



Fall-Nr.: IV 2016/282
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 06.05.2020
Entscheiddatum: 05.07.2017

Entscheid Versicherungsgericht, 05.07.2017

Notwendigkeit einer polydisziplinären, anstelle einer bidisziplinären Begutachtung bejaht. Unzulässigkeit von Observationen in der Invalidenversicherung. Verwertungsverbot von unzulässig erstelltem Observationsmaterial (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 5. Juli 2017, IV 2016/282). Beim Bundesgericht angefochten.

Entscheid Versicherungsgericht, 05.07.2017

Entscheid vom 5. Juli 2017

Besetzung

Einzelrichterin Marie Löhner; Gerichtsschreiber Philipp Geertsen

Geschäftsnr.

IV 2016/282

Parteien

A.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Marco Bivetti,

Oberer Graben 42, 9000 St. Gallen,

gegen



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

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Begutachtung (Notwendigkeit, Disziplinen)

Sachverhalt

A.

A.a A.____ meldete sich am 14. Januar 2009 ein erstes Mal zum Bezug von IV-Leistungen für Erwachsene an (IV-act. 1). Anlässlich des FI-Gesprächs mit RAD-Arzt Dr. med. B.____, Facharzt für Innere Medizin FMH, berichtete der behandelnde Dr. med. C.____, Facharzt für Allgemeine Medizin FMH, der Versicherte leide an einer cervicalen Diskushernie C3/C4 links, Kopfschiefhaltung, Instabilität der HWS, Muskelatrophie im Bereich der linken oberen Extremität und an linksseitigen, bis ins Bein ausstrahlenden Schmerzen „(Symptomausweitung)“. Dadurch sei er in seiner bisherigen Tätigkeit als ungelernter Produktionsmitarbeiter eingeschränkt. Eine leidensangepasste Tätigkeit sei dem Versicherten eventuell vollschichtig zumutbar (Protokoll vom 16./26. Januar 2009, IV-act. 13-1 f.). Im Auftrag der IV-Stelle wurde der Versicherte am 1. und 3. März 2010 in der MEDAS Ostschweiz polydisziplinär (neurologisch, orthopädisch und psychiatrisch) begutachtet. Die MEDAS-Gutachter diagnostizierten mit Einschränkung der zumutbaren Arbeitsfähigkeit ein Impingement der linken Schulter. Ohne wesentliche Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit diagnostizierten sie: eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung; eine dissoziative Störung (Konversionsstörung), gemischt, der Sensibilitäts- und Bewegungsfunktionen; einen psychogenen Schiefhals nach links mit funktionell eingeschränkter Beweglichkeit des Halses; eine Osteochondrose und leichte Instabilität C3/4 sowie eine „knarrende“ Schulter links. Für leidensangepasste Tätigkeiten bescheinigten die MEDAS-Gutachter dem Versicherten eine 100%ige Arbeitsfähigkeit (Gutachten vom 29. April 2010, IV-act. 45). Gestützt auf die gutachterliche Arbeitsfähigkeitsschätzung und nach durchgeführtem Vorbescheidverfahren (Vorbescheid vom 31. Mai 2010, IV-act. 50; Einwand vom 16.



St.Galler Gerichte

Juni 2010 [Datum Posteingang IV-Stelle], IV-act. 51) wies die IV-Stelle das Rentengesuch des Beschwerdeführers mit Verfügung vom 8. Juli 2010 ab (IV-act. 53).

A.b Am 26. Oktober 2011 meldete sich der Versicherte erneut zum Leistungsbezug bei der IV-Stelle an (IV-act. 58). Nach durchgeführtem Vorbescheidverfahren (Vorbescheid vom 23. März 2012, IV-act. 69) trat die IV-Stelle auf das neue Leistungsbegehren nicht ein, da der Versicherte nicht glaubhaft dargelegt habe, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse seit der letzten Verfügung wesentlich verändert hätten (Verfügung vom 6. Juli 2012, IV-act. 76).

A.c Der Versicherte meldete sich am 12. November 2013 nochmals zum Bezug von IV-Leistungen an und reichte verschiedene ärztliche Berichte ein (u.a. den Behandlungsbericht der Schmerzklinik D.____ vom 4. Juli 2013 betreffend die Hospitalisation vom 10. bis 28. Juni 2013, IV-act. 77 f.). Die IV-Stelle holte ein weiteres polydisziplinäres (allgemein-internistisches, psychiatrisches, neurologisches und rheumatologisches) Gutachten ein, dieses Mal bei der E.____ GmbH. Die Untersuchungen fanden am 16. und 24. April 2014 sowie am 26. und 28. Juni 2014 statt. Die Gutachter der E.____ GmbH diagnostizierten: vorzeitige degenerative Veränderungen in der Halswirbelsäule, insbesondere Instabilität des Segments C3/4; eine dissoziative Störung, gemischt (ICD-10: F44.7); ein zerviko- und lumbospondylogenes Syndrom; Störungen durch Cannabinoide, Verdacht auf zumindest schädlichen Gebrauch (ICD-10: F12.1); eine Periarthropathia humero-scapularis an der linken Schulter; eine chronische Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren (ICD-10: F45.41); eine mittelgradige depressive Episode (ICD-10: F32.1); eine Agoraphobie (ICD-10: F40.0) und eine Panikstörung (ICD-10: F41.0). Im Rahmen der interdisziplinären Beurteilung der Arbeitsfähigkeit gelangten die Gutachter der E.____ GmbH zur Auffassung, „vom psychischen Leiden her ist gegenwärtig keine Arbeitsfähigkeit gegeben“ (Gutachten vom 27. Juli 2014, IV-act. 90, insbesondere S. 38 und 41).

A.d Die IV-Stelle teilte dem Versicherten am 14. Dezember 2015 bzw. am 3. Februar 2016 mit, dass sie eine psychiatrische Begutachtung für erforderlich halte (IV-act. 115 und 123). Während dem Zeitraum vom 17. Dezember 2015 bis 26. Februar 2016 liess die IV-Stelle den Versicherten durch ein privates Unternehmen observieren (siehe



St.Galler Gerichte

Observationsbericht vom 7. März 2016, IV-act. 126, sowie separate DVD „Disk 1 Observation“, act. G 7.2; zur Würdigung des Observationsmaterials durch Dr. med. F.____, Fachärztin für Neurologie, Mitarbeiterin der IV-Stelle, vom 16. März 2016 siehe IV-act. 128; zum Standortgespräch vom 3. Mai 2016 und der Konfrontation des Versicherten mit dem Observationsmaterial siehe IV-act. 131; zum von Dr. F.____ verfassten Wahrnehmungsprotokoll zum Gespräch vom 3. Mai 2016 siehe IV-act. 133). Am 6. Juni 2016 teilte die IV-Stelle dem Versicherten mit, dass sie eine bidisziplinäre (rheumatologisch-psychiatrische) Begutachtung anordnen werde (IV-act. 135). Der Versicherte beantragte in der Stellungnahme vom 7. Juni 2016 die Durchführung einer polydisziplinären Begutachtung. Neben den Fachbereichen Rheumatologie und Psychiatrie und allenfalls Neurologie hätte auch eine Begutachtung in allgemeiner/internistischer Hinsicht zu erfolgen (IV-act. 136). In der Zwischenverfügung vom 28. Juni 2016 ordnete die IV-Stelle eine bidisziplinäre (psychiatrisch-rheumatologische) Begutachtung an (IV-act. 138).

B.

B.a Gegen die Zwischenverfügung vom 28. Juni 2016 richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 30. August 2016. Der Beschwerdeführer beantragt darin unter Kosten- und Entschädigungsfolge deren Aufhebung. Auf die angeordnete bidisziplinäre Begutachtung sei zu verzichten und die Beschwerdegegnerin anzuweisen, über die Rentenfrage zu entscheiden. Eventuell sei die Beschwerdegegnerin anzuweisen, bei der E.____ GmbH ein Ergänzungsgutachten einzuholen. Subeventuell sei die Beschwerdegegnerin anzuweisen, eine polydisziplinäre Begutachtung in den Disziplinen Allgemeine Innere Medizin, Neurologie, Rheumatologie und Psychiatrie durchzuführen. Im Wesentlichen bringt der Beschwerdeführer vor, der medizinische Sachverhalt sei durch das Gutachten der E.____ GmbH spruchreif abgeklärt worden. Daher bestehe kein Grund für weitere medizinische Abklärungen (act. G 1).

B.b Die Beschwerdegegnerin beantragt in der Beschwerdeantwort vom 27. Oktober 2016 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Nebst Ausführungen zur Zulässigkeit der Observation und der Verwertbarkeit von deren Inhalt stellt sich die Beschwerdegegnerin auf den Standpunkt, die Sachlage erweise sich aus rheumatologischer und psychiatrischer Sicht noch als abklärungsbedürftig. Für eine



St.Galler Gerichte

zusätzliche neurologische Abklärung bestehe kein Anlass. Die Bestimmung der Gutachterstelle sei nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung, weshalb auf den entsprechenden Antrag des Beschwerdeführers nicht einzutreten sei (act. G 7).

B.c Mit Präsidialentscheid vom 17. November 2016 ist dem Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung entsprochen worden (act. G 8).

B.d In der Replik vom 16. Februar 2017 beantragt der Beschwerdeführer zusätzlich, dass die Beschwerdegegnerin anzuweisen sei, sämtliche Unterlagen, Dokumente und Daten im Zusammenhang mit der widerrechtlichen Überwachung aus den Akten zu entfernen. Zur Begründung führt er aus, die Observation sei widerrechtlich und die dadurch gewonnenen Erkenntnisse nicht verwertbar (act. G 14).

B.e Die Beschwerdegegnerin hält in der Duplik vom 22. März 2017 unverändert an den gestellten Anträgen fest. Es rechtfertige sich, das Verfahren zu sistieren, bis das Bundesgericht einen Grundsatzentscheid betreffend Observation in der IV gefällt habe (act. G 16).

B.f In der Stellungnahme vom 19. Mai 2017 beantragt der Beschwerdeführer die Abweisung des Sistierungsgesuchs und reicht eine Kostennote über die Bemühungen des Rechtsvertreters ein (act. G 20 und G 20.1).

B.g Das Gericht hat den Parteien am 24. Mai 2017 mitgeteilt, dass das Verfahren nicht sistiert werde (act. G 21).

Erwägungen

1.

Zwischen den Parteien umstritten und nachfolgend zu beurteilen ist die in der Zwischenverfügung vom 28. Juni 2016 angeordnete bidisziplinäre (psychiatrisch-rheumatologischen) Begutachtung. Nicht Gegenstand der Zwischenverfügung bildet die Bestimmung der Gutachterstelle, worauf die Beschwerdegegnerin zutreffend hingewiesen hat (act. G 7). Auf den Eventualantrag des Beschwerdeführers, es sei bei



der E.____ GmbH ein Ergänzungsgutachten einzuholen (act. G 1 und G 3), ist daher nicht einzutreten.

1.1 Bei der Anordnung des Gutachtens handelt es sich um eine Zwischenverfügung (Art. 55 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG] in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 und Art. 46 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren [VwVG; SR 172.021]). Eine solche kann unter anderem dann angefochten werden, wenn ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 15. April 2010, B 2009/197, E. 2.5; vgl. auch BGE 138 V 275 E. 1.2.1). Für die Beurteilung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils im Kontext des sozialversicherungsrechtlichen Abklärungsverfahrens mit seinen spezifischen Gegebenheiten ist zu beachten, dass das medizinische Administrativgutachten in der Regel die wichtigste medizinische Entscheidungsgrundlage im Beschwerdeverfahren bildet. Die Mitwirkungsrechte der versicherten Personen müssen daher bereits vor der Begutachtung durchgesetzt werden können, bevor präjudizierende Effekte eintreten. Mit Blick auf das begrenzte Überprüfungsvermögen der rechtsanwendenden Behörden genügt es daher nicht, die Mitwirkungsrechte erst nachträglich, bei der Beweiswürdigung im Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren, einzuräumen (vgl. BGE 138 V 276 E. 1.2.2). Im Licht dieser Umstände ist sowohl bezüglich der Anordnung einer Begutachtung als auch betreffend die von der Beschwerdegegnerin getroffene Auswahl der Fachdisziplinen ein durch die angefochtene Zwischenverfügung drohender nicht wieder gutzumachender Nachteil zu bejahen, denn sowohl der Einbezug einer medizinischen Fachdisziplin bzw. der Verzicht darauf zeitigen präjudizierende Effekte (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 28. September 2016, IV 2016/80, E. 1.1 f.).

1.2 Bei der Beurteilung von Abklärungsvorkehren ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es im Ermessen des Versicherungsträgers liegt, darüber zu befinden, mit welchen Mitteln die Sachverhaltsabklärung gemäss Art. 43 Abs. 1 ATSG zu erfolgen hat, und dass ihm im Rahmen der Verfahrensleitung ein grosser Ermessensspielraum bezüglich Notwendigkeit, Umfang und Zweckmässigkeit von medizinischen Erhebungen zukommt (statt vieler: Urteil des Bundesgerichts vom 10. Oktober 2011, 9C_1037/2010, E. 5.1). Bei der Beurteilung von Fragen, die in diesen Ermessensspielraum fallen, auferlegt sich das Gericht Zurückhaltung (Entscheid des



Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 28. September 2016, IV 2016/80, E. 1.3 mit Hinweisen).

2.

Zunächst ist die Frage zu prüfen, ob die Anordnung einer weiteren Begutachtung zulässig ist.

2.1 Die für die Beurteilung des Leistungsanspruchs von Amtes wegen durchzuführenden notwendigen Abklärungen beinhalten nicht das Recht des Versicherungsträgers, eine „second opinion“ zum bereits in einem Gutachten festgestellten Sachverhalt einzuholen, wenn ihm dieser nicht passt. Die Notwendigkeit der Anordnung eines weiteren Gutachtens ergibt sich aus der Beantwortung der Frage, ob bereits bei den Akten liegende Gutachten die inhaltlichen und beweismässigen Anforderungen an eine zu erstattende ärztliche Expertise erfüllen. Dies hängt entscheidend davon ab, ob sie für die Beantwortung der gestellten Fragen umfassend sind und in diesem Rahmen auf den erforderlichen allseitigen Abklärungen beruhen; die geklagten Beschwerden wiedergeben und sich damit auseinandersetzen, was vor allem bei psychogenen Fehlentwicklungen nötig ist; in Kenntnis der und gegebenenfalls in Auseinandersetzung mit den Vorakten abgegeben worden sind; in der Darlegung der medizinischen Zustände, Entwicklungen und Zusammenhänge einleuchten; und die Schlussfolgerungen der medizinischen Experten in einer Weise begründet sind, dass die Rechtsanwender sie kritisch nachvollziehen können (Urteil des Bundesgerichts vom 29. Mai 2007, U 571/2006, E. 4.2 mit Hinweis auf BGE 125 V 352 E. 3a).

2.2 Der medizinische Sachverhalt erweist sich zunächst aufgrund des Suchtmittelkonsums des Beschwerdeführers als noch nicht spruchreif abgeklärt. Diesbezüglich gab der psychiatrische Gutachter der E.____ GmbH an, eine nähere Einschätzung könne im Rahmen der Begutachtung nicht erfolgen, da der Beschwerdeführer den Gebrauch von Drogen verneint habe. Allerdings müsse in Betracht gezogen werden, dass der Gebrauch von Cannabinoiden wesentliche Symptome, zum Beispiel den gereizten Affekt, die vor allem nächtlich auftretenden Angstzustände sowie die Schlafstörungen erklären könnte (IV-act. 90-31). Die differentialdiagnostische Zuordnung der Symptome sowie auch eine Bewertung der



bisherigen Behandlung seien im Hinblick auf die im Rahmen der aktuellen Begutachtung festgestellten Problematiken mit dem Gebrauch von Cannabinoiden sowie der mangelnden medikamentösen Compliance schwierig (IV-act. 90-32 unten; zur teilweisen Nichteinnahme von Medikamenten siehe auch IV-act. 90-39; zur mit Blick auf die diagnostizierte dissoziative Störung erfolgte Einstufung des Suchtmittelkonsums als „bedenklich“ siehe IV-act. 90-39). Unter einer kontrollierten Abstinenz und Einhaltung der medikamentösen Therapie solle dann nochmalig eine diagnostische Einschätzung erfolgen (IV-act. 90-33 oben). Allein schon vor diesem Hintergrund ist ein weiterer Abklärungsbedarf zu bejahen.

2.3 Hinzu kommt, dass aus dem psychiatrischen Teil des Gutachtens keine kritisch-objektive Würdigung der Leidensangaben des Beschwerdeführers hervorgeht. Eine solche ist vorliegend nur schon deshalb unerlässlich, als der Beschwerdeführer mehrere, relevante Punkte (etwa den Suchtmittelkonsum oder die Medikamenteneinnahme) tatsachenwidrig beantwortet hat (siehe zum verneinten Drogenkonsum sowie zu den Medikamentenangaben IV-act. 90-15 f.) und aus der Begutachtung sowie aus den Akten zahlreiche Hinweise auf Inkonsistenzen sowie Aggravation hervorgehen (etwa IV-act. 13-5 f., IV-act. 45-17, zu den unbeobachtet deutlich besseren Spontanbewegungen siehe IV-act. 78-4 und 132-2 unten, zur normalen Rotation der linken Schulter in Neutralstellung siehe IV-act. 90-37; zur beidseits symmetrischen Handbeschielung siehe IV-act. 90-36). Des Weiteren fehlt eine objektive Ressourcenbeurteilung. So beschränkt sich die knappe gutachterliche Ausführung zu den Ressourcen auf die Angaben des Beschwerdeführers (IV-act. 90-38 unten), der sich im Leben als „maximal beeinträchtigt fühlt“ (IV-act. 90-42). Den Anschein fehlender objektiver Distanz zum Beschwerdeführer erweckt zusätzlich dessen Angabe, dass ein Gutachter der E.____ GmbH einen Hausbesuch gemacht haben soll. Er sei am Morgen gekommen, habe Kaffee getrunken, ein Gipfeli gegessen und „die ganze Situation mit uns besprochen“ (IV-act. 131, S. 4 f.).

2.4 Nachdem der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der psychiatrischen Begutachtung mehrere Testverfahren hatte absolvieren können (IV-act. 90-27 und -29) und der rheumatologische Gutachter auf die relativ guten Deutschkenntnisse hingewiesen hat („Die Deutschkenntnisse des Patienten sind so gut, dass der grössere Teil der Anamnese bei dem kooperativen Patienten über 45 Minuten direkt mit ihm



durchgeführt werden kann, nur gelegentlich Übersetzung von Seiten des beisitzenden Übersetzers“, IV-act. 90-35 oben), ist der Verzicht auf die Durchführung von Symptomvalidierungstests (IV-act. 90-42) nicht nachvollziehbar. Dies gilt umso mehr, als solche vom RAD „als dringend erforderlich“ bezeichnet worden waren (IV-act. 90-42) und im Übrigen auch nonverbale Testverfahren zur Verfügung stehen (vgl. Der Einsatz von Beschwerdevalidierungstests in der IV-Abklärung, Forschungsbericht Nr. 4/08, in: Eidgenössisches Departement des Inneren, Beiträge zur sozialen Sicherheit, S. 43 ff.).

2.5 Aufgrund des vom Beschwerdeführer geklagten komplexen Leidensbilds und weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Suchtmittelkonsum sowie die mangelnde Medikamentencompliance auch Auswirkungen auf die somatische Einschätzung haben, erscheint es geboten, den Beschwerdeführer erneut polydisziplinär (allgemeininternistisch, psychiatrisch, rheumatologisch und neurologisch) durch noch nicht mit dem Beschwerdeführer betraute Experten begutachten zu lassen. Es sind keine Gründe erkennbar, weshalb die neuerliche Abklärung auf eine psychiatrisch-rheumatologische Begutachtung zu beschränken ist. Dies umso weniger, als die Beschwerdegegnerin bei der weiteren, nach dem Vorliegen des Gutachtens der E.____ GmbH erfolgten Bearbeitung eine neurologische Fachärztin beigezogen hat. Die mit der neuerlichen Begutachtung zu beauftragenden medizinischen Fachpersonen werden sich insbesondere einlässlich zur Konsistenz und Plausibilität der gesundheitlichen Leiden und deren allfälligen Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit unter Einbezug von fremdanamnestischen Angaben (allenfalls auch durch den Masseur/die Masseurin; siehe hierzu IV-act. 90-15) und von Symptomvalidierungstests zu äussern haben. Der mit der psychiatrischen Begutachtung zu beauftragenden Person obliegt es, über die Modalitäten einer allenfalls erforderlichen vorgängigen Suchtmittelabstinenz bzw. Kontrolle der Medikamenteneinnahme zu befinden (zu einem allfälligen Mahn- und Bedenkzeitverfahren siehe Art. 43 Abs. 3 ATSG). Den zu beauftragenden medizinischen Experten sind keine Akten bzw. Aktenteile zuzustellen, die einen Bezug zur unzulässigen Observation haben (siehe hierzu nachstehende E. 3.4).

3.

Zu beurteilen bleibt die Rechtmässigkeit und die Verwertbarkeit des Observationsmaterials.



3.1 Gemäss Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) hat jede Person Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs. Der Verfassungsgeber hat sich bei der Formulierung dieses Grundrechts bewusst an Art. 8 EMRK orientiert und die Schutzbereiche aufeinander abgestimmt, so dass die beiden Garantien einander inhaltlich entsprechen (THOMAS GÄCHTER, *Observationen im Sozialversicherungsrecht - Voraussetzungen und Schranken*, in: STEPHAN WEBER [Hrsg.], *HAVE Personen-Schaden-Forum 2011*, Zürich 2011, S. 189). Jede Person hat des Weiteren einen Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten (Art. 13 Abs. 2 BV). Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr (Art. 36 Abs. 1 BV). Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt (Art. 36 Abs. 2 BV) und sie müssen verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV). Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar (Art. 36 Abs. 4 BV).

3.2 Im Urteil *Vukota-Bojic gegen Schweiz*, Urteil no. 61838/10, vom 18. Oktober 2016 erkannte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in einer unfallversicherungsrechtlichen Streitigkeit auf eine Verletzung von Art. 8 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) durch die Schweiz, da im schweizerischen Recht eine hinreichend präzise rechtliche Grundlage für die Foto- und Videoüberwachung von versicherten Personen fehle. Das Versicherungsgericht gelangte im Entscheid vom 6. Dezember 2016, IV 2016/145, zur Auffassung, dass im Bereich der Invalidenversicherung entgegen der Sichtweise der Beschwerdegegnerin (vgl. zum Standpunkt der Beschwerdegegnerin act. G 7 und G 16) ebenfalls keine ausreichende normative Grundlage für heimliche und zielgerichtete Überwachungsmaßnahmen durch die IV-Stelle besteht (E. 3.2.1 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf die Lehre). Darauf kann vollumfänglich verwiesen werden. Zu ergänzen ist, dass diese Beurteilung von seither publizierten Lehrmeinungen ebenfalls geteilt wird (CLAUDIA CADERAS/MARC HÜRZELER, *Rüge für die Schweiz mangels hinreichender Gesetzesgrundlage für Observationen durch Versicherer*, in: *HAVE 2016*, S. 42; PIERRE HEUSSER, *Privatdetektive, aufgepasst!*, *Das Urteil des EGMR 18*.



Oktober 2016 und dessen Auswirkungen weit über den Bereich der Unfallversicherung hinaus, in: Jusletter vom 9. Januar 2017, Rz 49).

3.3 Zu ergänzen ist, dass der EGMR auf das Merkmal der Heimlichkeit zutreffend wiederholt und mit Nachdruck als zentrales Element bei der Prüfung der Grundrechtskonformität hingewiesen hat („secret surveillance“ bzw. „secret measures of surveillance“: siehe etwa Rz 67 f. bzw. Rz 75 des EGMR-Entscheids; siehe auch die französische Regeste „l'enquête secrète“). Er ist überzeugend zum Schluss gelangt: „especially where a power vested in the executive is exercised in secret, the risks of arbitrariness are evident“ (Rz 67 des Entscheids). Bei den gewöhnlichen Abklärungsmassnahmen wie dem nicht heimlich durchgeführten Augenschein oder einer medizinischen Untersuchung sind für die versicherte Person sowohl die Beteiligten als auch der Inhalt sowie das Verfahren erkennbar. Zudem hat sie jederzeit die Herrschaft über ihre Teilnahme. Eine Teilnahme setzt ihre zumindest stillschweigende Zustimmung voraus. Darüber hinaus stehen ihr vor und während der Abklärungsmassnahme substanzielle Verfahrens- und Mitwirkungsrechte zu, die nicht zuletzt einen Schutz vor willkürlichen Grundrechtseingriffen durch die Versicherungsträger und die Verfahrensfairness gewährleisten (vgl. etwa BGE 137 V 210). Die versicherte Person bleibt aufgrund ihrer unmittelbaren, umfassenden Mitwirkungsmöglichkeiten Subjekt der Abklärungsmassnahme. Bei der heimlichen Überwachungsmassnahme fehlen jegliche vergleichbare rechtliche Schranken gegen die Eingriffsmacht des Versicherungsträgers („risks of arbitrariness are evident“, Rz 67 des EGMR-Entscheids) und die versicherte Person wird zum blossen schutz- und ahnungslosen Objekt der Abklärungsmassnahme. Dieses vergleichsweise erhebliche rechtsstaatliche Defizit und die vollständig fehlende Verfahrensfairness können nur mit erhöhten Anforderungen an die Zulässigkeit der heimlichen und zielgerichteten Überwachungsmassnahme kompensiert werden, wozu u.a. eine genügende Rechtsgrundlage zählt (vgl. Rz 67 des EGMR-Entscheids), welche Art. 59 Abs. 5 IVG gerade nicht bietet. Diese Betrachtungsweise wird durch die formell-gesetzliche Regelungsdichte des Entwurfs von Art. 43a ATSG bestätigt. Vor diesem Hintergrund kann die Frage, ob die übrigen Voraussetzungen für eine Observation - etwa die Verhältnismässigkeit - erfüllt gewesen wären, offen bleiben.



3.4 Die vorliegend zu beurteilende, in einem mehrmonatigen Zeitraum jeweils an einzelnen Tagen durchgeführte, heimliche und zielgerichtete Überwachung des Verhaltens des Beschwerdeführers im öffentlichen sowie privaten Raum, die auch unbeteiligte Dritte miterfasst hat (zur Observation vom 17. Dezember 2015 bis 26. Februar 2016 siehe IV-act. 126, separate DVD, act. G 7.2 „Disk 1 Observation“ sowie die dreiseitige „Fotodokumentation“ in IV-act. 131), erweist sich nach dem Gesagten als verfassungs- und gesetzwidrig. Das verfassungs- und gesetzwidrig beschaffte Datenmaterial, konkret IV-act. 126, separate DVD, act. G 7.2 „Disk 1 Observation“ sowie die dreiseitige „Fotodokumentation“ in IV-act. 131 ist zu vernichten, da dessen Verwendung einer neuerlichen Grundrechtsverletzung gleichkäme. Gleiches gilt für Akten und Aktenteile, die Observationsmaterial wiedergeben oder würdigen (insbesondere medizinische Stellungnahme vom 16. März 2016, IV-act. 128; S. 15 ff. des Standortgesprächs, IV-act. 131; S. 3 bis 4 des Wahrnehmungsprotokolls vom 20. Mai 2016, IV-act. 132, III. Rz 9 f. der Beschwerdeantwort vom 27. Oktober 2016).

3.5 Entgegen der Sichtweise der Beschwerdegegnerin ist das rechtswidrig beschaffte Datenmaterial nicht verwertbar (siehe auch MARKUS HÜSLER, Erste UVG-Revision: wichtige Änderungen und mögliche Probleme bei der Umsetzung, in: SZS 1/2017, S. 57). Vorliegend ist von Bedeutung, dass eine genügende rechtliche Grundlage für die heimliche und zielgerichtete Überwachung des Beschwerdeführers fehlt. Mit der vorgenommenen Observation wurde somit nicht bloss eine Ordnungsnorm verletzt, sondern der Observation fehlt mangels genügender gesetzlicher Grundlage das rechtliche Fundament. Allein schon deshalb sind die Observationsergebnisse von vornherein nicht verwertbar. Selbst wenn nicht von einem absoluten Verwertungsverbot ausgegangen und eine Interessenabwägung hinsichtlich der Verwertbarkeit analog zu Art. 141 Abs. 2 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) vorgenommen würde, so fällt diese zuungunsten der Beschwerdegegnerin aus. Denn vorliegend ist weder erkennbar noch von der Beschwerdegegnerin geltend gemacht worden, der Beschwerdeführer habe eine schwere Straftat im Sinn des Strafprozessrechts begangen (vgl. hierzu Urteil des Obergerichts Zürich vom 22. Februar 2013, UE120217, E. 3.1 mit Verweis auf RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, Zürich 2011, N 556; WOLFGANG WOHLERS in: DONATSCH/HANS-JAKOB/LIEBER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Rz 21 zu Art. 141; SABINE GLESS, Basler Kommentar zur StPO, Art. 141 N 72;



WOLFGANG WOHLERS, Dogmatik und praktische Relevanz der Beweisverwertungsverbote im Strafprozessrecht der Schweiz, in: recht 2015, S. 165 f.).

4.

4.1 In teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist die angefochtene Zwischenverfügung vom 28. Juni 2016 aufzuheben. Die Sache ist zur ergänzenden Abklärung im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Auf den Antrag, die E.____ GmbH mit den neuerlichen Abklärungen zu beauftragen, ist nicht einzutreten.

4.2 Bei Streitigkeiten betreffend die Anordnung für eine Begutachtung im Verwaltungsverfahren sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Da es sich vorliegend nicht um eine Streitigkeit betreffend "IV-Leistungen" handelt, findet die Kostenregelung von Art. 69 Abs. 1bis des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20) keine Anwendung.

4.3 Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer einen Anspruch auf eine Parteientschädigung. 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 (sGS 963.75) pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr. 12'000.--. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat am 19. Mai 2017 eine Kostennote eingereicht. Er macht darin insgesamt bei einem Stundenaufwand von 15.70 ein Honorar (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) von Fr. 4'584.90 geltend (act. G 20.1). Auf die Kostennote kann allerdings nicht abgestellt werden, da sie zahlreichen, vor Erlass der angefochtenen Zwischenverfügung vom 28. Juni 2016 getätigten Aufwand enthält, der nicht das vorliegende Beschwerdeverfahren betrifft. Mit Blick auf vergleichbare Fälle erscheint eine pauschale Entschädigung von Fr. 3'500.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) angemessen (vgl. Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 17. März 2017, IV 2015/6). Bei diesem Ausgang erübrigt sich die Festsetzung einer Entschädigung aus der gewährten unentgeltlichen Rechtsverteiständung.



Entscheid

im Verfahren gemäss Art. 18 OrgR

1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die angefochtene Zwischenverfügung vom 28. Juni 2016 aufgehoben. Die Sache wird zur ergänzenden Abklärung im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen. Auf den Antrag, die E.____ GmbH mit den neuerlichen Abklärungen zu beauftragen, wird nicht eingetreten.

2.

Die Beschwerdegegnerin wird im Sinn der Erwägungen verpflichtet, namentlich folgende Akten bzw. Aktenteile aus dem Dossier zu entfernen: IV-act. 126; separate DVD, act. G 7.2 „Disk 1 Observation“; die dreiseitige „Fotodokumentation“ in IV-act. 131; IV-act. 128; S. 15 ff. des Standortgesprächs, IV-act. 131; S. 3 bis 4 des Wahrnehmungsprotokolls vom 20. Mai 2016, IV-act. 132 und III. Rz 9 f. der Beschwerdeantwort vom 27. Oktober 2016.

3.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

4.

Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.