



Fall-Nr.: IV 2017/248
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 20.04.2020
Entscheiddatum: 29.10.2019

Entscheid Versicherungsgericht, 29.10.2019

Art. 28 IVG. Rentenanspruch. Beweiskraft eines medizinischen Gutachtens. Verwertbarkeit von mangels genügender gesetzlicher Grundlage rechtswidrig erlangtem Observationsmaterial bejaht. Verneinung einer Addition von Arbeitsunfähigkeiten aus somatischer und psychiatrischer Sicht. Abweisung der Beschwerde (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 29. Oktober 2019, IV 2017/248).

Entscheid vom 29. Oktober 2019

Besetzung

Präsident Ralph Jöhl, Versicherungsrichterinnen Monika Gehrer-Hug und Karin Huber-Studerus; Gerichtsschreiberin Lea Hilzinger

Geschäftsnr.

IV 2017/248

Parteien

A.____

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin Jasmina Husidic, MLaw, GN Rechtsanwälte,
St. Leonhard-Strasse 20, 9001 St. Gallen,

gegen



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

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Rente

Sachverhalt

A.

A.a. A.____ meldete sich am 12. Dezember 2006 unter Verweis auf eine Knieinnenläsion links, eine Unterschenkelfraktur und eine Lumboischialgie bei der IV-Stelle des Kantons St. Gallen zum Bezug von IV-Leistungen an (IV-act. 3). Sie gab an, dass sie seit Januar 2006 voll arbeitsunfähig sei. Von Beruf sei sie Serviceangestellte (Ausbildung in B.____). Das Hotel C.____ berichtete am 24. Dezember 2006, dass es die Versicherte von Dezember 2001 bis Ende September 2006 als Servicefachangestellte beschäftigt habe (IV-act. 15). Der letzte effektive 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.

A.b.

Am 22. Oktober 2007 wurde die Versicherte vom RAD-Arzt Dr. med. D.____, Facharzt für Orthopädie, untersucht (Bericht vom 29. Oktober 2007, IV-act. 33). Er gab die folgenden Diagnosen mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit an:

- 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 Pilonitibialfraktur (1990);



St.Galler Gerichte

- 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 einer partiellen Menishektomie medial und lateral sowie einer Resektion der Plica medialis) und ein elektrophysiologisch nachgewiesenes Karpaltunnelsyndrom links. Dr. D.____ notierte, dass die Versicherte an diffusen Beschwerden seitens des Bewegungsapparates und des Kopfes leide. In ihrem angestammten Beruf sei sie seit Januar 2006 vollständig und dauernd arbeitsunfähig. In einer adaptierten Tätigkeit bestehe eine Arbeitsfähigkeit von etwa 70 %. Die Versicherte bedürfe längerer, betriebsunüblicher Pausen.

A.c. Dr. med. E.____, FMH für physikalische Medizin und Rehabilitation, spez. Rheumatologie, hielt im Schlussbericht vom 5. Juni 2008 über die BEFAS-Abklärung im Appisberg vom 25. März bis 21. April 2008 fest (IV-act. 55), 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. bei manuellen Verrichtungen überwiegend auf Tischhöhe auszuübende Tätigkeiten, die das Einnehmen von Wechselpositionen erlaubten.

A.d. Vom 24. August bis 18. Dezember 2009 fand eine berufliche Abklärung durch die F.____ statt (IV-act. 80, 86). Diese gab im Abklärungsbericht vom 14. Dezember 2009 (IV-act. 90) an, dass die Versicherte in einer leichten Tätigkeit mit der Möglichkeit zu Positionswechseln in einem Pensum von 70 % zu 50 % leistungsfähig sei. Da sich die Versicherte nicht arbeitsfähig fühlte, wurden die beruflichen Eingliederungsmassnahmen in der Folge abgeschlossen (IV-act. 96, 98).

A.e. Dr. med. G.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie FMH, berichtete der IV-Stelle 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 Versicherte sei auch in einer körperlich optimal adaptierten Tätigkeit vollständig arbeitsunfähig.

A.f. 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. 115/134). Die Gutachter gaben die folgenden Diagnosen mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit an:

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

Aus somatischer Sicht bestätigten die Gutachter die Arbeitsfähigkeitsschätzung des RAD-Arztes Dr. D.____ vom Oktober 2007 (Arbeitsfähigkeit angestammt: 0 %, Arbeitsfähigkeit adaptiert 70 %). Der psychiatrische Gutachter Dr. med. H.____ schätzte die Arbeitsfähigkeit aufgrund der psychischen Faktoren für adaptierte Tätigkeiten auf 40-50 % (einfache Tätigkeiten ohne erhöhte Anforderungen an Stress- oder Frustrationstoleranz oder Konzentrationsfähigkeit). In polydisziplinärer Hinsicht legten die Gutachter die Arbeitsfähigkeit für adaptierte Tätigkeiten auf 50 % fest.

A.g. Im Rahmen der Observation des Ehemannes der Versicherten bewilligte die IV-Stellenleitung am 3. September 2010 eine Observation der Versicherten – mangels starken Anfangsverdachts – ohne Bildaufzeichnungen (sog. Vorermittlungen, IV-act. 112). Da das anlässlich der Überwachung festgestellte Verhalten mit den in den IV-Akten beschriebenen Einschränkungen und Diagnosen als nicht vereinbar erachtet wurde, wurde die Überwachung auf Bildaufnahmen ausgedehnt (IV-act. 122). Die



Versicherte wurde im Zeitraum vom 24. September bis 10. November 2010 an insgesamt vier Tagen gefilmt (act. G 7.2, DVD.). Auf die Erstellung eines Überwachungsberichts wurde verzichtet (IV-act. 122-1).

A.h. Am 10. Dezember 2010 stellte die IV-Stelle den Gutachtern der Medas Ostschweiz Rückfragen (IV-act. 117). Sie bat die Gutachter darum, zur angestammten/ adaptierten Arbeitsfähigkeit aus somatischer Sicht und konsensuell polydisziplinär Stellung zu nehmen. Zudem sollten die Gutachter Stellung dazu nehmen, was sich aus rheumatologischer Sicht gegenüber der RAD-Untersuchung vom 22. Oktober 2007 verändert habe. Die Gutachter antworteten am 11. Januar 2011 (IV-act. 120), dass somatischerseits weiterhin auf die Beurteilung des RAD-Arztes Dr. D.____ vom Oktober 2007 abgestützt werden könne. Als Serviceangestellte sei die Versicherte aufgrund der somatischen Diagnosen seit Januar 2006 (voll) arbeitsunfähig. Für adaptierte Tätigkeiten bestehe weiterhin eine 70 %ige Arbeitsfähigkeit. Polydisziplinär seien die psychischen Faktoren zu beachten, welche zu einer Leistungsreduktion auch für adaptierte Tätigkeiten von 40-50 % führten. Im Gegensatz zur RAD-Untersuchung im Jahr 2007 hätten aktuell keine radikulären Ausfälle objektiviert werden können. Ein Carpaltunnelsyndrom links, eine Impingementsymptomatik der linken Schulter und ein in der Beweglichkeit schmerzhaft eingeschränktes linkes Sprunggelenk hätten sich aktuell ebenfalls nicht bestätigen lassen.

A.i. Gleichentags nahm Dr. med. I.____ von der IV-Stelle Stellung zum Observationsmaterial (IV-act. 118). Er hielt fest, dass ein tiefes körperliches Funktionsvermögen durch das Filmmaterial habe widerlegt werden können. Die Versicherte sei jederzeit in der Lage gewesen, die im Alltag erforderlichen, verstärkten körperlichen Einsätze uneingeschränkt zu leisten. Sie habe nicht den Eindruck hinterlassen, dass sie unter Schmerzen leide oder dass sie im Alltag durch depressive Symptome behindert sei. Aus somatischer Sicht könne aufgrund des Filmmaterials eine Arbeitsfähigkeit von mindestens 70 % bestätigt werden. Eine 40 bis 50 %ige Arbeitsunfähigkeit aus psychiatrischer Sicht werde durch die Filmsequenzen eher widerlegt. Wahrscheinlich habe die Versicherte im Rahmen ihrer psychosozialen Belastung durch das späte Mutterwerden vermehrt Schmerzen vorgegeben, um sich damit von der Erwerbstätigkeit zu entlasten. Ein (psychisches) Leiden mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit widerlegt. Dr. I.____



bestätigte seine Schlussfolgerungen vom 11. Januar 2011 in einer weiteren Stellungnahme vom 14. Februar 2011 vollumfänglich (IV-act. 122). Ergänzend hielt er fest, dass die Versicherte völlig falsche Angaben zu ihren körperlichen Behinderungen gemacht habe. Ihre Angaben seien dermassen grotesk übertrieben, dass gegenüber den Gutachtern von einer Täuschung ausgegangen werden müsse. Die gutachterlich monierte leicht- bis mittelgradige Depression könne aufgrund des Filmmaterials nicht mehr aufrechterhalten werden.

A.j. Mit Vorbescheid vom 21. April 2011 kündigte die IV-Stelle der Versicherten an, dass die Abweisung des Rentengesuchs vorgesehen sei (IV-act. 129). Dagegen erhob die Versicherte am 16. Juni 2011 einen Einwand (IV-act. 138). Dem Einwand lag eine Stellungnahme von Dr. G.____ vom 13. Juni 2011 bei (IV-act. 138-27 ff.). Mit Verfügung vom 5. Januar 2012 wies die IV-Stelle das Rentengesuch wie angekündigt ab (IV-act. 146). Dagegen erhob die Versicherte Beschwerde (IV-act. 152). Mit der Beschwerdeschrift reichte sie zwei neue Berichte von Dr. med. J.____, Facharzt für Neurologie und Psychiatrie, vom 9. und 24. Januar 2012, ein (IV-act. 154-4 ff.).

A.k. Das Gericht hiess die Beschwerde am 13. April 2015 teilweise gut; es hob die angefochtene Rentenverfügung auf und wies die Sache zur weiteren Abklärung und zur anschliessenden Neuverfügung im Sinne der Erwägungen an die IV-Stelle zurück (IV 2012/62, IV-act. 163). Das Gericht bejahte die Verwertbarkeit des Observationsmaterials. Die medizinische Stellungnahme von Dr. I.____ zum Observationsmaterial fand es nicht überzeugend. Es wies die IV-Stelle an, das Observationsmaterial, die neuen Berichte von Dr. J.____ und die Stellungnahme von Dr. G.____ vom 13. Juni 2011 den Gutachtern der Medas Ostschweiz zur Stellungnahme vorzulegen, damit diese ihre Arbeitsfähigkeitsschätzung überprüfen könnten.

A.l. In der Folge setzte die IV-Stelle das Verwaltungsverfahren fort, indem sie aktuelle Berichte bei den behandelnden Ärzten einholte. Dr. med. K.____, Spezialarzt Orthopädische Chirurgie, berichtete der IV-Stelle am 17. August 2015 (IV-act. 177), dass ein Zustand nach einem operativ versorgten Bandscheibenvorfall C5/6 bei beginnender Rückenmarkserkrankung vorliege. Sowohl die Cervicobrachialgie als auch die Lumboischialgie-Symptomatik schränkten die körperliche Belastung "stärkstens" ein. Zur Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit nahm Dr. K.____ keine Stellung.



St.Galler Gerichte

Laut einem beiliegenden Bericht vom 29. April 2015 hatte Dr. med. L.____, Facharzt für Neurochirurgie, bei der Versicherten am 8. Januar 2015 eine mikrochirurgische Diskektomie C5/6, Spondylodese mit PINA-CKK-Gage 12.12.05, durchgeführt (IV-act. 177-10 f.).

A.m. Dr. G.____ berichtete der IV-Stelle am 3. November 2015 (IV-act. 184), dass die Versicherte an einer chronischen Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren (ICD-10: F45.41), an einer rezidivierenden kurzen depressiven Störung schwerer Ausprägung (F38.10), an einer Dysthymia (F34.1), an einer kombinierten Persönlichkeitsstörung mit depressiven und zwanghaften Strukturanteilen (F61.0) und an einem suppressiven, dissimulierenden und masochistischen Copingverhalten leide. Man müsse die Versicherte schon sehr gut kennen, um die "Psychopathologie des Unscheinbaren" korrekt, in seiner Tiefe und Tragweite, zu erfassen. Ein trügerisches Bild ergebe sich nicht nur dadurch, dass das Befinden der Versicherten grossen Schwankungen unterworfen sei, sondern auch dadurch, dass das Leiden bisweilen unter der Maske der Scham verborgen bleibe. Zwar könnte man dem fluktuierenden Störungsbild im Längsschnitt der Betrachtung ein mittleres Störungsausmass zumessen. Eine sozialpraktisch verwertbare Arbeitsleistung sei bei der Versicherten aber nicht gegeben.

A.n. Dr. L.____ berichtete der IV-Stelle am 8. Januar 2016 (IV-act. 187), dass eine körperlich leichte Arbeit mit physiologischer Haltung, ohne Kopfreklination oder Überkopf-Arbeiten seitens der Wirbelsäulenproblematik zu 50 % vorstellbar sei.

A.o. Eine IV-Sachbearbeiterin notierte am 1. März 2016 (IV-act. 189), dass seit der letzten Begutachtung bereits eine geraume Zeit verstrichen sei und nicht auszuschliessen sei, dass sich der Gesundheitszustand seit diesem Zeitpunkt verändert haben könnte. Rückfragen würden keinen Sinn machen, weil die Vorgutachter teilweise nicht mehr für die Medas Ostschweiz bzw. die Medexperts AG tätig seien. Deshalb sei eine polydisziplinäre Verlaufsbeurteilung angezeigt.

A.p. Im Juni 2016 wurde die Versicherte interdisziplinär (allgemein-internistisch, neurologisch, rheumatologisch und psychiatrisch) durch das Zentrum für Medizinische Begutachtung (ZMB) abgeklärt (Gutachten vom 18. August 2016, IV-act. 205). Die



Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit lauteten (vollständige Diagnoseliste: IV-act. 205-73 f.):

- Chronisches zervikozephalisches und zervikospondylogenes Syndrom;
- chronisches lumbospondylogenes Syndrom linksbetont;
- Schulterschmerzen links, klinisch aktuell vereinbar mit leichtem Impingement-Syndrom und Supraspinatus- sowie Subscapularistendinose;
- akzentuierte Persönlichkeitszüge mit ängstlich-vermeidenden und zwanghaften Anteilen (F73.1);
- chronische Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren (F45.41);
- rezidivierend depressive Störung gegenwärtig leichtgradig (F33.0).

Dr. med. M. ___ erhob keine allgemein-internistische Diagnose mit funktionellen Auswirkungen. Die rheumatologische Gutachterin Dr. med. N. ___ erklärte, durch die vorhandenen Veränderungen vor allem an der Wirbelsäule und an der linken Schulter bestünden leichte, an der HWS höchstens mässiggradige funktionelle Einschränkungen. Tätigkeiten, welche Zwangshaltungen der HWS und der LWS notwendig machten, insbesondere in Extensions- oder Rotationsstellungen der HWS, repetitives Sich-Bücken-Müssen, Halte- oder Überkopfarbeiten der Arme sowie vorwiegend Stehen und Sitzen oder längere Gehstrecken seien möglichst zu vermeiden. Ein Teil der angegebenen Beschwerden am Bewegungsapparat sei strukturell gut nachvollziehbar, nicht jedoch das erlebte Ausmass der Invalidisierung in Beruf und Alltag. Zudem bestünden erhebliche Diskrepanzen zwischen den angegebenen Beschwerden und dem auf den Filmaufnahmen festgehaltenen Verhalten (unauffälligen Bewegungen der Arme [auch über die Horizontale] und des Oberkörpers, Tragen von Lasten). Zu erwähnen sei allerdings, dass die Versteifungsoperation an der HWS erst im Januar 2015 durchgeführt worden sei. Das Operationsresultat sei unbefriedigend. Die vom Operateur als Operationsgrund angegebene Myelopathie sei vom regelmässig behandelnden Neurologen Dr. J. ___ nicht bestätigt worden. Er habe entsprechend, auch unter Berücksichtigung der multiplen vorhandenen Probleme, von einer Operation abgeraten. Die zuletzt ausgeübte Tätigkeit im Service sei der



St.Galler Gerichte

Versicherten nicht mehr zumutbar. Für eine adaptierte Tätigkeit sei aus rheumatologischer Sicht eine 70 %ige Arbeitsfähigkeit gegeben. Während der postoperativen Phase nach der HWS-Spondylodese C5/6 im Januar 2015 sei von einer circa sechsmonatigen Arbeitsunfähigkeit auszugehen. Der neurologische Gutachter Dr. med. O.____ hielt fest, dass sich aus neurologischer Sicht spärliche objektiv fassbare Untersuchungsbefunde, insbesondere keine radikulären Reiz- und Ausfallssymptome an den oberen und unteren Extremitäten und keine Hinweise auf eine Läsion langer Rückenmarkbahnen bzw. auf eine spinale Affektion, ergeben hätten. Als objektivierbarer Befund habe sich elektroneurographisch ein deutlich ausgeprägtes Carpaltunnelsyndrom links bestätigt, womit zumindest ein Teil der ebenfalls nicht sehr typisch geschilderten Beschwerden an den oberen Extremitäten erklärbar sei. Die geklagten Hinterhauptschmerzen, welche mit Nackenschmerzen assoziiert seien, seien aufgrund ihrer Lokalisation sowie im klinischen Kontext suggestiv für spondylogene Kopfschmerzen. Auch dafür etwas ungewöhnlich sei neben der Konstanz und Intensität die symmetrische Verteilung der Beschwerden, was eine Spannungskomponente wahrscheinlich mache. Aus neurologischer Sicht ergebe sich eine Diskrepanz zwischen den geklagten ausgeprägten Beschwerden und den spärlichen objektiv fassbaren klinischen Befunden, woraus sich bezüglich der Arbeitsfähigkeit keine relevante Beeinträchtigung der Versicherten ableiten lasse. Der psychiatrische Gutachter Dr. med. P.____ führte aus, die Diagnose einer Persönlichkeitsstörung habe nicht nachgewiesen werden können. Es liessen sich keine psychiatrisch relevanteren Störungen in die Kindheit und Jugend zurückverfolgen, der Versicherten sei die Auseinandersetzung mit der Migration gelungen, sie spreche gut Deutsch, habe sich partnerschaftlich und beruflich langjährig bewähren können. Im Längsschnitt lasse sich ein gutes Funktionsniveau nachweisen. Bei einem nachweisbaren organischen Substrat sei es in Zusammenhang mit relevanten psychosozialen Faktoren und emotionalen Konflikten zur Entwicklung einer chronischen Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren gekommen. Im Rahmen der aktuellen Begutachtung habe die Versicherte eine leichtgradige depressive Verstimmung gezeigt. Entsprechend sei eine rezidivierend depressive Störung, gegenwärtig leichtgradig, kodiert worden. Diese sei durchaus kompatibel mit dem Observationsmaterial. Nicht mit der geforderten Plausibilität bestätigen könne er die Diagnose der rezidivierend kurzen depressiven Episoden (F38.1) relevanteren Ausmasses; die Versicherte sei



beispielsweise in der Lage gewesen, für ihren Sohn zu sorgen. Der Ehemann habe dazu gesundheitsbedingt kaum etwas beitragen können. Nachweisen liessen sich erhebliche psychosoziale Faktoren und emotionale Konflikte. Die Versicherte sei im Februar 2004 unerwartet Mutter eines Sohnes geworden, obwohl sie die Hoffnung auf ein Kind bereits aufgegeben habe. Sie sei vor dem Dilemma gestanden, entweder weiter voll erwerbstätig zu sein und ihrem Sohn so nur indirekt ein gutes Vorbild sein zu können oder dem Kind zur Verfügung zu stehen und über kein entsprechendes Erwerbseinkommen zu verfügen. Der Ehemann habe bis Juli 2005 gearbeitet, ab Juli 2007 habe er eine IV-Rente bezogen. Er sei so krank, dass er im Haushalt keine Unterstützung und kaum in der Lage sei, das Kind zu betreuen. Das Ehepaar habe zudem Betreuungsschulden. Seit August 2006 erhalte die Versicherte wirtschaftliche Sozialhilfe. Anlässlich der aktuellen psychiatrischen Begutachtung habe die Versicherte eine deutliche Somatisierung gezeigt. Die diagnoserelevanten Befunde seien verlaufsbezogen leicht- bis maximal mittelgradig ausgeprägt gewesen. Aus psychiatrischer Sicht bestehe sowohl in der bisherigen als auch in einer adaptierten Tätigkeit eine 30 %ige arbeitsbezogene Leistungsminderung. Aus den Videosequenzen der Observation liessen sich keine schweren psychiatrischen Verhaltensauffälligkeiten ausmachen, ein relevantes Schmerzverhalten sei nicht sichtbar und eine ausgeprägtere Erschöpfbarkeit sei nicht zum Ausdruck gekommen. Er habe die Rendementverminderung gegenüber der Medas-Begutachtung vom 23. November 2010 daher korrigiert. Diese Einschätzung gelte ab Observationsbeginn am 24. September 2010. In polydisziplinärer Hinsicht schätzten die Gutachter die Einschränkung der Arbeitsunfähigkeit auf 30 %. Sie verneinten die Notwendigkeit einer Addition der von den einzelnen Fachgutachtern festgestellten Arbeitsunfähigkeiten. Für die Zeit nach der Spondylodesenoperation an der HWS im Januar 2015 gingen sie von einer circa sechsmonatigen vollständigen Arbeitsunfähigkeit aus.

A.q. Dr. med. Q.____ von der IV-Stelle notierte am 18. Oktober 2016 (IV-act. 206), dass das Gutachten umfassend sei und keine formellen Mängel aufweise. Auf das Gutachten sei vollumfänglich abzustellen. Die psychiatrische Beurteilung gelte ab dem Beginn der Observation im September 2010. Aufgrund der komplexen Situation mit zahlreichen schwerwiegenden psychosozialen Faktoren könne diese Einschätzung nicht weiter zurückdatiert werden. Daher sei es möglich, aber keineswegs gewiss, dass



vor dem Beginn der Observation eine höhergradige Arbeitsunfähigkeit von mindestens zehn Monaten vorgelegen habe.

A.r. Mit Vorbescheid vom 6. April 2017 stellte die IV-Stelle der Versicherten die Abweisung des Rentengesuchs in Aussicht (IV-act. 207). Sie übernahm die Arbeitsfähigkeitsschätzung der ZMB-Gutachter, wonach die Versicherte in einer adaptierten Tätigkeit zu 70 % arbeitsfähig sei. Sie ermittelte das Valideneinkommen anhand des zuletzt erzielten Einkommens gemäss dem IK-Auszug und wertete es auf das Jahr 2014 auf (Fr. 43'927.--). Für die Bemessung des Invalideneinkommens stützte sie sich auf den Durchschnittsverdienst der Hilfsarbeiterinnen in der Schweiz gemäss den Erhebungen des Bundesamtes für Statistik. Da die Versicherte ein deutlich unterdurchschnittliches Einkommen erzielt hatte, parallelisierte die IV-Stelle die Vergleichseinkommen bis zu einer Differenz von 5 %. Bei einem Invalideneinkommen von Fr. 32'286.-- resultierte ein IV-Grad von 26 %.

A.s. Dagegen wendete die Versicherte am 19. Mai 2017 ein (IV-act. 209), dass sie mit dem Vorbescheid nicht einverstanden sei. Das Gutachten des ZMB sei falsch. Es fehlten Diagnosen und die Arbeitsfähigkeit sei nicht begründet worden. Sie leide an vielen Beschwerden und könne nicht 70 % arbeiten. Mit Verfügung vom 30. Mai 2017 (IV-act. 210) wies die IV-Stelle das Rentengesuch wie angekündigt bei einem IV-Grad von 26 % ab. Zum Einwand hielt sie fest, das Gutachten sei unter Berücksichtigung sämtlicher vorliegender Akten, Informationsquellen und nach einer persönlichen Exploration durch die entsprechenden Experten erstellt worden. Die Ergebnisse seien schlüssig und nachvollziehbar begründet worden. Neue Fakten seien im Einwand nicht geltend gemacht worden.

B.

B.a. Dagegen liess die Versicherte (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 30. Juni 2017 Beschwerde erheben (act. G 1). Ihr Rechtsvertreter beantragte die Aufhebung der Verfügung und die Zusprache einer ganzen Invalidenrente ab Juni 2007. Eventualiter sei die Streitsache zur Durchführung weiterer Abklärungen an die IV-Stelle (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) zurückzuweisen. Der Rechtsvertreter stellte zudem ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung. Zur



Beschwerdebegründung hielt er fest, auf das ZMB-Gutachten könne aus mehreren Gründen nicht abgestellt werden. Die Observation im Jahr 2010 sei in unzulässiger Weise erfolgt. Im Sinne des EGMR-Urteils Vukota-Bojic gegen Schweiz, Urteil no. 61838/10 vom 18. Oktober 2016, müsse auch in der Invalidenversicherung von einer unzureichenden rechtlichen Grundlage für Überwachungsmaßnahmen ausgegangen werden. Dies habe das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen in seinem Urteil vom 6. Dezember 2016, IV 2016/145, bestätigt. Die gesetzwidrig beschafften Daten, auch das Gutachten, welches sich auf das Observationsmaterial stütze, die RAD-Stellungnahme sowie der Vorbescheid, seien aus den Akten zu entfernen. Das ZMB-Gutachten sei aber auch aus anderen Gründen nicht beweistauglich. Die Einschätzung der rheumatologischen Gutachterin sei falsch. Deren Beurteilung sei angesichts des überwiegend degenerativen Beschwerdecharakters und der Tatsache, dass sich die Beschwerdeführerin im Januar 2015 einer mikrochirurgischen Diskektomie C5/C6 habe unterziehen müssen, die ein unbefriedigendes Resultat gezeigt habe, nicht nachvollziehbar. Die Arbeitsversuche bzw. Arbeitsabklärungen in den Jahren 2008 und 2009 hätten schon damals eine Arbeitsfähigkeit von höchstens 35 % ergeben. Dr. L.____ habe die Arbeitsfähigkeit für leichte Tätigkeiten allein aufgrund der Wirbelsäulenproblematik auf maximal 50 % geschätzt. Des Weiteren sei auch das psychiatrische Teilgutachten nicht beweistauglich. Dr. P.____ habe sich mit der Persönlichkeitsdiagnostik von Dr. G.____ nicht auseinandergesetzt und die Diagnosen F38.10 und F61.0 verneint. Dr. G.____ habe nachvollziehbar begründet, weshalb man die Beschwerdeführerin sehr gut kennen müsse, um die Psychopathologie zu erfassen. In der kurzen Exploration von einer Stunde und 45 Minuten habe Dr. P.____ nur eine oberflächliche Untersuchung durchführen können. Zudem unterliege der Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin grossen Schwankungen. Die Arbeitsfähigkeitsschätzung des psychiatrischen Gutachters stehe in diametralem Widerspruch zu den Feststellungen von Dr. G.____. Ausserdem sei nicht nachvollziehbar, dass die Gutachter trotz der rein rheumatologisch bedingten Arbeitsunfähigkeit von 30 % und der rein psychiatrisch bedingten Arbeitsunfähigkeit von ebenfalls 30 % von einer Gesamteinschränkung von lediglich 30 % ausgegangen seien. Sie hätten nicht begründet, weshalb es nicht zu "Additionen" komme. Schliesslich sei die angefochtene Verfügung auch deshalb aufzuheben, weil sich die IV-Stelle (nachfolgend: Beschwerdegegenerin) nicht an die Vorgaben gemäss dem



St.Galler Gerichte

Entscheid des Versicherungsgerichts vom 13. April 2015 gehalten habe. Das Versicherungsgericht habe keine Neubegutachtung, sondern eine ergänzende Beurteilung durch die Medas-Gutachter angeordnet.

B.b. Die Beschwerdegegnerin beantragte am 20. Oktober 2017 die Abweisung der Beschwerde (act. G 7). Zur Begründung hielt sie fest, dass die Rechtmässigkeit und die Verwertbarkeit der Observationsergebnisse im Rückweisungsentscheid IV 2012/62 vom 13. April 2015 ausdrücklich bejaht worden seien. Das Observationsmaterial unterstehe aber auch aufgrund der materiellen Rechtslage keinem Verwertungsverbot. Betreffend die erste gutachterliche Einschätzung hätten Zweifel bestanden, die eine Überprüfung im Rahmen einer Observation gerechtfertigt hätten. Diese habe ein deutlich höheres Funktionsniveau bestätigt, als aufgrund des ersten Gutachtens hätte angenommen werden können. Damit sei die heutige Arbeitsfähigkeitsschätzung durchaus plausibel. Den behandelnden Ärzten hätten nicht die vollständigen Akten vorgelegen. Zudem verfolgten sie einen therapeutischen und damit wesentlich unkritischeren Ansatz als die Gutachter. Den Einschätzungen der behandelnden Ärzte komme daher hier kein relevanter Beweiswert zu. Die frühere Gutachterstelle, die Medas Ostschweiz, existiere nicht mehr. Die damaligen Gutachter hätten zum Zeitpunkt der Vergabe des neuen Auftrags mehrheitlich nicht mehr bei der Nachfolgeorganisation Medexperts AG gearbeitet. Die Beschwerdegegnerin habe daher beschlossen, eine neue Gutachterstelle nach dem Zufallsprinzip bestimmen zu lassen. Die Beschwerdeführerin habe gegen dieses Vorgehen keine Einwendungen erhoben, weshalb ihre Rügen heute nicht mehr zu hören seien. Die Beschwerde erweise sich als unbegründet.

B.c. Am 14. November 2017 bewilligte das Gericht das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Befreiung von den Gerichtskosten und Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung) für das Beschwerdeverfahren (act. G 8).

B.d. Die Beschwerdeführerin verzichtete auf eine Replik (vgl. act. G 10).

B.e. Am 16. Januar 2018 reichte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin eine Honorarnote über den Betrag von Fr. 5'642.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) ein (act. G 11).



B.f. Am 30. Januar 2019 teilte die neue Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin mit, dass sie die Mandatsführung übernommen habe (act. G 13).

Erwägungen

1.

1.1. Die Beschwerdegegnerin hat mit der angefochtenen Verfügung vom 30. Mai 2017 einen Rentenanspruch der Beschwerdeführerin bei einem IV-Grad von 26 % verneint. Strittig ist, ob die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Invalidenrente hat.

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 % arbeitsunfähig gewesen sind und nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40 % 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 die Invalidität 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.

Bezüglich der Verwertbarkeit des in den Akten liegenden Observationsmaterials ist folgendes anzumerken: Das Bundesgericht hat – in Nachachtung des Entscheides des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 18. Oktober 2016, Vukota-Bojic



gegen Schweiz, Urteil no. 61838/10 – im Urteil BGE 143 I 377 vom 14. Juli 2017 erwogen, dass es auch in der Invalidenversicherung an einer genügenden gesetzlichen Grundlage, welche die verdeckte Überwachung umfassend klar und detailliert regle, fehle (Erw. 4). Mit dem (ehemaligen) Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin ist daher davon auszugehen, dass die durch die IV-Stelle in Auftrag gegebene Observation rechtswidrig gewesen ist. Was die Verwendung des im Rahmen der widerrechtlichen Observation gewonnenen Materials anbelangt, hat das Bundesgericht im zitierten Urteil erkannt, dass die Verwertbarkeit der Observationsergebnisse grundsätzlich zulässig sei, wenn die tangierten öffentlichen Interessen, namentlich die Verhinderung von Versicherungsmissbrauch, die privaten Interessen überwögen (Erw. 5). Die Beschwerdeführerin ist im Zeitraum vom 24. September 2010 bis 10. November 2010 an vier Tagen überwacht worden: Einmal ganz kurz, als sie als Beifahrerin mit dem Auto weggefahren ist, einmal etwas über drei Stunden und zweimal knapp fünf Stunden lang. Sie ist insbesondere beim Einsteigen ins Auto, beim Autofahren (als Beifahrerin), beim Ausladen von sperrigen Gegenständen aus dem Auto, beim Herab- und Hinaufsteigen der Treppe zum Sitzplatz, beim Aufräumen des Sitzplatzes, beim Binden der Schuhe, beim Spaziergehen über eine Wiese, beim Öffnen und Schliessen des Garagentores und beim Entsorgen von Kompost gefilmt worden. Wie bereits im Rückweisungsentscheid vom 13. April 2015 festgehalten worden ist, dürfen die Aufnahmen vom Sitzplatz (Balkon) und vom Garagenvorplatz verwertet werden (Erw. 2.2). Die Beschwerdeführerin ist nur bei alltäglichen Verrichtungen gefilmt worden. Da der zeitliche Umfang der Observation zudem gering gewesen ist, kann nicht von einer erheblichen Verletzung der Persönlichkeitsrechte ausgegangen werden. Das öffentliche Interesse an einer Observation ist angesichts der zur Diskussion stehenden erheblichen Leistungen der Invalidenversicherung (ganze Rente für eine relativ junge Versicherte) sowie angesichts des Interesses des Versicherungsträgers und der Versichertengemeinschaft, unrechtmässige Leistungsbezüge zu verhindern, unter den hier gegebenen Umständen höher zu gewichten als der Schutz der Privatsphäre der Beschwerdeführerin (vgl. Entscheid des Bundesgerichts vom 11. September 2017, 8C_261/2017 E. 5.2). Die Verwertung der Observationsergebnisse ist im vorliegenden Verfahren daher auch unter der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zulässig gewesen.

3.

3.1. Um den IV-Grad ermitteln zu können, muss die Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin in der angestammten Tätigkeit sowie in einer optimal adaptierten Tätigkeit mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit feststehen.



3.2. Strittig und nachfolgend zu prüfen ist, ob dem Gutachten des ZMB vom 18. August 2016 ein ausreichender Beweiswert zukommt, d.h. ob es die Arbeitsfähigkeit mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit belegt.

3.3. In formeller Hinsicht hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin geltend gemacht, dass sich die Beschwerdegegnerin nicht an die Vorgaben gemäss dem Rückweisungsentscheid des Versicherungsgerichts vom 13. April 2015 gehalten habe. Das Versicherungsgericht habe keine Neubegutachtung, sondern eine ergänzende Beurteilung durch die Medas-Gutachter angeordnet. Die zuständige IV-Sachbearbeiterin hat eine Rückfrage, wie sie das Gericht im Rückweisungsentscheid tatsächlich empfohlen hatte, aus verschiedenen Gründen als nicht sinnvoll erachtet: Erstens sei seit der letzten Begutachtung bereits eine geraume Zeit verstrichen und deshalb nicht auszuschliessen, dass sich der Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin seit diesem Zeitpunkt verändert haben könnte. Und zweitens seien die Vorgutachter teilweise gar nicht mehr für die Medas Ostschweiz bzw. die Nachfolgeorganisation Medexperts AG tätig. Das Gutachten der Medas Ostschweiz datiert vom November 2010. Nach dem Rückweisungsentscheid vom 13. April 2015 hat die Beschwerdegegnerin das Verwaltungsverfahren im Folgemonat wieder aufgenommen. Nachdem sie aktuelle Berichte bei den behandelnden Ärzten eingeholt hatte, hat sie im März 2016 eine neue polydisziplinäre Begutachtung in Auftrag gegeben. Seit der Vorbegutachtung sind in diesem Zeitpunkt bereits über fünf Jahre vergangen gewesen. Zudem hat eine Rückfrage tatsächlich wenig Sinn gemacht, wenn die Vorgutachter zwischenzeitlich nicht mehr für die Gutachterstelle tätig gewesen sind. Und schliesslich hat der Rückweisungsentscheid des Gerichts zur Folge gehabt, dass die Beschwerdegegnerin nicht nur die Arbeitsfähigkeit bis zum Erlass der aufgehobenen Verfügung (5. Januar 2012), sondern bis zum Erlass der neuen Verfügung (30. Mai 2017) hat beurteilen müssen, d.h. es wäre möglich gewesen, dass sich der Gesundheitszustand bzw. die Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin zwischenzeitlich verändert hätte und daher neu hätte beurteilt werden müssen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Ermessensentscheid der Beschwerdegegnerin, keine Rückfrage an die Vorgutachter zu tätigen, sondern ein neues Gutachten in Auftrag zu geben, sachgerecht gewesen und daher nicht zu beanstanden ist. Die Gutachter des ZMB sind sich denn auch bewusst gewesen, dass es sich bei der erneuten Begutachtung nicht um eine reine Verlaufsbeurteilung handelte, sondern dass sie insbesondere das Observationsmaterial, die neuen Berichte von Dr. J.____ vom Januar 2012 und die Stellungnahme von Dr. G.____ vom 13. Juni 2011 in ihre Beurteilung miteinbeziehen mussten (siehe S. 48, 70 f., 72, 77 f., 83, 85 des Gutachtens vom 18. August 2016, IV-act. 205).



3.4. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat weiter argumentiert, die Einschätzung der rheumatologischen Gutachterin des ZMB sei falsch. Ihre Beurteilung sei angesichts des überwiegend degenerativen Beschwerdecharakters und der Tatsache, dass sich die Beschwerdeführerin im Januar 2015 einer mikrochirurgischen Diskektomie C5/C6 habe unterziehen müssen, die ein unbefriedigendes Resultat gezeigt habe, nicht nachvollziehbar. Die Arbeitsversuche in den Jahren 2008 und 2009 hätten schon damals eine Arbeitsfähigkeit von höchstens 35 % ergeben. Dr. L.____ habe die Arbeitsfähigkeit für leichte Tätigkeiten allein aufgrund der Wirbelsäulenproblematik auf maximal 50 % geschätzt. Bezüglich der Versteifungsoperation ist anzumerken, dass die rheumatologische Gutachterin nicht hat nachvollziehen können, warum diese Operation durchgeführt worden ist. Die rheumatologische Gutachterin hat aufgrund der vorhandenen degenerativen Veränderungen leichte funktionelle Einschränkungen an der Wirbelsäule und an der linken Schulter festgestellt. Die funktionellen Einschränkungen an der HWS hat sie als höchstens mittelgradig eingestuft. Das von der Beschwerdeführerin erlebte Ausmass der Beschwerden hat sie nicht nachvollziehen können. Die rheumatologische Gutachterin des ZMB hat die angestammte Tätigkeit im Service wie die Vorgutachter der Medas Ostschweiz als nicht mehr zumutbar erachtet. Sie hat die Arbeitsfähigkeit für adaptierte Tätigkeiten auf 70 % geschätzt. Diese Einschätzung deckt sich nicht nur mit derjenigen der Vorgutachter der Medas Ostschweiz, sondern auch mit derjenigen des RAD-Arztes Dr. D.____ vom 29. Oktober 2007 und mit derjenigen von Dr. E.____ im Rahmen der BEFAS Abklärung (Schlussbericht vom 5. Juni 2008). Bereits im Rückweisungsentscheid vom 13. April 2015 (Erw. 3.3) ist dargelegt worden, dass es bei der Einschätzung der Arbeitsfähigkeit darum geht, festzustellen, ob bzw. in welchem Ausmass einer versicherten Person eine Erwerbstätigkeit objektiv betrachtet noch zumutbar ist. Die im Rahmen eines Arbeitsversuchs gezeigte Arbeitsleistung wird wesentlich durch subjektive Faktoren wie die von der versicherten Person empfundenen Schmerzen, ihre Motivation und ihre Willenskraft mitbestimmt. Aus diesem Grund kann nicht von der im Rahmen eines Arbeitsversuchs gezeigten Arbeitsleistung auf die medizinisch-theoretisch mögliche und zumutbare Arbeitsleistung geschlossen werden. Auch die abweichende Arbeitsfähigkeitsschätzung von Dr. L.____ vermag keine Zweifel an der übereinstimmenden Arbeitsfähigkeitsschätzung der Vorgutachter und der früheren Sachverständigen zu wecken. Zum einen hat Dr. L.____ seine abweichende Arbeitsfähigkeitsschätzung nicht begründet. Zum anderen pflegen behandelnde Ärztinnen und Ärzte im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung im Zweifelsfall erfahrungsgemäss eher zu Gunsten ihrer Patienten auszusagen (vgl. BGE 135 V 465 E. 4.5 mit Hinweisen). Demnach ist in somatischer Hinsicht auf die



übereinstimmende Arbeitsfähigkeitsschätzung der medizinischen Sachverständigen abzustellen. In einer körperlich angepassten Tätigkeit besteht also aus rein somatischer Sicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit seit Januar 2006 eine 70 %ige Arbeitsfähigkeit.

3.5. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat ausserdem vorgebracht, dass das psychiatrische Teilgutachten des ZMB nicht beweistauglich sei. Dr. P.____ habe sich nämlich nicht mit der Persönlichkeitsdiagnostik von Dr. G.____ auseinandergesetzt und die Diagnosen F38.10 und F61.0 verneint. Demgegenüber habe Dr. G.____ nachvollziehbar begründet, weshalb man die Beschwerdeführerin sehr gut kennen müsse, um deren Psychopathologie zu erfassen. Die kurze gutachterliche Exploration habe nur eine oberflächliche Untersuchung zugelassen. Zudem unterliege der Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin grossen Schwankungen. In psychiatrischer Hinsicht hat der Vorgutachter der Medas Ostschweiz der Beschwerdeführerin wegen einer rezidivierenden depressiven Störung, gegenwärtig leichte bis mittelgradige Episode mit Somatisierungstendenzen, wegen akzentuierten Persönlichkeitszügen mit ängstlich-vermeidenden und zwanghaften Anteilen und wegen einer chronischen Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren eine Arbeitsfähigkeit für adaptierte Tätigkeiten von lediglich 40-50 % bescheinigt. Der psychiatrische Gutachter des ZMB, Dr. P.____, hat die psychiatrischen Diagnosen des Vorgutachters Dr. H.____ bestätigt. Er hat die rezidivierende depressive Störung nur als leichtgradig eingeschätzt und die Arbeitsfähigkeit rückwirkend ab Observationsbeginn am 24. September 2010 für die bisherige Tätigkeit wie auch für adaptierte Tätigkeiten auf 70 % geschätzt (Leistungsverminderung von 30 %). Begründet hat er die vom Vorgutachten abweichende Arbeitsfähigkeitsschätzung damit, dass aus seiner Sicht der Psychostatus des psychiatrischen Teilgutachtens von Dr. H.____ nur einer leichtgradigen depressiven Episode entspreche und dass sich Dr. H.____ nicht vertieft mit den vorhandenen erheblichen psychosozialen Faktoren (insbesondere dem Dilemma der Kinderbetreuung) auseinandergesetzt habe (IV-act. 205-70). Die Einschätzung von Dr. P.____ überzeugt insbesondere aufgrund des von Dr. H.____ angegebenen psychopathologischen Befundes (leicht bedrückte Grundstimmung, leicht verminderte affektive Modulationsfähigkeit, leicht verminderter Antrieb, leicht angespannte Psychomotorik, leichte bis allenfalls zeitweilig mittelgradige Einschränkungen der Aufmerksamkeit, der Ausdauer und der Konzentrationsfähigkeit, leicht verminderte emotionale Belastbarkeit, leicht verminderte Stress- und Frustrationstoleranz; IV-act. 134-28 f.). Während Dr. H.____ seine Beurteilung zudem noch gestützt auf die alte Rechtsprechung zu den somatoformen Schmerzstörungen und vergleichbaren psychosomatischen Leiden abgegeben hatte (sog. Foerster-



Kriterien, siehe etwa BGE 130 V 352), hat Dr. P.____ das mit BGE 141 V 281 eingeführte, strukturierte Beweisverfahren durchgeführt, d.h. er hat die im erwähnten Urteil vorgegebenen Standardindikatoren geprüft (S. 55 f., 65 ff., 78 ff. des Gutachtens, IV-act. 205). Dr. P.____ hat sich auch mit der divergierenden Einschätzung des behandelnden Psychiaters Dr. G.____ auseinandergesetzt, welcher der Beschwerdeführerin neben einer chronischen Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren eine rezidivierende kurze depressive Störung schwerer Ausprägung, eine Dysthymia und eine kombinierte Persönlichkeitsstörung mit depressiven und zwanghaften Strukturanteilen und einem suppressiven, dissimulierenden und masochistischen Copingverhalten diagnostiziert hatte. Dr. P.____ hat hierzu ausgeführt, dass die Eingangskriterien der Diagnose einer Persönlichkeitsstörung, unter anderem ein Störungsbeginn in der Kindheit oder Jugend und eine Manifestation auf Dauer im Erwachsenenalter, anlässlich seiner Exploration nicht hätten nachgewiesen werden können. Die Beschwerdeführerin habe ein gutes Ressourcenpotential gezeigt, sei seit Jahrzehnten tragfähig verheiratet und sei in der Lage gewesen, sich jahrelang an diversen Arbeitsstellen zu bewähren; an der letzten Arbeitsstelle habe sie zwischen 42 und 55 Stunden pro Woche gearbeitet. Das Funktionsniveau sei durchwegs stabil und auf einem guten Niveau gewesen. Dr. P.____ hat auch das Auftreten kurzer depressiver Episoden relevanteren Ausmasses aufgrund der Aussagen der Beschwerdeführerin und der Akten nicht bestätigen können. Die Beschwerdeführerin sei beispielsweise in der Lage gewesen, für ihren Sohn zu sorgen. Dr. P.____ hat ausserdem darauf hingewiesen, dass erhebliche psychosoziale, IV-fremde Faktoren bestünden, die einerseits eine Selbstlimitierung zur Folge hätten und andererseits die beschriebene Labilität erheblich beeinflussten. Auch wenn die Beschwerdeführerin in der Vergangenheit unter rezidivierenden, kurzen depressiven Episoden schwerer Ausprägung gelitten hätte, könnte deshalb entgegen der Ansicht von Dr. G.____ nicht auf eine vollständige Arbeitsunfähigkeit geschlossen werden. Dr. G.____ hat selber angegeben, dass im Längsschnitt "lediglich" ein mittleres Störungsausmass vorliege. Aufgrund der grossen Schwankungen des Befindens der Beschwerdeführerin hat er aber keine sozialpraktisch verwertbare Arbeitsleistung mehr als gegeben erachtet. Ob eine Restarbeitsfähigkeit auf dem (fiktiven) ausgeglichenen Arbeitsmarkt verwertbar ist, ist jedoch keine medizinische Frage. Entgegen der Ansicht von Dr. G.____ ist davon auszugehen, dass der ausgeglichene Arbeitsmarkt auch für Personen, die zwischendurch an kurzen, schweren depressiven Episoden leiden, Arbeitsstellen bereithält. Die Arbeitsfähigkeitsschätzung von Dr. G.____ überzeugt also bereits aus diesem Grund nicht. Demnach ist auf die überzeugende Arbeitsfähigkeitsschätzung von Dr. P.____ abzustellen, wonach die Beschwerdeführerin aus psychiatrischer Sicht in jeglicher Tätigkeit wegen einer Leistungsverminderung mit



überwiegender Wahrscheinlichkeit noch zu 70 % arbeitsfähig ist. Dr. P.____ hat erklärt, dass er die Arbeitsunfähigkeit aus psychiatrischer Sicht nicht weiter als bis zum Observationsbeginn zurückdatieren könne. Dr. Q.____ von der IV-Stelle hat bestätigt, dass aufgrund der komplexen Situation mit zahlreichen schwerwiegenden psychosozialen Faktoren die psychiatrische Einschätzung nicht weiter zurückdatiert werden könne (IV-act. 206-3). Die Beschwerdeführerin befindet sich erst seit Februar 2010 bei Dr. G.____ in psychiatrischer Behandlung. Soweit ersichtlich hat sich die Beschwerdeführerin vorher nicht in psychiatrischer, sondern lediglich in "logopsychosomatischer" Behandlung (Körperpsychotherapie/Atemtherapie) befunden (vgl. IV-act. 109-2). In antizipierender Beweiswürdigung ist daher davon auszugehen, dass weitere Abklärungen bezüglich der Arbeitsfähigkeit aus psychiatrischer Sicht für die Zeit vor der Observation nichts bringen würden. Für die Zeit vor der Observation liegt also keine verlässliche Arbeitsfähigkeitsschätzung aus psychiatrischer Sicht im Recht. Den Nachteil der Beweislosigkeit hat die Beschwerdeführerin zu tragen (vgl. BGE 117 V 261 E. 3b). Die psychiatrisch bedingte Arbeitsunfähigkeit von 30 % ist somit erst ab September 2010 ausgewiesen. Für die Zeit davor ist keine Arbeitsunfähigkeit ausgewiesen.

3.6. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat weiter geltend gemacht, die ZMB-Gutachter hätten nicht begründet, weshalb es bei den Arbeitsunfähigkeiten aus somatischer und psychiatrischer Sicht nicht zu "Additionen" komme. Tatsächlich haben die ZMB-Gutachter im Gutachten lediglich festgehalten, dass es nicht zu "Additionen" komme (IV-act. 205-83). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die gutachterliche Arbeitsfähigkeitsschätzung von vornherein nicht beweiskräftig wäre. Aus somatischer Sicht haben die ZMB-Gutachter der Beschwerdeführerin wegen funktioneller Einschränkungen an der Wirbelsäule und der linken Schulter eine 30 %ige Arbeitsunfähigkeit attestiert. Die rheumatologische Gutachterin hat bezüglich der Umsetzung der Arbeitsfähigkeit auf die Einschätzung von Dr. E.____ aus dem Jahr 2008 abgestellt (BEFAS-Abklärung). Dieser hatte festgehalten, dass die Beschwerdeführerin während sechs Stunden täglich bei reduzierter Präsenzzeit am Nachmittag tätig sein könne. Eine reduzierte Tagespräsenz erscheine angezeigt, um allfällig drohenden, arbeitsabhängig im Tagesverlauf zunehmenden Schmerzexazerbationen vorbeugend entgegen zu wirken (IV-act. 55-10). Die Gutachter der Medas Ostschweiz hatten im Gutachten vom 23. November 2010 notiert, dass die Restarbeitsfähigkeit am besten in Form einer Tätigkeit während sechs Stunden täglich mit einem um ca. 1/3 reduzierten Rendement zu realisieren wäre (IV-act. 134-18; wobei die Gutachter der Medas Ostschweiz noch von einer 40-50 %igen Arbeitsfähigkeit aus psychiatrischer Sicht ausgegangen waren). Die Gutachter der Medas Ostschweiz und des ZMB haben die



Empfehlung von Dr. E.____, die verbliebene Arbeitsfähigkeit mittels einer reduzierten Tagesleistung von sechs Stunden pro Tag umzusetzen, also bestätigt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass es keine andere Möglichkeit gäbe, die Restarbeitsfähigkeit umzusetzen. Bei der von Dr. E.____ vorgeschlagenen Umsetzung der Restarbeitsfähigkeit von 70 % hat es sich lediglich um eine Empfehlung resp. um einen Vorschlag gehandelt. Weshalb er der Meinung gewesen ist, dass eine reduzierte Tagespräsenz angezeigt sei, um Schmerzexazerbationen zu verhindern, lässt sich nicht nachvollziehen. Dr. D.____ hat denn auch festgehalten, dass die Beschwerdeführerin eindeutig längerer und betriebsunüblicher Pausen bedürfe. Der Beschwerdeführerin müsste aus somatischer Sicht also auch ein Ganztagespensum mit einer Arbeitsleistung von 70 % (vermehrte Pausen, vermindertes Rendement) zumutbar sein. Zu diesem Schluss sind auch die Gutachter des ZMB in ihrer interdisziplinären Beurteilung gekommen. Ansonsten hätten sie nicht festgehalten, dass es nicht zu einer Addition der Arbeitsunfähigkeiten aus somatischer und psychiatrischer Sicht komme. Der Beschwerdeführerin ist also aus somatischer Sicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein ganztägiges Arbeitspensum zumutbar (mit vermehrten Pausen und vermindertem Rendement im Umfang von 30 %). Aus psychiatrischer Sicht besteht eine 30 %ige Leistungsminderung, d.h. auch die Restarbeitsfähigkeit aus psychiatrischer Sicht ist ganztags umsetzbar. Die Beschwerdeführerin kann die häufigeren Pausen folglich nutzen, sich körperlich wie auch psychisch zu erholen. Auch bezüglich der verminderten Rendements aus somatischer und psychiatrischer Sicht bestehen Synergien. Vor diesem Hintergrund überzeugt die Einschätzung der Gutachter des ZMB, dass die Beschwerdeführerin aus interdisziplinärer Sicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ab September 2010 weiterhin zu 70 % arbeitsfähig gewesen ist.

3.7. Die ZMB-Gutachter haben festgehalten, dass für die Zeit nach der Rückenoperation im Januar 2015 von einer circa sechsmonatigen vollständigen Arbeitsunfähigkeit auszugehen sei. Die Beschwerdeführerin ist im Zeitpunkt der Operation in ihrer angestammten Tätigkeit als Serviceangestellte seit neun Jahren voll arbeitsunfähig gewesen. Es wäre ihr zwischenzeitlich also zumutbar gewesen, eine leidensadaptierte Tätigkeit zu suchen und auszuüben (Art. 6 Satz 2 ATSG). Ob das Wartejahr im Januar 2015 erfüllt gewesen ist, ist daher anhand der Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit zu beurteilen. Die Beschwerdeführerin ist vor dem Eintritt der vorübergehenden postoperativen Arbeitsunfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit zu 30 % arbeitsunfähig gewesen. Der IV-Grad hat, wie in Erw. 5 erläutert werden wird, in diesem Zeitpunkt 37 % betragen. Da die Beschwerdeführerin Ende Dezember 2014 nicht zu mindestens 40 % invalid gewesen ist (Art. 28 Abs. 1 lit. c IVG), ist das



Wartejahr nicht erfüllt gewesen. Die vollständige Arbeitsunfähigkeit im Anschluss an die Rückenoperation im Januar 2015 begründet demnach keinen Anspruch auf eine befristete IV-Rente.

3.8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass bezüglich der medizinischen Arbeitsfähigkeitsschätzung vollumfänglich auf das Gutachten des ZMB abgestellt werden kann. Die bisherige Tätigkeit als Serviceangestellte ist der Beschwerdeführerin seit Januar 2006 nicht mehr zumutbar. Ebenfalls seit Januar 2006 besteht in polydisziplinärer Hinsicht für körperlich adaptierte Tätigkeiten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine Arbeitsfähigkeit von 70 %.

4.

Somit bleibt noch der von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Einkommensvergleich zu überprüfen. Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Herkunftsland eine Ausbildung im Gastronomiebereich abgeschlossen (IV-act. 14). In der Schweiz hat sie stets als Serviceangestellte gearbeitet. Im Vergleich mit dem durchschnittlichen Lohn einer Hilfsarbeiterin ist das von der Beschwerdeführerin erzielte Erwerbseinkommen deutlich unterdurchschnittlich gewesen: Im Jahr 2005, also im Jahr vor dem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit, hat die in Vollzeit tätige Beschwerdeführerin ein Erwerbseinkommen von Fr. 40'258.-- erzielt (siehe IK-Auszug: IV-act. 8-1). Der durchschnittliche Hilfsarbeiterinnenlohn hat im selben Jahr, aufgerechnet auf die betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit von 41.6 Stunden, Fr. 49'120.-- betragen (siehe Anhang 2 der IVG-Ausgabe der Informationsstelle AHV/IV, Ausgabe 2012). Aus diesem Grund hat die Beschwerdegegnerin gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung eine Parallelisierung der Vergleichseinkommen im Umfang, in welchem die prozentuale Abweichung den Erheblichkeitsgrenzwert von 5 % übersteigt, vorgenommen (vgl. BGE 135 V 297). Diese Rechtsprechung überzeugt jedoch nicht: Das tatsächlich erzielte Erwerbseinkommen hängt stets von der konkreten Arbeitsmarktlage ab. Diese muss bei der Berechnung des Valideneinkommens jedoch ausgeblendet werden: Das Valideneinkommen ist anhand der (hypothetischen) Verhältnisse auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt festzulegen. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin freiwillig zu einem unterdurchschnittlichen Lohn gearbeitet hat, sondern dass sie aufgrund der Wirtschaftslage keine besser bezahlte Arbeitsstelle gefunden hat. Hätte also der damalige Arbeitsmarkt eine durchschnittlich entlohnte Hilfsarbeiterinnenstelle – auch



ausserhalb des Gastronomiebereichs – geboten, hätte die Beschwerdeführerin diese Stelle angenommen. Dem Valideneinkommen ist daher nicht das zuletzt erzielte, unterdurchschnittliche Erwerbseinkommen als Serviceangestellte zugrunde zu legen, sondern der Lohn, den die Beschwerdeführerin bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage hätte erzielen können, nämlich der durchschnittliche Lohn einer Hilfsarbeiterin (d.h. der Zentralwert der Löhne aller Hilfsarbeiterinnen). Die Invalidenkarriere entspricht somit der Validenkarriere, weshalb sich eine ziffernmässige Festlegung der Vergleichseinkommen erübrigt und der IV-Grad anhand einer Gegenüberstellung blosser Prozentzahlen berechnet werden kann (vgl. BGE 114 V 310 E. 3a). Die Beschwerdegegnerin hat keinen Tabellenlohnabzug gewährt. Bei der Ermittlung des Invalideneinkommens sind einerseits indirekte krankheitsbedingte Nachteile, die in der medizinischen Arbeitsfähigkeitsschätzung nicht berücksichtigt worden sind, und andererseits qualifizierende Eigenschaften der versicherten Person, die sich auf die Lohnhöhe auswirken, zu berücksichtigen (vgl. Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 8. Dezember 2015, IV 2013/118 E. 3.3 und Entscheid vom 17. Oktober 2016, IV 2014/121 E. 3.1). Die Beschwerdeführerin ist im Zeitpunkt des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit knapp __ Jahre und im Verfügungszeitpunkt (30. Mai 2017) __ Jahre alt gewesen. Weder das Alter noch der Migrationshintergrund oder die lange berufliche Abwesenheit stellen für Hilfsarbeiten auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt lohnmindernde Gründe dar. Allerdings besteht aufgrund der ausgewiesenen psychischen und physischen gesundheitlichen Beeinträchtigungen die Gefahr überdurchschnittlich häufiger Arbeitsausfälle. Ausserdem ist die Beschwerdeführerin nicht gleich flexibel einsetzbar wie eine gesunde Arbeitnehmerin. Zu denken ist hier beispielsweise an die Leistung von Überstunden. Ein potentieller Arbeitgeber muss dem erhöhten Ausfallrisiko bzw. dem Risiko der dadurch anfallenden zusätzlichen Kosten (Lohnzahlung ohne Arbeitsleistung) und der fehlenden Flexibilität dadurch Rechnung tragen, indem er die Beschwerdeführerin nur zu einem etwas unter dem Lohn einer zu 70 % tätigen, gesunden Hilfsarbeiterin anstellt, wenn er nicht einen Soziallohnanteil ausrichten will. Im vorliegenden Fall erscheint deshalb praxisgemäss ein Tabellenlohnabzug von 10 % als angemessen. Der IV-Grad beträgt folglich 37 % ($30 + [70 \% \times 0.1]$). Die Beschwerdeführerin hat somit keinen Anspruch auf eine IV-Rente.

4.1. Demnach ist die Beschwerde abzuweisen



5.

5.1. 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. Die Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 600.-- ist der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Zuzufolge unentgeltlicher Rechtspflege ist sie von der Bezahlung zu befreien.

5.2. Der Staat bezahlt zufolge unentgeltlicher Rechtsverteiständung die Kosten der Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin. Die Parteientschädigung wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr. 12'000.--. Der (ehemalige) Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat eine Honorarnote über den Betrag von Fr. 5'642.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) eingereicht. Die Beschwerdeführerin ist im Verfahren IV 2012/62, welches mit einem Rückweisungsentscheid geendet hat, für ihre Aufwendungen entschädigt worden. Die im vorliegenden Verfahren festzusetzende Parteientschädigung bezieht sich somit nur auf den Vertretungsaufwand, der nach dem Rückweisungsentscheid vom 13. April 2015 angefallen ist. Der (ehemalige) Rechtsvertreter hatte die Beschwerdeführerin im Vorverfahren IV 2012/62 nicht vertreten, d.h. er hat die gesamten Akten studieren müssen. Das Aktenstudium ist im Vergleich mit einem durchschnittlichen IV-Rentenfall, in welchem praxisgemäss eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- zugesprochen wird, überdurchschnittlich zeitintensiv gewesen, weil die IV-Anmeldung der Beschwerdeführerin im Verfügungszeitpunkt bereits über zehn Jahre zurückgelegen hat und weil Observationsmaterial in den Akten gelegen hat. Angesichts der Tatsache, dass nur ein Schriftenwechsel erfolgt ist, erscheint die vom (ehemaligen) Rechtsvertreter geforderte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 5'642.-- trotzdem als übersetzt. Vielmehr erscheint eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 4'500.-- als angemessen. Diese ist um einen Fünftel zu kürzen (Art. 31 Abs. 3 AnwG). Somit



entschädigt der Staat die Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin mit Fr. 3'600.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer).

5.3. Eine Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, ist zur Nachzahlung der Gerichtskosten und zur Rückerstattung der Parteientschädigung verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 123 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272] i.V.m. Art. 99 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRP, sGS 951.1]).

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Beschwerdeführerin wird von der Bezahlung der Gerichtskosten von Fr. 600.-- zufolge unentgeltlicher Rechtspflege befreit.

3.

Der Staat entschädigt die Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin zufolge unentgeltlicher Rechtsverteidigung mit Fr. 3'600.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer).