



Entscheid Versicherungsgericht, 06.12.2016

**Art. 13 BV und Art. 8 EMRK. Unzureichende gesetzliche Grundlage für heimliche und zielgerichtete Überwachungsmaßnahmen durch die IV-Stelle. Die gesetzwidrig beschafften Daten sind aus den Akten zu entfernen. Rückweisung zur neuerlichen psychiatrischen Begutachtung. Der mit der fachpsychiatrischen Begutachtung zu beauftragenden Person ist ausschliesslich eine gesetzeskonform zustande gekommene Voraktenlage zu unterbreiten (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 6. Dezember 2016, IV 2016/145).
Beim Bundesgericht angefochten.**

Entscheid vom 6. Dezember 2016

Besetzung

Vizepräsidentin Miriam Lendfers, Versicherungsrichterin Monika Gehrler-Hug, Versicherungsrichter Joachim Huber;
Gerichtsschreiber Philipp Geertsen

Geschäftsnr.

IV 2016/145

Parteien

A.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Ronald Pedernana,
Rorschacher Strasse 21, Postfach 27, 9004 St. Gallen,

gegen

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

Gegenstand

Rente

Sachverhalt

A.

A.a A.____ meldete sich im Februar 2014 unter Hinweis auf Depressionen zum Bezug von IV-Leistungen an (IV-act. 1). Seit August 2006 hatte er als Maschinenführer in einem 85%-Pensum gearbeitet und war seit dem 9. September 2013 krankgeschrieben. Die behandelnde Ärztin, Dr. med. B.____, Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, diagnostizierte beim Versicherten mit Bericht vom 19. Februar 2014 eine rezidivierende depressive Störung, gegenwärtig schwere Episode ohne psychotische Symptome, familiäre Probleme, psychische Krankheiten oder Verhaltensstörungen in der Familienanamnese sowie chronische Krankheiten in der Familienanamnese. Weiter beschrieb sie beim Versicherten insbesondere ein schweres depressives Zustandsbild mit Anhedonie, Störung der Vitalgefühle, Insuffizienzgefühle, starke Stimmungsschwankungen, Labilität, schwere innere Unruhe, Angstzustände und Minderwertigkeitsgefühle (IV-act. 10).

A.b Der Versicherte begab sich vom 27. Februar bis 10. April 2014 zur stationären Behandlung in die Klinik C.____. Die dort behandelnden medizinischen Fachpersonen bescheinigten im Austrittsbericht vom 14. Mai 2014 (Datum Posteingang IV-Stelle) einen stabilisierten Zustand (IV-act. 19). Im Auftrag des Krankentaggeldversicherers wurde der Versicherte am 30. Juli 2014 von Dr. med. D.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, untersucht. Im Gutachten vom 6. August 2014 wurde dem Versicherten eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert. Bei integrativ psychosomatischer Behandlung, Intensivierung der Gesprächspsychotherapie und gegebenenfalls Optimierung der Psychopharmakotherapie sei innerhalb von vier bis sechs Wochen mit einer Rückbildung der depressiven und Erschöpfungssymptome und einer Wiederherstellung der vollen Arbeitsfähigkeit zu rechnen (IV-act. 24). Der im Herbst vorgesehene stationäre Aufenthalt in der Klinik E.____ kam insbesondere wegen Sprachschwierigkeiten und in Ermangelung eines muttersprachlichen Therapeuten bzw. eines Übersetzers nicht zustande (IV-act. 25). Vom 1. bis 30. Oktober 2014 begab sich der Versicherte erneut zur stationären Behandlung in die Klinik C.____. Im Austrittsbericht vom 30. Oktober 2014 wurde dem Versicherten eine rezidivierende depressive Störung, gegenwärtig schwere Episode, mit ausgeprägter psychophysischer Erschöpfung bei vorbestehender generalisierter Angststörung diagnostiziert. Das belastende Familiensystem und mehrfache psychosoziale Belastungsfaktoren hätten beim Versicherten zu Schwierigkeiten bei der Alltagsbewältigung geführt (vgl. IV-act. 39).

A.c Die IV-Stelle nahm in der Folge weitere Abklärungen vor. Vom Strassenverkehrsamt des Kantons St. Gallen wurde ihr mitgeteilt, dass zwei Fahrzeuge auf den Versicherten eingelöst seien (IV-act. 40). Im Weiteren erfolgten Internetrecherchen (IV-act. 41). Im Auftrag der IV-Stelle wurde der Versicherte im Zeitraum vom 19. März bis 15. Mai 2015 observiert (Observationsbericht vom 16. Mai 2015, IV-act. 48). Dr. med. F.____, Mitarbeiterin der IV-Stelle, gelangte zum Schluss, dass die Observationsergebnisse Zweifel an den aktuell postulierten Leistungsgrenzen aufgrund einer schweren depressiven Symptomatik aufkommen lassen würden. Möglicherweise sei es zwischenzeitlich zu der von Dr. D.____ prognostizierten Zustandsverbesserung gekommen. Aus medizinischer Sicht sei eine psychiatrische Verlaufsbeurteilung dringend indiziert (IV-act. 50).

A.d Im Auftrag der IV-Stelle wurde der Versicherte am 25. August 2015 von Dr. med. G.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, begutachtet (Gutachten vom 21. September 2015, IV-act. 59).

A.e Mit Vorbescheid vom 17. Februar 2016 stellte die IV-Stelle dem Versicherten die Abweisung des Leistungsbegehrens in Aussicht. Aus medizinischer Sicht bestehe eine volle Arbeitsfähigkeit in der früheren Tätigkeit als Maschinenführer wie auch in allen anderen angepassten Tätigkeiten. Es sei dem Versicherten möglich, dasselbe Einkommen wie früher zu erzielen. Damit bestehe weder ein Anspruch auf berufliche Eingliederungsmassnahmen noch auf eine IV-Rente (IV-act. 62). Dagegen erhob der Versicherte am 16. März 2016 Einwand (IV-act. 66). Am 5. April 2016 verfügte die IV-Stelle die Abweisung des Leistungsgesuchs (IV-act. 68).

B.

B.a Gegen diese Verfügung richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 6. Mai 2016. Der Beschwerdeführer beantragt deren Aufhebung und die Zusprache einer "vollen" Rente für die Zeit vom 1. Oktober 2014 bis Dezember 2015 (eventualiter: bis Ende Juli 2015). Die Beschwerdegegnerin sei des Weiteren zu verpflichten, Eingliederungsmassnahmen in Form eines Arbeitstrainings in die Wege zu leiten; unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Zur Begründung bringt er im Wesentlichen vor, es zeige sich anhand der Unterlagen, dass er zumindest bis zur Geburt seines Sohnes im Februar 2015 mittel bis schwer depressiv gewesen sei und der Fortschritt erst mit der Geburt des gesunden Sohnes langsam gekommen sei. Dr. D. ___ habe zum damaligen Zeitpunkt vor der erneuten Klinikeinweisung bereits den Hinweis gegeben, dass der Beschwerdeführer nur mit Hilfe von aussen („integrative psychosomatische Behandlung“) wieder in den Arbeitsprozess integriert werden könne. Mit Sicherheit sei aber der Beschwerdeführer im Zeitpunkt seines zweiten Klinikaufenthalts und mindestens bis zur Geburt seines Sohnes nicht arbeitsfähig gewesen. In Bezug auf die psychiatrische Begutachtung macht der Beschwerdeführer geltend, dass Dr. G. ___ den grössten Teil seines Einkommens mit Gutachten für die Beschwerdegegnerin verdiene und somit in wirtschaftlicher Abhängigkeit zu dieser stehe. Seine Objektivität sei aufgrund dieser Tatsache in Frage zu stellen (act. G 1). Mit der Beschwerde hat der Beschwerdeführer u.a. einen Bericht von Dr. B. ___ vom 8. April 2016 eingereicht (act. G 1.5).

B.b Die Beschwerdegegnerin beantragt in der Beschwerdeantwort vom 30. Juni 2016 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Gegenstand der angefochtenen Verfügung und damit des vorliegenden Rentenverfahrens sei der mögliche Rentenanspruch des Beschwerdeführers. Nicht Gegenstand sei der mögliche Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen im Sinn eines Arbeitstrainings. Die Beschwerdegegnerin stellt sich auf den Standpunkt, es sei zwar möglich, aber nicht gesichert, dass der Beschwerdeführer an einer vorübergehenden schweren depressiven Störung gelitten habe. Dauer und Ausprägung dieser Störung und deren Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit seien aber nicht rechtsgenügend ausgewiesen. Ohnehin sei die durch psychosoziale Belastungen bewirkte depressive Verstimmung IV-rechtlich nicht relevant. Die Objektivität von Dr. G. ___ sei gewährleistet (act. G 4).

B.c In der Replik vom 5. September 2016 hat der Beschwerdeführer unverändert an seiner Beschwerde festgehalten (act. G 6).

B.d Die Beschwerdegegnerin hat ihrerseits in der Duplik vom 30. September 2016 vollumfänglich an ihren Anträgen festgehalten (act. G 8).

B.e Am 30. November 2016 hat der Beschwerdeführer eine ergänzende Stellungnahme mit Bezug auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 18. Oktober 2016 in Sachen Vukota-Bojic gegen Schweiz

eingereicht (act. G 10).

Erwägungen

1.

In formeller Hinsicht hat die Beschwerdegegnerin (act. G 4, Rz 1) betreffend den vom Beschwerdeführer gestellten Antrag auf Eingliederungsmassnahmen zutreffend angemerkt, dass einzig der Rentenanspruch Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet. Im Hinblick darauf, dass der angefochtenen Verfügung kein rentenbegründender Invaliditätsgrad zugrunde gelegt wurde, ist die Frage betreffend Eingliederungsmassnahmen auch nicht notwendigerweise deren Gegenstand. Unter diesen Umständen ist auf den Beschwerdeantrag bezüglich Eingliederungsmassnahmen nicht einzutreten (vgl. BGE 131 V 164 E. 2.1).

2. Zu prüfen bleibt der Rentenanspruch des Beschwerdeführers.

2.1 Anspruch auf eine Rente haben gemäss Art. 28 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20) Versicherte, die ihre Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wieder herstellen, erhalten oder verbessern können (lit. a), während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40% arbeitsunfähig gewesen sind (lit. b) und nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40% invalid sind (lit. c). Als Invalidität gilt laut 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 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). Für die Beurteilung des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit sind ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu berücksichtigen. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt zudem nur vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist (Art. 7 Abs. 2 ATSG).

2.2 Für die Bestimmung des Invaliditätsgrads 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, in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Art. 16 ATSG).

2.3 Nach Art. 28 Abs. 2 IVG besteht Anspruch auf eine ganze Invalidenrente, wenn die versicherte Person mindestens zu 70%, derjenige auf eine Dreiviertelsrente, wenn sie mindestens zu 60% invalid ist. Bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50% besteht ein Anspruch auf eine halbe Rente und bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40% ein Anspruch auf eine Viertelsrente.

3.

Im noch nicht rechtskräftigen Urteil Vukota-Bojic gegen Schweiz, Urteil no. 61838/10, vom 18. Oktober 2016 erkannte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) 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. Bei der Beurteilung der Frage, ob die tatsächlichen Verhältnisse im vorliegenden Fall spruchreif abgeklärt worden sind, drängt sich im Nachgang zum EGMR-Urteil Vukota-Bojic gegen Schweiz auf, die Gesetzes- und Verfassungskonformität von Observationen im Sozialversicherungsrecht einer neuerlichen näheren Überprüfung zu unterziehen.

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. 3 BV).

3.2 Zunächst zu prüfen ist die Frage, ob die Observation des Beschwerdeführers bzw. der dadurch bedingte Eingriff in Art. 13 Abs. 1 und 2 BV mit dem Legalitätsprinzip (Art. 36 Abs. 1 BV) vereinbar ist.

3.2.1 Das Legalitätsprinzip im Sinn von Art. 36 Abs. 1 BV verlangt u.a. eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze. Das Erfordernis der Bestimmtheit steht im Dienst des Grundsatzes des Gesetzesvorbehalts, der Rechtssicherheit mit den Elementen der Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns sowie der rechtsgleichen Rechtsanwendung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR darf das Gebot nach Bestimmtheit rechtlicher Normen indes nicht in absoluter Weise verstanden werden. Der Gesetzgeber kann nicht darauf verzichten, allgemeine und mehr oder minder vage Begriffe zu verwenden, deren Auslegung und Anwendung der Praxis überlassen werden muss. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in die Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab. In gewissem Ausmass kann die Unbestimmtheit von Normen durch verfahrensrechtliche Garantien gleichsam kompensiert werden, und es kommt dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit besondere Bedeutung zu (BGE 132 I 58 E. 6.2 mit Hinweisen). Hinsichtlich der heimlichen Überwachung mit Fokus auf den Gesundheitszustand der Betroffenen gilt es die auch im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren zu beachtenden Anforderungen des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) zu beachten (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG). Dieses bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden (Art. 1 DSG). Als besonders schützenswerte Personendaten gelten u.a. Daten über die Gesundheit (Art. 3 lit. c DSG). Organe des Bundes dürfen Personendaten (nur dann) bearbeiten, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht (Art. 17 Abs. 1 DSG). Dies gilt grundsätzlich für alle Formen und Phasen der Informationsbearbeitung (BBI 1988 II S. 467). Art. 17 Abs. 2 DSG stellt qualifizierte Anforderungen an das Bearbeiten von besonders schützenswerten Personendaten

und von Persönlichkeitsprofilen. Solche Daten dürfen - von hier nicht einschlägigen Ausnahmen abgesehen - nur bearbeitet werden, wenn ein Gesetz im formellen Sinn es ausdrücklich vorsieht (Art. 17 Abs. 2 lit. a DSGVO; BBl 1988 II 487).

3.2.2 Die Voraussetzung der genügend bestimmten gesetzlichen Grundlage für Grundrechtseinschränkungen wird bezüglich Zugänglichkeit und Vorhersehbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts analog der Praxis des EGMR ausgelegt. U.a. wird in der Rechtsprechung verlangt, dass die Betroffenen erkennen können, welche rechtlichen Vorschriften auf einen gegebenen Fall anwendbar sind; das Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass die Betroffenen ihr Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können. Wesentliche Wertungen dürfen nicht unnötig der Gesetzesanwendung überlassen werden. Je schwerer die Auswirkungen einer Norm auf die Rechtsstellung des Einzelnen sind, desto höher sind die Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage (RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV Rz 23, mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur, 3. Auflage, Zürich 2014). Geringere Anforderungen an die Normdichte können gestellt werden, wenn z.B. die zu regelnden Verhältnisse sehr vielgestaltig sind oder wenn sprachtechnisch Begriffsdarstellungen bereits ausgereizt sind (SCHWEIZER, a.a.O., Art. 36 BV Rz 24 mit Hinweisen).

3.2.3 Die heimliche Überwachung wurde vorliegend mit Unterstützung von bildaufzeichnenden Geräten und in einem mehrwöchigen Zeitraum durchgeführt. Sie beschränkte sich nicht bloss auf öffentliche Plätze. Vielmehr hielten die heimlich ermittelnden Abklärungspersonen auch das Verhalten des Beschwerdeführers fest, als sich dieser auf privatem Grundeigentum (siehe zur heimlichen Überwachung auf dem Vorplatz des Zuhauses des Beschwerdeführers IV-act. 48, Bilder S. 1 f.) bzw. sogar in privaten Räumen befand (zu den in einem I. ___-Restaurant erfolgten Aufzeichnungen siehe IV-act. 48, Bilder S. 4 f.). Diesbezüglich erscheint fraglich, ob die Abklärungsperson überhaupt über das (wenigstens stillschweigende) Einverständnis des Besitzers des I. ___-Gebäudes bzw. des I. ___-Restaurants für den Aufenthalt zum Zweck der heimlichen und gezielten Überwachung von Gästen verfügt hat. Von Bedeutung ist weiter, dass heimlich Informationen über den Gesundheitszustand einer Person beschafft wurden, die zu den heiklen, sensitiven Daten gehören, welche die Intimsphäre im Kern berühren können (BBl 1988 II 421). Angesichts dieser qualitativen und zeitlichen Intensität der heimlichen und gezielten Überwachung des Beschwerdeführers kann offensichtlich nicht von einem lediglich geringfügigen Eingriff gesprochen werden (vgl. WALTER KÄLIN/REGINA KIENER/ANDREAS KLEY/PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2003 und 2004, in: ZBJV Band 140 2004, S. 657; LUCIEN MÜLLER, Observation von IV-Versicherten: Wenn der Zweck die Mittel heiligt, Bemerkungen zu BGE 8C_272/2011 [BGE 137 I 327] vom 11. November 2011, in: Jusletter 19. Dezember 2011, S. 5 mit Hinweisen [zitiert: MÜLLER, Jusletter]; kritisch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch GÄCHTER, a.a.O., S. 194 mit weiteren Hinweisen auf die Literatur). Selbst wenn im Übrigen von einem "relativ geringfügigen Eingriff" (vgl. hierzu BGE 137 I 331 E. 5.1) ausgegangen würde, bliebe dies aufgrund von Art. 17 Abs. 2 DSGVO ohne Relevanz für die Frage nach den normativen Anforderungen bzw. nach der Zulässigkeit des mit der gezielten und heimlichen Observation verbundenen Grundrechtseingriffs. Sodann würde eine Qualifikation des Eingriffs als "relativ leicht" nichts an den für die Legalität der Massnahme zu beachtenden Bestimmtheitsanforderungen ändern (GÄCHTER, a.a.O., S. 205). Schliesslich fordert die Lehre eine "klare und demokratisch legitimierte gesetzliche Grundlage" für die Zulässigkeit einer Observation auch deshalb, weil es sich hierbei um ein eher neues und zudem umstrittenes Phänomen im Rahmen sozialversicherungsrechtlicher Abklärungen handelt (MÜLLER, Jusletter, a.a.O., S. 8, und GÄCHTER, a.a.O., S. 204 f.).

3.2.4 Wie die Lehre und der EGMR ausführlich mit in allen Punkten überzeugender Begründung aufgezeigt haben, vermögen Art. 28 und 43 ATSG entgegen der "ziemlich freien Rechtsfindung" durch das Bundesgericht (so ausdrücklich GÄCHTER, a.a.O., S. 207, zu BGE 135 I 169) keine hinreichende Grundlage für die heimliche Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten zu bilden (MÜLLER, Jusletter, a.a.O., S. 7 mit Hinweisen und GÄCHTER, a.a.O., S. 205 und S. 207; Urteil Vukota-Bojic gegen Schweiz, a.a.O., Rz 69 ff.; ausführlich auch LUCIEN MÜLLER, Der Beizug von Observationsmaterial sowie von Videoaufzeichnungen Dritter im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, in: KIESER/LENDFERS [Hrsg.], Sachverhaltsabklärung in der Sozialversicherung, November-Tagung zum Sozialversicherungsrecht 2013, St. Gallen 2014, S. 59 ff. [zitiert: MÜLLER, Observationsmaterial]). Darauf ist zu verweisen. Im Übrigen hielt der Bundesrat die Art. 28 und 43 ATSG hinsichtlich der heimlichen Überwachungen ebenfalls nicht für genügend bestimmt. Vielmehr sah er es für notwendig an, zur "Klarstellung" eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zu schaffen, damit die Sozialversicherer "selber Beweismittel wie Überwachungsberichte oder ein Videoband erstellen dürfen" (BBI 2008 5444).

3.2.5 Das übrige einschlägige Recht enthält keine Norm, welche zumindest ansatzweise die Voraussetzungen für die Anordnung einer zielgerichteten und heimlichen Überwachung von Versicherten in der Invalidenversicherung regelt (wie etwa Schwere der Tat, die eine heimliche Überwachung rechtfertigt, Anfangsverdacht und namentlich dessen Intensität [dringend, überwiegend wahrscheinlich, möglich?] oder Verhältnis zu nicht heimlichen Abklärungsmassnahmen). Dies gilt auch für Art. 59 Abs. 5 IVG, der im Rahmen der 5. IV-Revision erlassen wurde. Dieser bestimmt, dass die IV-Stellen zur Bekämpfung des ungerechtfertigten Leistungsbezugs Spezialisten beiziehen können. Aus der parlamentarischen Debatte geht einzig hervor, dass Regelungsgegenstand der Versicherungsmissbrauch bildet (AB 2006 N 396 f.), wobei der Wortlaut der Bestimmung darüber hinausgeht, und unbekümmert um das Verhalten oder mutmassliche Verschulden der Betroffenen jede Möglichkeit eines objektiv ungerechtfertigten Leistungsbezugs zum Tatbestandsmerkmal erhebt. Näheres zum Regelungsgegenstand dieser inhaltlich vagen Norm lässt sich indessen weder den Materialien noch dem Wortlaut entnehmen. Insbesondere fehlen nähere Hinweise zu den "Spezialisten", deren Tätigkeit, der von ihnen einzusetzenden Mittel und zu den Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit sie überhaupt beauftragt werden dürfen. Auch der Personenkreis, der Gegenstand des Interesses von "Spezialisten" bilden könnten, wird nicht definiert. Damit bleibt unbestimmt und nicht vorhersehbar, welche konkreten Folgen die Norm für die möglichen Betroffenen hat. In der Lehre wird diese Betrachtungsweise geteilt. GÄCHTER gelangt ebenfalls zum Schluss, dass Art. 59 Abs. 5 IVG "äusserst dürftig gestaltet und aus rechtsstaatlicher Sicht viel zu unbestimmt" sei (GÄCHTER, a.a.O., S. 203 mit Hinweis). MÜLLER zieht nach ausführlicher Diskussion der Materialien und in Auseinandersetzung mit BGE 137 I 327 den Schluss, Art. 59 Abs. 5 IVG stelle "nicht einmal im Ansatz" eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage für die Vornahme von privatdetektivlichen Observationen im Privatbereich dar (siehe hierzu sowie zu den "irreführenden" Verweisen des Bundesgerichts auf die Literatur und Materialien MÜLLER, Jusletter, a.a.O., S. 8). Darauf kann verwiesen werden.

3.2.6 Demnach findet sich weder in Art. 59 Abs. 5 IVG noch an einem anderen Ort im Sozialversicherungsrecht ein normativer Rahmen auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe für die Durchführung der zielgerichteten und heimlichen Überwachung von Versicherten (etwa bezüglich der Dauer, der Örtlichkeiten, des betroffenen Personenkreises [dürfen auch Drittpersonen erfasst werden?], der technischen Hilfsmittel, des Überwachungsobjekts [visuell wahrnehmbares Verhalten der betroffenen Person, akustisch wahrnehmbares Verhalten der betroffenen Person, deren Post-/E-Mail-Verkehr oder Telefongespräche usw.]), der persönlichen

Voraussetzungen auf Seiten der ermittelnden Personen oder des Schutzes von Berufsgeheimnissen). Unbeteiligte Drittpersonen sind gegen heimliche Überwachungsmaßnahmen nicht geschützt (siehe dazu MÜLLER, Observationsmaterial, a.a.O., S. 103). Sie werden - wie im vorliegend zu beurteilenden Fall - von der heimlichen Observation und der daraus produzierten Datenlage ebenfalls vollumfänglich miterfasst. Es besteht keine gesetzliche Schranke zu deren Schutz, namentlich keine Regelung, dass Drittpersonen auf dem Datenmaterial unkenntlich zu machen sind. Mit dem rechtsstaatlichen Verständnis der Bundesverfassung und der darin garantierten Grundrechte unvereinbar ist sodann, dass im Bereich der Sozialversicherung keine Normen bestehen, die einen Schutz vor Willkür und Missbrauch im Umgang mit den zielgerichteten und heimlichen Überwachungen bzw. der daraus gewonnenen Daten durch den Staat oder der durch diesen beauftragten Privaten gewährleisten (vgl. auch MÜLLER, a.a.O., S. 7 f., und GÄCHTER, a.a.O., S. 202 f. und S. 207). Die vorliegend zu beurteilende heimliche und zielgerichtete Überwachung des Beschwerdeführers mit technischen Aufnahmegeräten, die zudem auch unbeteiligte Dritte erfasst, erweist sich damit mangels gesetzlicher Grundlage als verfassungs- und gesetzwidrig. Es kann damit offen bleiben, ob die weiteren kumulativ erforderlichen Voraussetzungen für den Grundrechtseingriff erfüllt sind, oder ob die gesetzwidrige Datenbeschaffung von strafrechtlicher Bedeutung ist (vgl. etwa Art. 179quater des Schweizerischen Strafgesetzbuchs [StGB; SR 311.0] oder bezüglich der im privaten Raum - etwa im I. ___-Restaurant - erfolgten Observation Art. 186 StGB; vgl. zum Ganzen auch den Entscheid des Versicherungsgerichts vom 3. März 2011, IV 2010/218, E. 2.4 f.). Am Rand bemerkt ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Beschwerdegegnerin, insbesondere nach deren Abklärungen auf Facebook (IV-act. 41), den Beschwerdeführer zunächst nicht in Nachachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes eingehend zu seinen Alltagsaktivitäten und seinem Verhalten auf Onlinemedien befragt hat, bevor sie ihn in einem mehrwöchigen Zeitraum heimlich durch Private überwachen liess.

3.2.7 Das verfassungs- und gesetzwidrig beschaffte Datenmaterial, konkret IV-act. 48 und die separate Daten-CD, ist aus den Akten zu entfernen, da dessen Verwendung einer neuerlichen Grundrechtsverletzung gleichkäme. Das psychiatrische Gutachten von Dr. G. ___ stützt seine Beurteilung der Arbeitsfähigkeit grösstenteils auf das Observationsmaterial (IV-act. 59-36, IV-act. 59-37, IV-act. 59-38 f., IV-act. 59-43 unten und IV-act. 59-44 unten) und geht im Wesentlichen in deren Deutung auf, weshalb es ebenfalls aus den Akten zu entfernen ist und keine zulässige Grundlage für die Beurteilung des Leistungsanspruchs bildet. Gleiches gilt für die RAD-Stellungnahme vom 1. Oktober 2015 (IV-act. 60) sowie für den Vorbescheid vom 17. Februar 2016 (IV-act. 62) und die angefochtene Verfügung (IV-act. 68), die in ihrer Begründung jeweils auszugsweise Ausführungen der Privatdetektive wiedergeben. Die übrige medizinische Aktenlage beruht weder auf einer umfassenden Würdigung des Gesundheitsverlaufs bis zum massgebenden Zeitpunkt des Verfügungserlasses vom 5. April 2016 noch auf einer kritischen Prüfung der Leidensangaben des Beschwerdeführers. Die Sache ist daher an die Beschwerdegegnerin zur Vornahme einer neuerlichen psychiatrischen Begutachtung zurückzuweisen. Der zu beauftragenden fachpsychiatrischen Person sind keine Akten zuzustellen, die einen Bezug zur unzulässigen Observation oder zu den darin enthaltenen Daten haben. Es dürfen ihr keine Vorakten unterbreitet werden, die ganz oder teilweise nicht gesetzeskonform beschaffte Daten enthalten. Anhaltspunkte, die ein Gerichtsgutachten erforderlich erscheinen lassen, bestehen keine, zumal im Verwaltungsverfahren noch kein sich auf eine gesetzeskonforme Voraktenlage stützendes Administrativgutachten eingeholt worden ist. Vor diesem Hintergrund erübrigen sich Weiterungen zur Beweiskraft des Gutachtens von Dr. G. ___ und dessen umstrittener Unvoreingenommenheit.

4.1 Die Beschwerde ist nach dem Gesagten dahingehend gutzuheissen, dass die angefochtene Verfügung vom 5. April 2016 aufgehoben und die Sache zur Vornahme weiterer Abklärungen im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird. Auf den Antrag des Beschwerdeführers um Eingliederungsmassnahmen ist nicht einzutreten.

4.2 Das Beschwerdeverfahren ist kostenpflichtig. Die Kosten werden nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert im Rahmen von Fr. 200.-- bis Fr. 1'000.-- festgelegt (Art. 69 Abs. 1bis IVG). Eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.-- erscheint in der vorliegend zu beurteilenden Angelegenheit als angemessen. Die Rückweisung zur Neubeurteilung gilt praxismässig als volles Obsiegen (BGE 132 V 215 E. 6.2). Somit unterliegt die Beschwerdegegnerin vollumfänglich. Sie hat deshalb die gesamte Gerichtsgebühr von Fr. 600.-- zu bezahlen. Der vom Beschwerdeführer geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.-- ist ihm zurückzuerstatten.

4.3 Gemäss Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende beschwerdeführende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Die Parteientschädigung wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen. In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO (sGS 963.75) pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr. 12'000.--. Im hier zu beurteilenden Fall erscheint eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen.

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

Die Beschwerde wird dahingehend gutgeheissen, dass die angefochtene Verfügung vom 5. April 2016 aufgehoben und die Sache zur Vornahme weiterer Abklärungen im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird.

2.

Auf den Antrag des Beschwerdeführers um Eingliederungsmassnahmen wird nicht eingetreten.

3.

Die Beschwerdegegnerin bezahlt eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.--. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.- wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

4.

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

