beschwerdegegnerin eingegangen ist (vgl. IV-act. 1) und der frühestmögliche Beginn des Rentenanspruchs somit auf den 1. März 2011 fällt (vgl. Art. 29 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 IVG), kann der Zeitraum zwischen Oktober 2009 (behaupteter Beginn der Arbeitsunfähigkeit) und dem 25. März 2013 für einen Rentenanspruch medizinisch relevant sein. Zwar hat die Beschwerdegegnerin in diesem Zeitraum verschiedene medizinische Berichte von behandelnden Ärzten



eingeholt, jedoch ist sie zur Auffassung gelangt, dass sich aufgrund dieser Berichte der Arbeitsfähigkeitsgrad des Beschwerdeführers nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststellen lasse, weshalb sie zunächst bei Dr. L.____ und anschliessend bei Dr. S.____ eine orthopädische Begutachtung in Auftrag gegeben hat. Da sich die Gutachter jedoch zur Arbeitsfähigkeit vor dem 25. März 2013 nicht geäussert haben, wäre für diesen Zeitraum eine Nachfrage bei den Gutachtern oder die Einholung einer Schätzung der Arbeitsfähigkeit bei einem anderen Mediziner angezeigt gewesen. Dies hat die Beschwerdegegnerin in Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes unterlassen, weshalb sie dies nachzuholen haben wird. Bei Beweisschwierigkeiten gebietet der Untersuchungsgrundsatz auch hier gegebenenfalls die Einholung der orthopädischen Krankengeschichte. Insbesondere fehlen in den Akten aber ärztliche Berichte bzw. Arztzeugnisse von der Zeit, in welcher die Arbeitsunfähigkeit gemäss dem Beschwerdeführer eingetreten ist.

5.

5.1 In teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache ist zur Vornahme weiterer Abklärungen und zur anschliessenden neuen Verfügung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

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. Praxismässig ist die Rückweisung an die Verwaltung zur weiteren Abklärung als volles Obsiegen des Beschwerdeführers zu werten (vgl. BGE 132 V 215 E. 6.2). Dementsprechend ist die Gerichtsgebühr von Fr. 600.-- vollumfänglich der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

5.3 Gemäss Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende beschwerdeführende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Auch hier gilt, dass eine Rückweisung zur weiteren Abklärung als volles Obsiegen des Beschwerdeführers zu betrachten ist. Die Parteientschädigung wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des



Prozesses bemessen (vgl. Art. 61 lit. g ATSG). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (HonO; sGS 963.75; in der vorliegend anwendbaren, seit 1. Januar 2019 gültigen Fassung, siehe Art. 30bis HonO) pauschal Fr. 1'500.-- bis Fr. 15'000.--. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren nicht von Beginn an von seiner Rechtsanwältin vertreten worden ist, erscheint im hier zu beurteilenden, durchschnittlich aufwändigen Fall eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- als angemessen. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführer deshalb mit Fr. 2'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die angefochtene Verfügung aufgehoben und die Sache wird zur weiteren Abklärung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.

2.

Die Beschwerdegegnerin bezahlt eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.--.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- zu bezahlen.