



Fall-Nr.: IV 2010/435 und IV 2010/286
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 15.02.2013
Entscheiddatum: 15.02.2013

Entscheid Versicherungsgericht, 15.02.2013

Art. 59 Abs. 5 IVG. Verwertung von Observationsergebnissen. Art. 59 Abs. 2bis IVG und Art. 49 IVV: Beweiswert von Stellungnahmen des RAD. Art. 37 Abs. 4 ATSG: unentgeltliche Rechtsbeistand bei Aggravation und Unterstellung eines Rechtsmissbrauchs (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 15. Februar 2013, IV 2010/435 und IV 2010/286). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 8C_328/2013.

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, a.o. Versicherungsrichterin Gertrud Condamin-Voney,
Versicherungsrichterin Marie Löhner; Gerichtsschreiber Jorge Lopez

Entscheid vom 15. Februar 2013

in Sachen

A.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Rainer Niedermann, St. Leonhard-Strasse 20,
Postfach, 9001 St. Gallen,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,



betreffend

Unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Verwaltungsverfahren und Rente

(Observation)

Sachverhalt:

A.

A.a A.____ war seit August 1998 bis Ende April 2002 bei der B.____ AG, Bauunternehmung, als Gipser angestellt. Ihm wurde das Arbeitsverhältnis infolge Auflösung der Firmengruppe C.____ gekündigt (UV-act. 1/35). Er schlug sich am 14. März 2002 gemäss Meldung der Arbeitgeberin zuhanden der SUVA vom 12. April 2002 die linke Hand an einem Türrahmen zu Hause an (UV-act. 1/38). Dem Vorfall ging gemäss Bericht des Kantonsspitals Altstätten vom 8. März 2002 eine kleine Verletzung des linken Daumens mit möglicher Fremdkörpereinsprengung voraus, die sich bereits vor zwei oder drei Jahre ereignet hatte (vgl. UV-act. 1/11). Nun zog sich der Versicherte eine Metacarpale-V-Schrägfraktur links zu, welche am 20. März 2002 mit einer Osteosynthese operativ versorgt wurde (UV-act. 1/37). Es folgten eine operative Metallentfernung samt Neurinomentfernung am 10. Juni 2002 (UV-act. 1/26) sowie eine Entfernung eines scheibenförmigen Glassplitters am 5. Juli 2002. Letzteres war angezeigt, weil der Versicherte über persistierende Beschwerden und unverändertes Fremdkörpergefühl im Daumen links geklagt hatte (UV-act. 1/11).

A.b Ab 12. August 2002 unternahm der Versicherte einen Arbeitsversuch bei einer neuen Arbeitgeberin. Diese kündigte aber das Arbeitsverhältnis per 23. August 2012, weil er anlässlich des Anstellungsgesprächs die Beeinträchtigung der linken Hand verschwiegen hatte und deswegen kurz nach dem Anstellungsantritt zu 50% arbeitsunfähig geschrieben wurde (UV-act. 1/14, 16).

A.c Eine kreisärztliche Untersuchung vom 25. September 2002 ergab, dass der linke Daumen des Versicherten beschwerdefrei sei und eine vollumfängliche Funktion mit



erhaltener Sensibilität zeige. Die geklagten Beschwerden seien als Dekonditionierung nach fast einem halben Jahr Arbeitsunfähigkeit anzusehen (UV-act. 1/13).

B.

B.a Der Versicherte meldete sich erstmals am 13. Februar 2003 zum Bezug von Leistungen der Invalidenversicherung (berufliche Massnahmen und Rente) an. Er wies dabei auf eine seit 2000 bestehende Knochenentzündung der linken Hand hin (IV-act. 1) und legte später ein Arztzeugnis des Hausarztes Dr. med. D.____, Allgemeinmedizin FMH, vom 16. Mai 2003 vor. Danach war der Versicherte für die Verrichtung von schweren Arbeiten mit der linken Hand nicht mehr arbeitsfähig (IV-act. 11/1).

B.b Infolge der Anmeldung zog die IV-Stelle des Kantons St. Gallen die Akten der Unfallversicherung bei (IV-act. 9). Aus den darin enthaltenen Berichten der Klinik für Orthopädische Chirurgie am Kantonsspital St. Gallen zuhanden des Hausarztes vom 1. April 2003 (UV-act. 2/12) und vom 6. Juni 2003 (UV-act. 2/9) ging hervor, dass der Versicherte zu 100% arbeitsfähig sei.

B.c Vor diesem medizinischen Hintergrund legte die IV-Stelle mit Verfügung vom 6. August 2004 eine vollständige Arbeitsfähigkeit in einer angepassten leichten Tätigkeit fest, ermittelte einen Erwerbsausfall von 15% und wies das Leistungsbegehren betreffend berufliche Massnahmen ab (IV-act. 31). Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 27. Januar 2005 fest (IV-act. 39).

C.

C.a Der Versicherte füllte am 12. August 2005 ein zweites Anmeldeformular zuhanden der Invalidenversicherung aus und beantragte die Zusprache einer Rente (IV-act. 40). Er legte dem Formular einen Bericht der Klinik Gais vom 19. Juli 2005 bei. Darin wurden eine mittelgradige depressive Episode (ICD-10: F 32.1) und differentialdiagnostisch eine somatoforme Schmerzstörung (ICD-10: F 45.4) angeführt. Gestützt darauf ergebe sich eine Arbeitsunfähigkeit von 100% (IV-act. 41).



St.Galler Gerichte

C.b Dr. med. E.____, Allgemeinmedizin FMH, nannte in einem Bericht vom 29. August 2005 auch die mittelgradige depressive Episode und die somatoforme Schmerzstörung. Er wies im Zusammenhang mit dem Status nach Mittelhandfraktur darauf hin, dass die geklagten Schmerzen trotz spezialärztlichen Untersuchungen nicht objektiviert werden könnten. Unfallbedingt sei der Versicherte seit 15. Dezember 2003 zu 50% arbeitsunfähig und krankheitsbedingt seit 26. Mai 2004 zu 100% arbeitsunfähig (IV-act. 47/3 f.).

C.c Die Fachstelle für Sozialpsychiatrie und Psychotherapie, hielt in einem Bericht vom 7. November 2005 fest, dass Tätigkeiten, die keinen Gebrauch der linken Hand erfordern würden, grundsätzlich zumutbar seien. Eine an sich erforderliche Arbeitserprobung könne aber möglicherweise nicht durchgeführt werden, weil das Denken des Versicherten auf die Krankheit seiner linken Hand fixiert sei (IV-act. 50).

C.d Dr. med. F.____, Orthopädie/Handchirurgie, Schulthess Klinik, führte im Gutachten zuhanden der Suva vom 11. November 2005 an, der Versicherte könne aus handchirurgischer Sicht eine leichte Tätigkeit ausführen, wenn sie vorwiegend als rechtsdominant ausfalle und die linke Hand als Hilfshand eingesetzt werde. Eine schlüssige Diagnose könne nicht gestellt werden. Es liege eine Verdachtsdiagnose eines Narbenneuromrezidives vor, welches sekundär zu einer massiven Symptomausweitung geführt habe (UV-act. 6/24).

C.e Mit Verfügung vom 20. April 2007 teilte die Unfallversicherung dem Versicherten mit, dass für die verbliebene Beeinträchtigung aus dem Unfall vom 14. März 2002 ab 1. Januar 2004 eine Invalidenrente auf der Basis eines Invaliditätsgrades von 18% und eines versicherten Jahresverdienstes von Fr. 76'353.-- ausgerichtet werde (UV-act. 7). I/220). Mit Einspracheentscheid vom 10. Dezember 2007 wurde der Invaliditätsgrad von 18% auf 27% erhöht (UV-act. 9). Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen mit Urteil vom 26. August 2008 ab (UV-act. 12/3-16).

C.f Die Medizinische Abklärungsstelle (MEDAS) Zentralschweiz erstellte im Auftrag der IV-Stelle und unter Mitwirkung der Konsiliarärzte Dr. med. G.____, Facharzt für Rheumatologie FMH, und Dr. med. H.____, Psychiatrie und Psychotherapie FMH, ein



St.Galler Gerichte

interdisziplinäres Gutachten vom 12. Juli 2007. Dieses stellte die sich auf die Arbeitsfähigkeit auswirkenden Diagnosen eines chronifizierten therapierefraktären schmerzhaften Residualzustands der linken oberen Extremität mit funktioneller Einarmigkeit und einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung. Aufgrund der rheumatologischen Befunde seien dem Versicherten die angestammte Tätigkeit als Gipser sowie andere manuell kraftaufwändigen Tätigkeiten nicht mehr zumutbar. Er könne lediglich eine körperlich und vor allem manuell leichte Tätigkeit mit vermindertem Einsatz der linken Hand im Sinne einer Zudien- und Hilfshand sowie vorwiegend rechtsdominante Arbeiten zu 90% ausführen. Die quantitative Einschränkung der Arbeitsfähigkeit ergebe sich aus den psychopathologischen Befunden. Andere Diagnosen (depressive Störung, überwertige Idee, diastolische Hypertonie und Übergewicht) hätten zwar Krankheitswert, würden aber zu keiner wesentlichen Einschränkung der Arbeitsfähigkeit führen (IV-act. 74/21).

C.g Nach Durchführung des Vorbescheidverfahrens (IV-act. 81-83) verneinte die IV-Stelle mit Verfügung vom 21. Januar 2008 (richtig 24. Januar 2008) bei einem Invaliditätsgrad von 18% einen Anspruch auf eine IV-Rente (IV-act. 86).

D.

D.a Der Versicherte meldete sich erneut am 5. November 2008 bei der Invalidenversicherung an (IV-act. 90). Aus psychiatrischer Sicht war er gemäss Bericht des Psychiatrie-Zentrums Z.____ vom 25. November 2008 zu 100% arbeitsunfähig (IV-act. 96). Dr. E.____ berichtete am 27. November 2008 von einer psychiatrischen Entgleisung mit depressiver Entwicklung, Agitiertheit, Aggressivität gegen sich und Fremdpersonen bis hin zu suizidalen Absichten (IV-act. 95).

D.b In der Folge beauftragte die IV-Stelle am 27. März 2009 die MEDAS-Zentralschweiz mit einer psychiatrischen Verlaufsbeurteilung des Versicherten (IV-act. 103). Im Gutachten vom 25. Mai 2009 stellte Dr. H.____ die sich auf die Arbeitsfähigkeit auswirkenden Diagnosen einer wegen Komorbidität und anderen Umständen nicht überwindbaren anhaltenden Schmerzstörung (ICD-10: F45.4), einer schweren depressiven Episode ohne psychotische Symptome (ICD-10: F32.2) und einer überwertigen Idee (sonstige anhaltende wahnhaftige Störungen, ICD-10: F22.8).



St.Galler Gerichte

Aufgrund der psychischen Störungen könne der Versicherte eine Arbeitspräsenzzeit von nur 50% in einer adaptierten Tätigkeit theoretisch erfüllen. Da seine Leistungen aber nicht verwertbar wären, sei von einer Arbeitsunfähigkeit von 100% in jeder Tätigkeit auszugehen. Seit der Begutachtung im März 2007 habe sich der Gesundheitszustand schleichend verschlechtert; seit dem Eintritt in die stationäre Behandlung in der Klinik St. Pirminsberg betrage die Arbeitsunfähigkeit 100% (IV-act. 105/7-11).

D.c Auf dieses Verlaufsgutachten war gemäss Stellungnahme des Arztes I.____, Regionaler Ärztlicher Dienst (RAD) Ostschweiz, vom 21. Juli 2009 abzustellen (IV-act. 106). Demgegenüber stellte der RAD-Arzt J.____ am 4. August 2009 Ungereimtheiten und inkonsistente Angaben des Versicherten fest und erstellte am 25. August 2009 ein Leistungsprofil im Hinblick auf einen Überwachungsauftrag (IV-act. 107). Gleichentags ersuchte Rechtsanwalt R. Niedermann, St. Gallen, im Namen des Versicherten, die Invalidenversicherung um Akteneinsicht. Zudem beantragte er die unentgeltliche Rechtsverteidigung (IV-act. 108).

D.d Am 27. August 2009 beauftragte die IV-Stelle ein Ermittlungsbüro mit der Überwachung des Versicherten (IV-act. 110).

D.e Am 3. September 2009 gewährte die IV-Stelle dem Rechtsvertreter des Versicherten Akteneinsicht (IV-act. 114).

D.f Die Observation wurde in der Zeitspanne vom 1. Oktober 2009 bis 10. November 2009 durchgeführt (IV-act. 126). Der Versicherte hatte sich am 24. August 2009 wegen Suizidalität freiwillig in stationäre Behandlung in die Klinik St. Pirminsberg, Psychiatrie-Dienste Süd, Pfäfers, begeben und blieb bis 31. Oktober 2009 dort (IV-act. 146/10-14). Die Ermittler haben ihn dann erstmals am 9. November 2009 und am 10. November 2009 überwachen können (vgl. IV-act. 126).

D.g Mit Schreiben vom 27. November 2009 teilte die IV-Stelle dem Rechtsvertreter des Versicherten mit, eine anwaltliche Verbeiständung dränge sich nach der Rechtsprechung vor Erlass eines Vorbescheids nur im Ausnahmefall auf. Ein solcher sei hier nicht gegeben (IV-act. 119).



St.Galler Gerichte

D.h Die Ergebnisse der Observation wurden in einem Ermittlungsbericht vom 28. Dezember 2009 festgehalten (IV-act. 126; Videoaufnahmen der Observation wurden zu den Akten gelegt, act. G 16). Diesbezüglich nahm der RAD-Arzt J.____ am 5. Januar 2010 aus medizinischer Sicht Stellung (IV-act. 127).

D.i Am 13. Januar 2010 trat der Versicherte erneut eine stationäre Behandlung in der Klinik St. Pirminsberg an, die bis 9. Februar 2010 dauerte (IV-act. 146/5-9).

D.j Mit Schreiben vom 14. Januar 2010 beanstandete der Rechtsvertreter des Versicherten, dass die IV-Stelle ihm Akten vorenthalten habe, und verlangte volle Akteneinsicht (IV-act. 151/3). Gleichentags ersuchte er mit separatem Schreiben erneut um Bewilligung der unentgeltlichen Verbeiständung (IV-act. 151/1).

D.k Mit den Ergebnissen der Observation konfrontierte die IV-Stelle den Versicherten im Beisein seines Rechtsvertreters am 1. Februar 2010 (IV-act. 138 f.).

D.l Mit Bericht zuhanden des Psychiatrie-Zentrums Rheintal vom 16. März 2010 berichteten die Ärzte der Klinik St. Pirminsberg von einer stationären Krisenintervention vom 14. bis 16. März 2010 (IV-act. 146/3). Sie erstatteten daraufhin am 26. März 2010 einen Verlaufsbericht zuhanden der IV-Stelle (IV-act. 146/1).

D.m Am 3. Juni 2010 ergänzte die RAD-Ärztin, Dr. med. K.____, aus psychiatrischer Sicht die Ausführungen von RAD-Arzt J.____ vom 5. Januar 2010. Dabei berücksichtigte sie die am 1. Februar 2010 durchgeführte Konfrontation des Versicherten mit den Observationsergebnissen (IV-act. 149).

E.

E.a Mit Verfügung vom 8. Juni 2010 wies die IV-Stelle das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung ab. Sie hielt fest, im Verfahren vor dem Erlass des Vorbescheids komme eine anwaltliche Vertretung nur ausnahmsweise infrage. Der "erhöhte Korrespondenzaufwand", um das "Verfahren voranzutreiben" stelle keine Besonderheit dar, die eine anwaltliche Vertretung unumgänglich machen würde. Zudem habe der Versicherte im laufenden Verfahren nachweisbar falsche Angaben gemacht, um die Zusprache einer Invalidenrente zu erwirken. Dieses verpönte Verhalten dürfe nicht mit



St.Galler Gerichte

einer unentgeltlichen Rechtsverbeiständung unterstützt werden. Die Berufung auf Verfahrensgarantien sei unter diesen Umständen rechtsmissbräuchlich. Zudem müsse Aussichtslosigkeit des Verfahrens angenommen werden (IV-act. 152).

E.b Gegen diese Verfügung erhob Rechtsanwalt R. Niedermann für den Versicherten am 12. Juli 2010 Beschwerde mit dem Antrag, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und dem Beschwerdeführer sei im Vorbescheidverfahren die unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu gewähren. Dem Beschwerdeführer sei auch im Beschwerdeverfahren (IV 2010/286) die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Eine angemessene Frist zur Beschwerdeergänzung sei anzusetzen. Der Rechtsvertreter begründet die Beschwerde summarisch damit, dass das Vorbringen falscher Angaben durch den Beschwerdeführer nicht erwiesen sei. Das vorliegende Verwaltungsverfahren komme aufgrund der Observation einem strafrechtlichen Verfahren mit sehr eingeschränkten Parteirechten gleich, weshalb die Rechtsvertretung zwingend notwendig erscheine (IV 2010/286, act. G 1).

F.

F.a Nach Durchführung des Vorbescheidsverfahrens (IV-act. 158, 166/1-6) wies die IV-Stelle mit Verfügung vom 4. Oktober 2010 das Rentengesuch mit der Begründung ab, die Observation des Versicherten im Alltag zeige, dass die angegebene und demonstrierte Einschränkung der Funktionsfähigkeit aus somatischer und psychiatrischer Sicht nicht den Tatsachen entspreche. Diese Schlussfolgerung sei von medizinischen Fachpersonen der Allgemeinmedizin und Psychiatrie bestätigt worden. Gestützt darauf könne auf die im Verlaufsgutachten vom 25. Mai 2009 gestellten Diagnosen und geschätzte Arbeitsunfähigkeit nicht mehr abgestellt werden. Der Versicherte habe durch sein Verhalten die medizinischen Abklärungen manipuliert und verfälscht. Von einer weiteren medizinischen Begutachtung seien keine neuen medizinischen Erkenntnisse zu erwarten (IV-act. 167).

F.b Gegen diese leistungsverweigernde Verfügung richtet sich die Beschwerde von Rechtsanwalt R. Niedermann, im Namen des Versicherten, vom 5. November 2010. Er beantragt die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und dem Beschwerdeführer sei



eine ganze Rente zuzusprechen. Eventualiter sei die Streitsache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Diese habe weitere Abklärungen vorzunehmen und anschliessend neu zu verfügen. Dem Beschwerdeführer sei für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Eine angemessene Frist zur Beschwerdeergänzung sei anzusetzen. Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, die Observationsergebnisse seien nicht verwertbar. Selbst wenn die Observation zulässig gewesen wäre, liessen sich daraus keine neuen Erkenntnisse gewinnen, welche das Gutachten der MEDAS-Zentralschweiz vom 12. Juli 2007 und insbesondere das Verlaufsgutachten der MEDAS-Zentralschweiz vom 25. Mai 2009 umstossen könnten (IV 2010/435, act. G 1).

G.

Mit Schreiben vom 8. Februar 2011 teilte die Verfahrensleitung dem Beschwerdeführer mit, dass die beiden Verfahren IV 2010/286 und IV 2010/435 inskünftig parallel geführt und beurteilt werden (IV 2010/435, act. G 8).

H.

H.a Nachdem die Frist für die beantragten Ergänzungen der Beschwerden mehrmals erstreckt worden war, weil nach Angaben des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers die Ergebnisse der medizinischen Abklärungen noch nicht vorgelegen hatten, wurde eine gemeinsame Beschwerdeergänzung für die parallel geführten Beschwerdeverfahren mit Eingabe vom 30. Juni 2011 eingereicht. Der Rechtsvertreter macht darin gestützt auf verschiedene Arztberichte eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes geltend. Die behandelnden Ärzte hätten aufgrund neuer Diagnosen festgestellt, dass der Beschwerdeführer für jede berufliche Tätigkeit vollständig arbeitsunfähig sei. Die leistungsverweigernde Verfügung berücksichtige weder einen Fenstersprung vom 22. September 2010 noch werde sie mit beweiskräftigen medizinischen Unterlagen untermauert. Den Stellungnahmen des RAD sei keine Beweiskraft beizumessen. Aufgrund des Observationsmaterials sei eine neue Begutachtung medizinisch notwendig. Der Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung im Verwaltungs- und im Beschwerdeverfahren sei gutzuheissen, weil der



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführer bedürftig sei, sich die Sach- und Rechtslage als komplex erweise, der Verfahrensausgang erhebliche Konsequenzen habe, die Verfahren nicht aussichtslos seien und das Verwaltungsverfahren mit der Observation strafrechtliche Züge angenommen habe (IV-10/435, act. G 13).

H.b Die Beschwerdegegnerin legt mit Beschwerdeantwort vom 10. Oktober 2011 unter Hinweis auf die UV-Akten dar, dass die Umstände der Verletzung an der linken Hand des Beschwerdeführers fragwürdig seien. Die geklagten Beschwerden seien durch die Verletzung in keiner Weise erklärbar und sehr bald praktisch als nur noch psychiatrisch eingeordnet worden. Dass das Verlaufsgutachten vom 25. Mai 2009 in sich widerspruchsfrei sei, bedeute nicht, dass kein Abklärungsbedarf mehr bestehen könne. Da sich der begutachtende Psychiater ausschliesslich auf die Darstellung des Beschwerdeführers abgestützt habe und eine tatsächlich bessere Arbeitsfähigkeit nicht ausgeschlossen werden könne, sei eine Klärung nur mit fremdanamnestischen Erhebungen wie der Observation möglich gewesen. Aufgrund der beobachteten Tätigkeiten und Bewegungsfähigkeit des Beschwerdeführers könne eine Depression ausgeschlossen werden. Die Ermittlungsergebnisse hätten gezeigt, dass die Darstellungen des Beschwerdeführers nicht der Wahrheit entsprechen würden. Wer sich so verhalte, mache sich strafbar und berufe sich missbräuchlich auf das Recht auf unentgeltlichen Rechtsbeistand (IV 2010/435, act. G 16).

H.c Am 25. Oktober 2011 wurde dem Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für beide Beschwerdeverfahren entsprochen (IV 2010/435, act. G 17).

H.d Mit Schreiben vom 31. Oktober 2011 ersuchte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, die Verfahrensakten betreffend dessen Ehefrau (IV 2011/161) zu edieren und ihm Akteneinsicht zu gewähren (IV 2010/435, act. G 19). Dem wurde am 7. November 2011 entsprochen (IV 2010/435, act. G 20).

H.e Am 21. Februar 2012 erstattete der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers eine Replik. Er macht unter anderem geltend, die Behauptung, der Beschwerdeführer habe sich die Verletzungen an der linken Hand selber zugefügt, entbehre jeglicher Grundlage. Mit den Auswirkungen des Unfalls und den damit verbundenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen habe sich die Beschwerdegegnerin bis heute



St.Galler Gerichte

nicht befasst. Nach dem Fenstersprung sei die Behandlung bei Dr. L.____ abgebrochen und von einer Psychotherapeutin unter Aufsicht von Dr. M.____ fortgesetzt worden. Diese behandelnden Ärzte und die Psychologin hätten in Kenntnis des Observationsmaterials die Hypothese einer Simulation verneint und vielmehr eine fortdauernde Kränkung festgestellt. Die Sache sei durch den MEDAS-Gutachter Dr. H.____ oder eine Oberbegutachtung - unter Einbezug des Observationsmaterials - neu zu beurteilen, da nachweislich kein stabiler medizinischer Sachverhalt vorliege. Die Verweigerung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands mache den Anspruch auf ein faires Verfahren zunichte. Denn es handle sich hier nicht nur um eine komplexe sozialversicherungsrechtliche Materie, sondern um den (schweren) Vorwurf des Versicherungsmissbrauchs (IV 2010/435, act. G 25).

H.f Mit Duplik vom 29. März 2012 hält die Beschwerdegegnerin an ihrem Standpunkt fest (IV 2010/435, act. G 27).

I.

Auf die näheren Begründungen in den einzelnen Rechtsschriften und den Inhalt der weiteren Akten wird - soweit erforderlich - in den folgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

1.

Streitgegenstände in den Beschwerdeverfahren IV 2010/435 und IV 2010/286 bilden einerseits die Verneinung des Anspruchs auf Invalidenrente, andererseits die Abweisung des Gesuchs um unentgeltlichen Rechtsbeistand im Verwaltungsverfahren. Da diese Streitgegenstände eng zusammenhängen und sich dieselben Parteien gegenüberstehen, rechtfertigt es sich die beiden Verfahren zu vereinigen.

2.



Nachdem die Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 24. Januar 2008 das Rentenbegehren des Beschwerdeführers rechtskräftig abgewiesen hatte (IV-act. 86), machte dieser dann erneut am 5. November 2008 einen Anspruch darauf geltend (IV-act. 90). In zeitlicher Hinsicht ist der Sachverhalt massgebend, wie er sich seit der rechtskräftigen Verfügung vom 24. Januar 2008 bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung vom 4. Oktober 2010 entwickelt hat. Der Bezug auf den Gesundheitszustand bis Ende des Jahres 2007 dient lediglich dem Vergleich bei der Prüfung der Frage, ob Veränderungen eingetreten sind. Demzufolge ist vor allem zu beurteilen, ob sich der Gesundheitszustand nach dem Inkrafttreten der 5. IV-Revision am 1. Januar 2008 verändert hat; dabei sind die seither geltenden Bestimmungen der folgenden Gesetze anwendbar: das Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20), die Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV; SR 831.201) und das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1).

3.

Da sich die leistungsverweigernde Verfügung vom 4. Oktober 2010 vor allem auf die Observationsergebnisse stützt, ist zunächst zu prüfen, ob es nach der Aktenlage zulässig war, eine Überwachung anzuordnen.

3.1 Dr. H.____ attestierte im Verlaufsgutachten vom 25. Mai 2009 dem Beschwerdeführer aus psychiatrischer Sicht eine Arbeitsunfähigkeit von 100% in einer leidensangepassten Tätigkeit (IV-act. 105/7-11). Das Gutachten wurde in der Stellungnahme des RAD vom 21. Juli 2009 nicht nur als in sich widerspruchsfrei bezeichnet, wie in der Beschwerdeantwort behauptet (IV 2010/435, act. G 16), sondern auch als schlüssig und nachvollziehbar (IV-act. 106). Damit steht fest, dass die gutachterliche Beurteilung zu jenem Zeitpunkt den RAD überzeugte und keine Zweifel an deren Richtigkeit bestanden. Dass dies dann am 4. August 2009 relativiert wurde (IV-act. 107), ist an sich nicht zu beanstanden. Unklar ist jedoch, was den RAD dazu veranlasste, den medizinischen Sachverhalt erneut zu beurteilen. Letzteres zeugt von einer unsorgfältigen Aktenführung, hat der Versicherungsträger doch alle Rechtshandlungen zu erfassen, die für die Prüfung des Leistungsbegehrens massgeblich sein können (vgl. Art. 46 ATSG). Dieser formelle Mangel allein hat zwar



nicht die Unzulässigkeit der Überwachungsanordnung zur Folge. Entscheidend bleibt, ob ein Bedarf für weitere Abklärungen aktenkundig gegeben war.

3.2 Die Observation durch einen Privatdetektiv kann nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein geeignetes und erforderliches Mittel im Hinblick auf eine wirksame Missbrauchsbekämpfung bilden. Dies setzt voraus, dass die unmittelbare Wahrnehmung aufgrund der Umstände objektiv geboten sei, um Erkenntnisse in Bezug auf das Ausmass der tatsächlichen Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit zu erlangen, welche eine weitere Begutachtung nicht bringen könne. Objektiv geboten sei eine Überwachung, wenn konkrete Anhaltspunkte bestünden, die trotz umfassender Begutachtung Zweifel an den geäusserten gesundheitlichen Beschwerden oder der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit aufkommen liessen. Solche Anhaltspunkte könnten bei widersprüchlichem Verhalten der versicherten Person gegeben sein oder wenn Zweifel an deren Redlichkeit bestünden (eventuell durch Angaben und Beobachtungen Dritter), bei Inkonsistenzen anlässlich der medizinischen Untersuchung, Aggravation, Simulation oder Selbstschädigung (BGE 137 I 327 f. E. 5.4.1 mit Hinweisen).

3.3 Vorliegend ordnete die Beschwerdegegnerin die Observation offenbar gestützt auf die Stellungnahme des RAD vom 4. August 2009 an, wonach das psychiatrische Verlaufsgutachten vom 20. Mai 2009 zwar schlüssig erscheinen möge - dabei aber einige allgemeine Ungereimtheiten bestünden. Die Angaben des Beschwerdeführers seien zumindest teilweise inkonsistent, auf wenige Inhalte fixiert und teilweise ziemlich fragwürdig. Dass er deutlich mehr als angegeben leisten könne, sei keineswegs ausgeschlossen (IV-act. 107). Ausserdem erhielt die Beschwerdegegnerin offenbar von dritter Seite Hinweise, wonach der Beschwerdeführer als Gipser "schwarz" arbeiten würde (nicht in den Akten dokumentiert, vgl. IV-act. 139/2). Ergänzend beruft sich die Beschwerdegegnerin in der angefochtenen Verfügung auf die Tatsache, dass Gutachter im früheren Verwaltungsverfahren (August 2005) auffälliges Schmerzverhalten bei den Untersuchungen, Symptomausweitung und deutlich grössere Beweglichkeit in scheinbar unbeobachteten Alltagssituationen festgestellt hatten (IV-act. 167/3 f.). Dem hält der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers zu Recht entgegen, sämtliche während den Begutachtungen gemachten Beobachtungen seien in die entsprechenden Beurteilungen eingeflossen, so dass die Diskrepanzen zwischen



subjektiven Angaben und objektiven Befunden keine zusätzliche Fakten darstellten (IV 10/435, act. G 1). Im Lichte der obenstehenden, für Eingriffe der Verwaltung permissiven Rechtsprechung dürfte jedoch die Anordnung der Observation zulässig gewesen sein. Inkonsistenzen und Aggravation schliessen eine Gesundheitsbeeinträchtigung zwar nicht aus, können aber die Verwaltung dazu veranlassen, ergänzende fremdanamnestiche Abklärungen vorzunehmen. Deshalb können der Ermittlungsbericht vom 28. Dezember 2009 (IV-act. 126) sowie die darauf gestützten Stellungnahmen des RAD vom 5. Januar 2010 (IV-act. 127) und vom 3. Juni 2010 (IV-act. 149) als grundsätzlich verwertbar herangezogen werden.

4.

Es ist dennoch festzuhalten, dass ein Observationsbericht für sich allein keine sichere Basis bildet, um den Gesundheitszustand und die Arbeitsfähigkeit der versicherten Person festzustellen. Er kann diesbezüglich höchstens Anhaltspunkte liefern oder Anlass zu Vermutungen geben. Sichere Kenntnis des Sachverhalts kann in dieser Hinsicht erst die ärztliche Beurteilung des Observationsmaterials liefern (Urteil des Bundesgerichtes 9C_343/2012 vom 11. Oktober 2012 E. 4.1.1; vgl. BGE 8C_272/2011 vom 11. November 2011 E. 7.1 mit Hinweisen). Die Invalidität im rechtlichen Sinn ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit andauernde Erwerbsunfähigkeit (Art. 4 Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 ATSG); sie umfasst mit anderen Worten die erwerblichen Folgen der Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit. Sie setzt daher voraus, dass der Gesundheitsschaden sowie dessen Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit zuerst durch ärztliche und gegebenenfalls auch andere Fachleute festgestellt worden sind. Aufgabe der Medizinalpersonen ist es, den Gesundheitszustand zu beschreiben und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten die versicherte Person arbeitsunfähig ist (BGE 125 V 261 E. 4; vgl. BGE 105 V 158 E. 1 und ZAK 1982 S. 34).

5.

Vor diesem Hintergrund sind die Stellungnahmen vom 5. Januar 2010 und vom 3. Juni 2010 im Folgenden zu würdigen, in denen sich der RAD mit den Observationsergebnissen auseinandersetzte. Zu prüfen ist somit, ob diese



Stellungnahmen die Einschätzungen im Verlaufsgutachten vom 25. Mai 2009 zu entkräften vermögen.

5.1 Der RAD steht gemäss Art. 49 Abs. 3 IVV der IV-Stelle beratend zur Verfügung. Er erstattet dabei für die in medizinischen Belangen nicht versierten Rechtsanwender erläuternde Berichte und gibt ihnen Empfehlungen für weitere Abklärungen. Diese Funktion erfüllen die Einschätzung vom 4. August 2009 und das Leistungsprofil vom 25. August 2009, auf deren Grundlage die Observation offenbar angeordnet wurde. Die mit den Observationsergebnissen befassenden Stellungnahmen gehen über eine blosser Beratung hinaus; sie beurteilen die medizinischen Voraussetzungen des Leistungsanspruchs (vgl. Art. 59 Abs. 2^{bis} IVG und Art. 49 Abs. 1 IVV) im Hinblick auf den Abschluss des Verwaltungsverfahrens. Soweit sie von den Schlussfolgerungen des Verlaufsgutachtens vom 25. Mai 2009 abweichen, können sie Zweifel an dessen Richtigkeit erwecken. Dies allein genügt indessen nicht, um ein Gutachten schlüssig zu entkräften (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_756/2008 vom 4. Juni 2009 E. 5.3). Auf Stellungnahmen des RAD kann direkt nur abgestellt werden, wenn sie den allgemeinen beweisrechtlichen Anforderungen an einen ärztlichen Bericht genügen (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts I 694/05 vom 15. Dezember 2006 E. 2). Sie müssen insbesondere in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden sein und in der Beschreibung der medizinischen Situation und Zusammenhänge einleuchten; die Schlussfolgerungen sind zu begründen (BGE 125 V 352 E. 3a). Die RAD-Ärzte müssen sodann über die im Einzelfall gefragten persönlichen und fachlichen Qualifikationen verfügen (Urteile des Bundesgerichts I 142/07 vom 20. November 2007 E. 3.2.3 und I 362/06 vom 10. April 2007 E. 3.2.1). Nicht zwingend erforderlich ist, dass die versicherte Person untersucht wird. Nach Art. 49 Abs. 2 IVV führt der RAD für die Beurteilung der medizinischen Voraussetzungen des Leistungsanspruchs nur «bei Bedarf» selber ärztliche Untersuchungen durch. In den übrigen Fällen stützt er seine Beurteilung auf die vorhandenen ärztlichen Unterlagen ab (BBI 2005 4572 zu Absatz 2). Das Absehen von eigenen Untersuchungen ist somit nicht an sich ein Grund, um einen RAD-Bericht in Frage zu stellen. Dies gilt insbesondere, wenn es im Wesentlichen um die Beurteilung eines feststehenden medizinischen Sachverhalts geht und die direkte ärztliche Befassung mit der versicherten Person in den Hintergrund rückt (Urteil des Bundesgerichts I 1094/06 vom 14. November 2007 E. 3.1.1 in fine mit Hinweisen; vgl. auch BGE 127 I 57 E. 2e und f.).



5.2 Der RAD-Arzt J.____ legte am 5. Januar 2010 dar, es wäre anlässlich der Observation zu erwarten, dass der nach eigenen Angaben schmerzgeplagte Beschwerdeführer vollkommen auf die anhaltenden und quälenden Schmerzen in seiner linken Hand fixiert sei und diese entsprechend stark schone. Dieser hätte bezüglich Antrieb, Ausdauer, Konzentrationsfähigkeit, kognitiver Flexibilität und Selbstvertrauen deutlich beeinträchtigt erscheinen müssen und wäre nicht mehr imstande, normale persönliche Beziehungen zu pflegen.

5.2.1 Nach Einsicht in das Bildmaterial und in den Observationsbericht hielt der RAD-Arzt fest, es seien keine sichtbaren Hinweise auf einen sozialen Rückzug, Antriebslosigkeit, Konzentrationsstörungen, Freudlosigkeit usw. ersichtlich. Insbesondere könne keine Einschränkung der Gebrauchsfähigkeit des linken Armes und der linken Hand beobachtet werden - dies gelte selbst dann, wenn man die wohl relativ ausgeprägte Rechtshändigkeit des Beschwerdeführers berücksichtige. Die gestellten Diagnosen und die geschätzte Arbeitsunfähigkeit seien nicht mehr haltbar. Die vorgebrachte somatische Störung mit der entsprechenden Schmerzproblematik sei die entscheidende Voraussetzung für die psychiatrischen Diagnosen gewesen, aufgrund derer gesamthaft eine Arbeitsunfähigkeit von 100% attestiert worden sei; sie sei aber nachweislich nicht gegeben (IV-act. 127).

5.2.2 Der Verfasser dieser Stellungnahme versteht sich weder als Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie noch als Gutachter. Er weist auf die Ergebnisse der Observation hin, die zumindest von einer Besserung des Gesundheitszustandes seit dem Verlaufsgutachten vom 25. Mai 2009 zeugen würden. Diese vorsichtige Aussage bildet nur teilweise eine retrospektive Beurteilung. Der relevante medizinische Sachverhalt reicht allerdings bei einer IV-Anmeldung vom 5. November 2008 und einem allfälligen Rentenbeginn ab Mai 2009 (vgl. Art. 29 Abs. 1 IVG) bis zum Mai 2008 zurück (vgl. einjährige Wartezeit, Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG). Es braucht an dieser Stelle nicht erwogen zu werden, ob aus den Ergebnissen der Observation überhaupt Rückschlüsse auf den früheren Gesundheitszustand, die Arbeitsfähigkeit und das frühere soziale Verhalten für die Zeit vor der Überwachung gezogen werden können. Denn der RAD-Arzt empfahl der Beschwerdegegnerin, den Grad der Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit nun mit einer medizinischen Verlaufsuntersuchung festzulegen, die das vorliegende Bildmaterial einbeziehe.



5.3 Mit der ergänzenden psychiatrischen Stellungnahme vom 3. Juni 2010 ging die RAD-Ärztin Dr.med. K.___, Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, davon aus, dass das Verlaufsgutachten von Dr. H.___ vom 25. Mai 2009 aufgrund der darin enthaltenen Ungereimtheiten und der zwischenzeitlich erlangten Erkenntnisse der Observation nicht aussagekräftig sei. Deshalb sei weiterhin auf die Feststellungen von Dr. H.___ im ersten psychiatrischen Teilgutachten vom 2. April 2007 (IV-act. 76) abzustellen (IV-act. 149/2).

5.3.1 Die RAD-Ärztin beschrieb den Krankheitsverlauf wie folgt: Eine relativ kleine Verletzung (Fraktur des fünften Mittelhandknochens links) habe sich zu einer nach Angaben des Beschwerdeführers komplett invalidisierenden Schmerzstörung entwickelt. Es falle auf, dass die psychiatrischen Symptome erst dann aufgetreten seien, als die Beschwerdegegnerin gestützt auf ein Gutachten der MEDAS-Zentralschweiz im Jahr 2007 das Leistungsbegehren abgewiesen habe. Der Beschwerdeführer habe sich daraufhin lang ambulant und stationär erfolglos behandeln lassen. Dann habe er im Jahr 2009 mit dieser Vorgeschichte beim Gutachter der MEDAS-Zentralschweiz glaubhaft machen können, dass sich sein Gesundheitszustand verschlechtert hätte. Dr. H.___ habe zunächst festgehalten, dass die rein depressiven Symptome lediglich eine leichte depressive Episode diagnostizieren liessen; nur wenn die geklagten Schmerzen herangezogen würden, ergäbe sich die Diagnose einer schweren depressiven Episode. Deshalb seien die damals gestellten Diagnosen kritisch zu beurteilen. Der Psychiater habe als weiteres Argument für eine schwere Episode die sogenannten überwertigen Ideen angeführt - also bestimmte (häufig unwahrscheinliche), kaum korrigierbare Überzeugungen. Bei genauerem Hinsehen seien die Schuldzuweisungen des Beschwerdeführers an vorbehandelnde Ärzte und dessen Erwartung, dass jemand den Schaden in Ordnung bringen müsse, keine überwertigen Ideen, sondern eher Ausdruck einer in dessen Kulturkreis üblichen, nicht krankheitswertigen Einstellung. Nach dieser Einstellung warte ein Patient meist in einer passiven schicksalsergebenen Haltung ab und erwarte vom Arzt eine Art wunderheilerische Entfernung der Beschwerden. Hinzu komme, dass der Psychiater seine Diagnose mit den Aussagen des Beschwerdeführers, dessen Verhalten bei der Untersuchung und den Angaben seiner Ehefrau begründe. Das Verhalten des Beschwerdeführers werde inzwischen auch von der behandelnden Institution als aggravierend eingeschätzt. Der Beschwerdeführer habe beim jüngsten



stationären Aufenthalt angegeben, dass sich sein Gesundheitszustand seit Oktober 2009 verschlimmert hätte. Dies stimme aber nicht mit der mittels der Observation dokumentierten Beweglichkeit und dem unauffälligen Verhalten überein. Aus psychiatrischer Sicht lasse sich aus dem Observationsmaterial keine schwere psychische Störung erkennen. Dass ein schwer Depressiver mit einer Schmerzstörung des linken Armes mit seinem Nachbarn Autoreifen bewege und freiwillig eine längere Strecke über die Grenze in einen österreichischen Baumarkt fahre, um dort noch beidhändig Dinge einzuladen, sei psychiatrisch überhaupt nicht plausibel. Angesichts des Observationsmaterials und der letztlich nicht überzeugenden Aufenthalte in den psychiatrischen Kliniken sei die behauptete Verschlechterung des Gesundheitszustandes nicht ausreichend nachgewiesen (IV-act. 149).

5.3.2 Diese psychiatrische Beurteilung lässt die Krankengeschichte rückblickend aussehen als eine Reihenfolge von Bemühungen, mit denen es dem Beschwerdeführer gelungen sei, eine nicht bestehende Gesundheitsbeeinträchtigung zu dokumentieren. Dabei hat die Fachärztin nicht nur die Observationsergebnisse aus medizinischer Sicht bewertet, sondern die früheren Diagnosen im Verlaufsgutachten 2009 kritisch diskutiert; sie hat nachvollziehbar erklärt, wie sie zu ihren Schlussfolgerungen gekommen ist. Damit beurteilt sie retrospektiv den Gesundheitszustand sowie die Arbeitsfähigkeit und erweckt Zweifel an der Richtigkeit des Verlaufsgutachtens - hingegen vermag sie dessen Beweiskraft nicht schlüssig zu entkräften, zumal eine persönliche Untersuchung hier angezeigt gewesen wäre. Zum einen können die letzten Aufenthalte zur stationären Behandlung in der Klinik St. Pirminsberg nicht pauschal als unbegründet betrachtet werden. Denn Verdeutlichungstendenzen, Aggravation und Simulation sind klar auseinanderzuhalten. Zum anderen hätte eine Rücksprache mit den seit dem 6. November 2009 im Psychiatrie-Zentrum Rheintal behandelnden Medizinalpersonen gezeigt, dass der medizinische Sachverhalt nicht hinreichend klar feststand.

5.4 Aus den letzten aktenkundigen stationären Behandlungen in der Klinik St. Pirminsberg ging hervor:

5.4.1 Dort hielt sich der Beschwerdeführer vom 24. August 2009 bis 31. Oktober 2009 auf. Er habe sehr angespannt, agitiert und hoffnungslos gewirkt. Wegen akuter



Suizidalität habe man ihn mehrere Tage im Isolierzimmer behandelt und auch anfangs fixieren müssen. Die behandelnden Ärzte hätten ihn als sehr eingeeengt auf sein Leiden, rasch gekränkt und nicht auslenkbar erlebt. Die wiederholte Umstellung der medikamentösen Therapie habe zu keiner wesentlichen nachhaltigen Linderung der Symptomatik führen können. Es fehle dem Beschwerdeführer auch die Hoffnung auf eine Besserung des Gesundheitszustandes. Da die Behandlungsmöglichkeiten im Rahmen des damaligen Aufenthaltes als ausgeschöpft betrachtet wurden, wurde er nach Hause entlassen (IV-act. 146/12f.).

5.4.2 Im Vergleich mit diesem Voraufenthalt habe der Beschwerdeführer anlässlich einer stationären Behandlung vom 13. Januar 2010 bis 9. Februar 2010 etwas ruhiger, aktiver, weniger leidend, im Kontakt freundlicher und zugewandt, gewirkt. Er sei jedoch beim Eintritt stark auf gewisse Themen - Leistungsbegehren, Schmerzen, Depression, keine Freude mehr am Leben und sexuelle Funktionsstörungen - eingeeengt und habe fast schon theatralisch anmutend herumgeklagt. Insgesamt falle auf, dass er stark aggraviere und jede Frage nach Störungen und Pathologie vage beantworte. Er sei wegen Exazerbation der Schmerzstörung freiwillig zur stationären Aufnahmen erschienen; zugleich bestehe eine lange anhaltende psychosoziale Belastungssituation (IV-act. 146/7 f.).

5.4.3 Anlass für eine stationäre Krisenintervention vom 14. März bis 16. März 2010 gab ein heftiger Streit zu Hause, der beim Beschwerdeführer eine suizidale Krise ausgelöst habe. Da kein Anhalt für akute Suizidalität vorgelegen habe, habe er auf eigenen Wunsch die Klinik verlassen können (IV-act. 146/4).

5.4.4 Im Verlaufsbericht vom 26. März 2010 hielten die behandelnden Ärzte der Klinik St. Pirminsberg fest, der Beschwerdeführer sei psychisch gesehen, im Verhalten und Behandlungskompetenzen, massiv eingeschränkt. Er sei nur zu allereinfachsten Verrichtungen (Körperpflege, Nahrungsaufnahme) in der Lage. Die kognitiven Funktionen, die Psychosomatik, Geduld und Handlungsplanung sowie die Kontaktaufnahme mit anderen Menschen seien massiv gestört. Bei der körperlichen Untersuchung seien keine pathologischen Befunde erhoben worden. Allerdings bestünden starke funktionelle Einschränkungen. So sei die Beweglichkeit wie auch die Belastungsfähigkeit beider Hände und der gesamten oberen Extremitäten stark



eingeschränkt. Aufgrund einer noch allgemein stark reduzierten Belastbarkeit sei auch die körperliche Belastbarkeit insgesamt stark vermindert (IV-act. 146/2).

5.5 Mit Schreiben vom 24. Juni 2010 liess der Rechtsanwalt des Beschwerdeführers dem behandelnden Dr.med. N.____, Psychiatrie-Zentrum Z.____, das Observationsmaterial und die Stellungnahmen des RAD zur Prüfung zukommen (act. G 13/2).

5.5.1 In der Folge hielten Dr.med. K. L.____, Oberarzt, und Dr.med. O.____, Assistenzärztin, Psychiatrie-Zentrum Z.____, am 2. September 2010 fest, die beim Beschwerdeführer manchmal spürbare Aggravation spreche nicht gegen die Diagnosen einer schweren depressiven Episode ohne psychotische Symptome (ICD-19 F32.2) und einer chronischen Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren (ICD-10 F45.41). Einerseits handle es sich um ein häufiges Phänomen bei einem kulturellen Hintergrund, in welchem Schmerz- und Symptomäusserungen oft etwas anders präsentiert würden. Ausserdem bestünden sprachliche Einschränkungen, welche es dem Beschwerdeführer erschwerten, sein Leiden exakt auszudrücken bzw. zu schildern. Andererseits habe er mehrmals die Erfahrung gemacht, dass ihm nicht geglaubt worden sei, was die Verdeutlichungstendenzen erklären könnte. Der Beschwerdeführer sei vom 10. bis 25. August 2010 erneut zur psychischen Stabilisierung in der Klinik St. Pirminsberg hospitalisiert. Er sei aus psychiatrischer Sicht für jede Tätigkeit zu 100% arbeitsunfähig (act. G 13/3).

5.5.2 Auf Anfrage des Rechtsanwalts des Beschwerdeführers erklärte Dr. L.____ am 24. Mai 2011, seine Institution könne zur Begutachtung und zu den Observationsergebnissen keine Stellung beziehen und deshalb lediglich einen Verlaufsbericht erstatten. Nach seiner Einschätzung sei eine neue Begutachtung angezeigt. Der Beschwerdeführer sei vom 6. November 2009 bis 18. Mai 2011 in psychiatrischer Behandlung im Psychiatrie-Zentrum Rheintal gestanden. Er habe bei einer Konsultation vom 22. September 2010 einen affektiven Erregungszustand entwickelt. Daraufhin habe die behandelnde Ärztin zur Unterstützung ihren Oberarzt beiziehen wollen und kurzzeitig den Behandlungsraum verlassen. Bei der Rückkehr sei der Beschwerdeführer aus dem Fenster geklettert und habe noch am Fenstersims gehängt, bevor er sich aus dem ersten Stock in den Hof fallen gelassen habe. Er habe



sich bei diesem Sturz eine Fraktur des dritten Lendenwirbelkörpers und Frakturen an beiden Unterschenkeln zugezogen, die eine operative Versorgung mit anschliessendem Rehabilitationsaufenthalt erfordert hätten (act. G 13/5). Gemäss Austrittsbericht der Klinik für Orthopädische Chirurgie am Kantonsspital St. Gallen wurde die Indikation zum fürsorgerischen Freiheitsentzug am 15. Oktober 2010 gestellt und der Beschwerdeführer in die psychiatrische Klinik verlegt (act. G 13/6). Dr. L.____ führte im Weiteren an, der Beschwerdeführer zeige eine andauernde und unveränderbare verzweifelnde, anklagende und vorwurfsvolle Grundhaltung. Dies werde von appellativen Feststellungen begleitet. Aus dem Krankheits- und Behandlungsverlauf über zumindest die letzten sechs Monate sei erkennbar, dass eine tiefgreifende und zunehmende Pathologie vorliege, die weit über die sonst bei den Diagnosen einer depressiven Störung, einer Schmerzstörung und einer Persönlichkeitsveränderung zu erwartenden Symptome hinausgehe. Es hätten sich völlig unkorrigierbare dysfunktionale Anschauungs- und Verhaltensmuster entwickelt, die eine ambulante psychiatrische Behandlung blockieren und in ihrem Ausmass einer wahnhaften Störung entsprechen würden. Auch der Sturz aus dem Fenster sei kein Suizidversuch gewesen, sondern Ausdruck einer paranoiden Interpretation der Beziehung des Oberarztes, dass dieser etwas Schädliches hätte veranlassen können. Der Beschwerdeführer sei aufgrund der tiefgreifenden Störung für jede berufliche Tätigkeit vollständig arbeitsunfähig (act. G 13/5).

5.6 Gestützt auf die gesamte medizinische Lage lassen sich folgende Schlussfolgerungen ziehen: Die Observationsergebnisse geben zwar begründeten Anlass zu vermuten, dass das Leiden des Beschwerdeführers zumindest nicht im angegebenen Ausmass bestanden hat; sie ersetzen aber weder eine medizinische Neubeurteilung noch gestatten sie eine retrospektive Beurteilung, indem sie sich naturgemäss auf eine punktuelle Momentaufnahme der Handlungen des Beschwerdeführers am 9. /10. November 2009 ausserhalb seines Haushalts beschränken. Verdeutlichungstendenzen bis Aggravationsverhalten sind zwar medizinisch nachgewiesen. Soweit die Beschwerdegegnerin den Fenstersturz vom 22. September 2010 aber auf den Versuch reduziert, einen Beweis für das behauptete Leiden zu schaffen und zudem das Umfeld unter Druck zu setzen (IV 2010/435, act. G 16), steht diese Hypothese im krassen Gegensatz zur Einschätzung der behandelnden Ärzte. Die Aktenbeurteilung durch die RAD-Ärztin Dr. K.____ weckt wohl



Zweifel am Verlaufsgutachten des Dr. H.____ vom 25. Mai 2009; indessen erscheint eine schlüssige Beurteilung ohne neuerliche Begutachtung des Beschwerdeführers nicht möglich. Die Sache ist daher an die Beschwerdegegnerin zur Vornahme einer ergänzenden Begutachtung durch Dr. H.____ zurückzuweisen. Der Gutachter wird nicht nur das Observationsmaterial, sondern auch die Erkenntnisse der weiteren Behandlung und den Vorfall vom 22. September 2010 einzubeziehen haben. Es wird auch zu prüfen sein, ob zusätzlich zum psychiatrischen Gutachten eine interdisziplinäre Betrachtungsweise angezeigt ist. Anschliessend wird die Beschwerdegegnerin über den Leistungsanspruch des Beschwerdeführers neu zu verfügen haben.

6.

Des Weiteren ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu überprüfen, ob für das Verwaltungsverfahren ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand bestanden hat.

6.1 Die ältere bundesgerichtliche Praxis bejahte einen Anspruch auf unentgeltliche Vertretung nur unter relativ engen Voraussetzungen. Im IV-Abklärungsverfahren wurde ein Anspruch erst bejaht ab dem Zeitpunkt, in dem Elemente eines streitigen Verfahrens auszumachen waren; dies war nach BGE 114 V 228 erst mit dem Vorbescheid der IV-Stelle gegeben (kritisch dazu etwa der in SVR 1994 IV Nr. 4 publizierte Entscheid der AHV-Rekurskommission des Kantons Zürich vom 28. Dezember 1993, E. 2f). Das Bundesgericht lockerte schliesslich seine Praxis und verzichtete darauf, das Vorliegen streitiger Elemente zu verlangen; es lehnte generelle zeitliche Schranken ab (BGE 125 V 32). Im IV-Verwaltungsverfahren stellt der Vorbescheid folglich nicht länger eine zeitliche Limite dar (SVR 2000 IV Nr. 18; Entscheid 8C_48/2007 vom 19. Juli 2007, E. 1). Gemäss Art. 37 Abs. 4 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) wird der gesuchstellenden Person im Sozialversicherungsverfahren ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt, wo die Verhältnisse es erfordern. Voraussetzungen für die Bewilligung sind die finanzielle Bedürftigkeit, die fehlende Aussichtslosigkeit und die Erforderlichkeit der Vertretung (vgl. BBI 1999 4595). Die Erforderlichkeit der unentgeltlichen Rechtsbeistandung im Verwaltungsverfahren ist eingehend zu prüfen, wobei neben der Schwierigkeit des Falles auch die



Verfahrensphase zu berücksichtigen ist (BBI 1999 4595; vgl. auch BGE 132 V 201; Entscheid 9C_816/2008 vom 12. März 2009, E. 4.1).

6.2 Der Beschwerdeführer bestellte seinen Rechtsvertreter zum Zeitpunkt, als der RAD eine Observation als angezeigt erachtete (IV-act. 108). Die Anordnung der Observation führte dazu, dass die Beschwerdegegnerin dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers vorübergehend Akten vorenthielt (vgl. IV-act. 151/1-4). Die strittige Rechtmässigkeit der erfolgten Observation und der Verwertbarkeit des dabei aufgenommenen Bildmaterials, die Tatsache, dass RAD-Ärzte, Gutachter und behandelnde Medizinalpersonen zu anderslautenden Einschätzungen gelangt sind sowie die heikle Abgrenzung zwischen leistungsausschliessender Aggravation und leistungsbegründender Krankheit zeugen von einem sowohl in medizinischer als auch in rechtlicher Hinsicht komplexen Fall. Es leuchtet somit ein, dass eine Rechtsverteiständung vorliegend im Verwaltungsverfahren notwendig war. Das Versicherungsgericht hat die Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin im Rahmen der Überprüfung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege im Gerichtsverfahren bejaht (vgl. IV 2010/286, act. G 26; IV 2010/435, act. G. 17). Entsprechend sind sämtliche Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverteiständung auch im Verwaltungsverfahren gegeben.

6.3 Daran vermag nichts zu ändern, dass das Bundesgericht im Urteil 8C_272/2011 vom 11. November 2011 festhielt, ein rechtsmissbräuchliches Prozessieren sei vom Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV) von vornherein nicht gedeckt. Denn vorliegend hat die Beschwerdegegnerin weder eine Strafanzeige erstattet noch kann von einem nachgewiesenen Rechtsmissbrauch die Rede sein. Das Bundesgericht ging im zitierten Fall auch nicht von einem nachgewiesenen Rechtsmissbrauch aus; es hielt nämlich fest, dass die Frage, ob die versicherte Person bewusst unwahre Angaben gemacht oder Krankheitssymptome vorgetäuscht habe, lasse sich erst abschliessend beantworten, wenn eine erneute medizinische Begutachtung darüber Aufschluss geben werde (E. 8.4). Die Verwaltung und die Gerichte müssen jedoch summarisch über die unentgeltliche Rechtspflege befinden, bevor die Sache definitiv abgeklärt ist. Andernfalls wär das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege nicht mehr gewährt, kann doch von Anwälten nicht verlangt werden, dass sie das Kostenrisiko zugunsten der verteiständeten, mittellosen



Person tragen. Wie auch immer die mit dem vorliegenden Urteil angeordneten Abklärungen ausfallen werden, steht hier fest, dass der Beschwerdeführer zwar aggraviert hat. Selbst wenn die Neuurteilung zu einer Abweisung jedes Leistungsanspruchs führen würde, zeigen die Aussagen von den behandelnden Ärzten und der Vorfall vom 22. September 2010 hinreichend auf, dass der Beschwerdeführer seinen psychischen Zustand nicht einfach simuliert hat. Deshalb kann hier nicht von vornherein von einem Rechtsmissbrauch ausgegangen werden. Sollte sich die Hypothese eines Rechtsmissbrauchs nach den bevorstehenden Abklärungen dennoch erhärten, dann wär gegebenenfalls im Sinne von Art. 99 Abs. 2 VRP/SG analog zu Art. 120 ZPO/CH die unentgeltliche Rechtspflege rückwirkend zu entziehen.

7.

7.1 In Gutheissung der Beschwerde vom 12. Juli 2010 (IV 2010/286) ist die angefochtene Verfügung vom 8. Juni 2010 aufzuheben und dem Beschwerdeführer der unentgeltliche Rechtsbeistand im Verwaltungsverfahren zu gewähren. Die diesbezügliche Entschädigung ist durch die Beschwerdegegnerin festzusetzen und zu entrichten.

7.2 In teilweiser Gutheissung der Beschwerde vom 5. November 2010 (IV 2010/435) ist die angefochtene Verfügung vom 4. Oktober 2010 aufzuheben. Die Sache ist zur ergänzenden Abklärung und zu neuer Verfügung im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

7.3 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. 900.-- für beide Beschwerdeverfahren erscheint als angemessen. Die Rückweisung zur Neuurteilung gilt praxisgemäss als volles Obsiegen (BGE 132 V 215 E. 6.2). Somit unterliegt die Beschwerdegegnerin vollumfänglich. Sie hat deshalb die gesamte Gerichtsgebühr von Fr. 900.-- zu bezahlen.

7.4 Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Parteientschädigung. Diese ist vom Gericht ermessensweise festzusetzen, wobei



insbesondere der Bedeutung der Streitsache und dem Aufwand Rechnung zu tragen ist (Art. 61 lit. g ATSG; vgl. auch Art. 98 ff. VRP/SG, sGS 951.1). In einem Fall mit mittlerem Aufwand und Schwierigkeitsgrad wird praxisgemäss eine Pauschalentschädigung von Fr. 3'500.-- ausgerichtet. Mit Rücksicht auf die umfangreiche Abklärungen, die der Fall erfordert hat, und den Umstand, dass der Beschwerdeführer gegen zwei Verfügungen Beschwerde erheben musste, rechtfertigt es sich, die Entschädigung auf pauschal Fr. 5'250.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzulegen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:

1. Die Verfahren IV 2010/286 und IV 2010/435 werden vereinigt.
2. In Gutheissung der Beschwerde vom 12. Juli 2010 wird die angefochtene Verfügung vom 8. Juni 2010 aufgehoben und dem Beschwerdeführer der unentgeltliche Rechtsbeistand im Verwaltungsverfahren gewährt. Die Beschwerdegegnerin hat die diesbezügliche Entschädigung festzusetzen und zu entrichten.
3. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde vom 5. November 2010 wird die angefochtene Verfügung vom 4. Oktober 2010 aufgehoben. Die Sache wird zur ergänzenden Abklärung und zu neuer Verfügung im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
4. Die Beschwerdegegnerin bezahlt eine Gerichtsgebühr von Fr. 900.--.
5. Die Beschwerdegegnerin bezahlt dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 5'250.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer).