Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

8C 605/2017

Urteil vom 9. Mai 2018

I. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Maillard, Präsident,
Bundesrichter Frésard, Bundesrichterin Heine,
Gerichtsschreiberin Durizzo.

Verfahrensbeteiligte
IV-Stelle des Kantons St. Gallen,
Brauerstrasse 54, 9016 St. Gallen,
Beschwerdeführerin,

gegen

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Marco Bivetti,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Invalidenversicherung (Invalidenrente),

Beschwerde gegen den Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen
vom 5. Juli 2017 (IV 2016/282).

Sachverhalt:

A.

A.a. A. _____, geboren 1976, arbeitete seit dem 1. November 2004 bei der B. _____ AG als Abnehmer Linienproduktion. Nachdem er ab dem 21. Februar 2008 krank geschrieben war, meldete er sich am 15. Januar 2009 bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an unter Hinweis auf ein Taubheitsgefühl in der ganzen linken Körperhälfte und das Unvermögen, den Kopf gerade zu halten. Gemäss den Angaben des Hausarztes Dr. med. C. _____ gegenüber dem Regionalen Ärztlichen Dienst (RAD) am 16. Januar 2009 und den Berichten der Frau Dr. med. D. _____, Rheumatologie FMH, vom 22. Januar 2008, des Spitals E. _____ vom 11. März 2008, vom 21. Oktober 2008 und vom 25. Juni 2009, des Prof. Dr. med. F. _____, Neurochirurgie FMH, vom 16. Mai 2008, des Dr. med. G. _____, Neurochirurgie FMH, vom 19. Juni 2008 sowie dem Austrittsbericht der Klinik H. _____ nach einem stationären Aufenthalt vom 28. Juli bis zum 9. August 2008 litt A. _____ unter einem Zervikalsyndrom mit fixierter Fehlhaltung des Kopfes nach links sowie Schulterbeschwerden. A. _____ berichtete anlässlich eines Eingliederungsgesprächs bei der IV-Stelle des Kantons St. Gallen am 4. März 2009, er sehe sich nicht im Stande, Auto zu fahren, im Haushalt mitzuhelfen und sich um seine Kinder zu kümmern. Ab dem 10. September 2009 befand er sich in psychiatrischer Behandlung bei Dr. med. I. _____, Psychiatrie und Psychotherapie FMH (Bericht vom 24. November 2009). Gestützt auf das Gutachten der Medizinischen Abklärungsstelle MEDAS Ostschweiz, St. Gallen, vom 29. April 2010, wonach der Versicherte in leidensangepassten Tätigkeiten voll arbeitsfähig sei, lehnte die IV-Stelle den Anspruch auf eine Invalidenrente mit Verfügung vom 8. Juli 2010 ab.

A.b. Auf die Neuanmeldung vom 26. Oktober 2011 trat die IV-Stelle am 6. Juli 2012 nicht ein.

A.c. Am 12. November 2013 meldete sich A. _____ erneut zum Leistungsbezug an. Die IV-Stelle holte ein Gutachten der GA eins GmbH, Gutachtenstelle Einsiedeln (nachfolgend: GA), vom 27. Juli

2014 ein, das dem Versicherten eine volle Arbeitsunfähigkeit bescheinigte. In der Folge liess sie ihn im Zeitraum vom 17. Dezember 2015 bis zum 26. Februar 2016 überwachen (Bericht vom 7. März 2016). Am 3. Mai 2016 lud sie ihn zu einem Standortgespräch ein. Mit Verfügung vom 28. Juni 2016 ordnete sie eine bidisziplinäre (psychiatrische und rheumatologische) Begutachtung an.

B.

Die dagegen erhobene Beschwerde hiess das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen mit Entscheid vom 5. Juli 2017 teilweise gut und wies die Sache zu ergänzenden Abklärungen, das heisst zu einer erneuten polydisziplinären Begutachtung durch Experten, die noch nicht mit dem Fall des Versicherten betraut waren (E. 2.5), an die IV-Stelle zurück (Dispositiv-Ziffer 1). Es verpflichtete sie, den Überwachungsbericht vom 7. März 2016 einschliesslich der dazugehörigen DVDs sowie einer separaten Dokumentation mit Fotos aus dem Observationsvideo, die medizinische Stellungnahme der IV-Stelle, Frau Dr. med. K. _____, vom 16. März 2016 sowie je einen Auszug aus dem Protokoll des Standortgesprächs, aus dem Wahrnehmungsprotokoll der Frau Dr. med. K. _____ vom 20. Mai 2016 und aus der Beschwerdeantwort der IV-Stelle aus den Akten zu entfernen (Dispositiv-Ziffer 2).

C.

Die IV-Stelle führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheides, soweit er die Verwertung des Observationsmaterials betrifft.

A. _____ lässt auf Abweisung der Beschwerde schliessen, soweit darauf einzutreten sei, und ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Das Bundesamt für Sozialversicherungen BSV verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

Beim angefochtenen Rückweisungsentscheid handelt es sich, da das Verfahren noch nicht abgeschlossen wird und die Rückweisung auch nicht einzig der Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten dient (SVR 2008 IV Nr. 39 S. 131, 9C 684/2007 E. 1.1), um einen - selbstständig eröffneten - Vor- oder Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG (BGE 133 V 477 E. 4.2 S. 481 f. mit Hinweisen). Die Zulässigkeit der Beschwerde setzt somit - alternativ - voraus, dass der Entscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Abs. 1 lit. a) oder dass die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Abs. 1 lit. b).

Mit der vorinstanzlichen Ausschliessung der Verwertung des Observationsmaterials ist die Eintretensvoraussetzung von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG erfüllt, denn die IV-Stelle wäre damit gezwungen, das von ihr als entscheidungswesentlich angesehene Beweismaterial ausser Acht zu lassen und eine ihres Erachtens rechtswidrige Verfügung zu erlassen. Darin liegt ein nicht wieder gutzumachender Nachteil (Urteil 8C 272/2011 vom 11. November 2011 E. 1, nicht publ. in: BGE 137 I 327, aber in: SVR 2012 IV Nr. 26 S. 107; Urteil 8C 192/2017 vom 25. August 2017 E. 1.2).

2.

Mit der beantragten Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides verbindet sich unmissverständlich der Antrag auf Bestätigung der Verfügung vom 28. Juni 2016, weshalb das rein kassatorisch gestellte Rechtsbegehren der IV-Stelle (Art. 107 Abs. 2 BGG; BGE 137 II 313 E. 1.3 S. 317) ohne Weiteres zulässig ist (Urteil 8C 235/2017 vom 23. November 2017 E. 2.1).

3.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss den Art. 95 f. BGG erhoben werden. Eine - für den Ausgang des Verfahrens entscheidende (vgl. Art. 97 Abs. 1 BGG) - vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung kann das Bundesgericht nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG).

4.

Streitig und zu prüfen ist, ob der vorinstanzliche Rückweisungsentscheid vor Bundesrecht standhält, soweit das kantonale Gericht damit die Observation als unzulässig erachtete und die Verwertung des Observationsmaterials und der sich darauf beziehenden Dokumente verbot beziehungsweise deren Vernichtung anordnete.

5.

Das kantonale Gericht stellte unter Hinweis auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Sachen Vukota-Bojic gegen die Schweiz vom 18. Oktober 2016 (61838/10) fest, dass die heimliche und zielgerichtete Überwachung des Versicherten im öffentlichen und privaten Raum, die auch Dritte miterfasst habe, verfassungs- und gesetzeswidrig sei. Das auf dieser Basis beschaffte Datenmaterial sei, ebenso wie die gestützt darauf verfassten Akten, zu vernichten.

Die beschwerdeführende IV-Stelle macht geltend, dass die Überwachung rechtmässig gewesen und das dabei erhobene Beweismaterial verwertbar sei.

6.

6.1. Der EGMR hat im erwähnten Urteil Vukota-Bojic gegen die Schweiz über die EMRK-Konformität einer Observation, die im Auftrag eines (sozialen) Unfallversicherers durch einen Privatdetektiv erfolgt war, befunden. Er erkannte, dass eine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine Observation nicht besteht, weshalb er auf eine Verletzung von Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privatlebens) schloss. Hingegen verneinte er eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (Gebot eines fairen Verfahrens) durch die erfolgte Verwendung der Observationsergebnisse.

6.2. Das Bundesgericht hat unter Berücksichtigung der betreffenden Erwägungen des EGMR entschieden, dass es trotz Art. 59 Abs. 5 IVG ("Zur Bekämpfung des ungerechtfertigten Leistungsbezugs können die IV-Stellen Spezialisten beiziehen") auch im Bereich der Invalidenversicherung an einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage fehlt, die die Observation umfassend klar und detailliert regelt. Folglich verletzen solche Handlungen, seien sie durch den Unfallversicherer oder durch eine IV-Stelle veranlasst, Art. 8 EMRK beziehungsweise den einen im Wesentlichen gleichen Gehalt aufweisenden Art. 13 BV (BGE 143 I 377).

6.3. Was die Verwendung des im Rahmen der widerrechtlichen Observation gewonnenen Materials anbelangt, richtet sich diese allein nach schweizerischem Recht. Das Bundesgericht hat in BGE 143 I 377 im Wesentlichen erkannt, dass die Verwertbarkeit der Observationsergebnisse (und damit auch der gestützt darauf ergangenen weiteren Beweise) grundsätzlich zulässig ist, es sei denn, bei einer Abwägung der tangierten öffentlichen und privaten Interessen würden diese überwiegen (E. 5.1.1 S. 385 f.). Mit Blick auf die gebotene Verfahrensfairness hat es sodann in derselben Erwägung (mit Hinweisen) eine weitere Präzisierung angebracht: Eine gegen Art. 8 EMRK verstossende Videoaufnahme ist verwertbar, solange Handlungen des "Beschuldigten" aufgezeichnet werden, die er aus eigenem Antrieb und ohne äussere Beeinflussung machte, und ihm keine Falle gestellt worden war. Ferner hat es erwogen, dass von einem absoluten Verwertungsverbot wohl immerhin insoweit auszugehen ist, als es um Beweismaterial geht, das im nicht öffentlich frei einsehbaren Raum zusammengetragen wurde (E. 5.1.3 S. 386; SVR 2017 IV Nr. 89 S. 277, 8C 69/2017 E. 4; SZS 2017 S. 546, 8C 735/2016 E. 5.3.6; Urteile 8C 570/2016 vom 8. November 2017 E. 1.5 und 1.6; 8C 45/2017 vom 26.

Juli 2017 E. 4; vgl. zum öffentlich einsehbaren Raum: BGE 137 I 327; Urteil 8C 830/2011 vom 9. März 2012 E. 6.4).

Das Bundesgericht hat des Weiteren erkannt, dass teilweise als unzulässig zu qualifizierende (weil nicht im öffentlich frei einsehbaren Raum angefertigte) Videosequenzen nicht zur Unverwertbarkeit eines Überwachungsberichts als Ganzem führt (Urteil 8C 570/2016 vom 8. November 2017 E. 2.2 und 2.3).

7.

7.1. Mit Rücksicht auf diese Rechtsprechung ist mit dem kantonalen Gericht eine Verletzung von Art. 8 EMRK und Art. 13 BV und Unzulässigkeit der Observation festzustellen. Hingegen erweist sich der angefochtene Entscheid insoweit als bundesrechtswidrig, als er die Verwertbarkeit der Observationsergebnisse betrifft und ohne Weiteres deren Vernichtung angeordnet wurde. Es bleibt zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Verwertung erfüllt sind.

7.2. Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung ist zunächst zu berücksichtigen, dass sich in den Akten nach den vorinstanzlichen Feststellungen zahlreiche Anhaltspunkte für Inkonsistenzen und Aggravation fänden. Zudem habe der Versicherte mehrere Fragen der Gutachter zum Suchtmittelkonsum und zur Medikamenteneinnahme tatsachenwidrig beantwortet. Damit bestanden hinreichende Gründe zur Veranlassung einer Überwachung.

Die Observation erfolgte am 17. und am 22. Dezember 2015, am 22. Januar sowie am 5., am 19.

und am 26. Februar 2016, also an sechs Tagen, wobei der Versicherte an zwei Tagen nicht beobachtet werden konnte. Er hielt sich dabei etwa an einer Tankstelle, auf dem Areal eines Autooccasionsmarktes oder in einem Restaurant auf. Dokumentiert ist des Weiteren, wie der Versicherte auf dem Balkon seiner im zweiten Stock gelegenen Wohnung zusammen mit einer anderen Person mit einem Lattenrost hantiert, wobei dieser über das Geländer gehoben und nach unten abgeseilt wird.

Da sich die Überwachung auf einen verhältnismässig kurzen Zeitraum beschränkte und es sich bei den beobachteten Tätigkeiten um unbeeinflusste alltägliche Verrichtungen im öffentlich einsehbareren Raum handelte, war die Privatsphäre des Versicherten durch die Observation nur geringfügig betroffen. Dies gilt insbesondere auch für die auf dem Balkon gefilmte Szene. Wie dem in den Akten befindlichen Situationsplan und weiteren Fotos zu entnehmen ist, handelte es sich dabei um einen strassenseitigen Balkon. Es kann deshalb nicht von einer schweren Verletzung der Persönlichkeit ausgegangen werden. Dem gegenüberzustellen gilt es das Interesse des Versicherungsträgers und der Versicherungsgemeinschaft, unrechtmässige Leistungsbezüge abzuwenden. Dieses ist unter den hier gegebenen Umständen höher zu gewichten als das Interesse des Versicherten an einer unbehelligten Privatsphäre. Damit können im vorliegenden Fall die ohne ausreichende gesetzliche Grundlage erhobenen Observationsergebnisse in Form des entsprechenden Berichts sowie der Foto- und Videoaufnahmen (uneingeschränkt) verwertet werden. Gleiches gilt auch für die danach ergangenen weiteren Beweise wie namentlich die Aufzeichnungen der IV-Ärztin Dr. med. K. _____ (medizinische

Stellungnahme vom 16. März 2016 sowie das Protokoll vom 20. Mai 2016 über ihre Wahrnehmungen anlässlich des Standortgesprächs). Sie sind bei den von der IV-Stelle nach dem Entscheid des kantonalen Gerichts in die Wege zu leitenden weiteren medizinischen Abklärungen zu berücksichtigen.

8.

Das Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 65 BGG). Die Gerichtskosten werden dem unterliegenden Beschwerdegegner auferlegt (Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG). Die unentgeltliche Rechtspflege (im Sinne der vorläufigen Befreiung von den Gerichtskosten und der unentgeltlichen Verbeiständung, Art. 64 Abs. 1 und Abs. 2 BGG) kann gewährt werden. Es wird indessen ausdrücklich auf Art. 64 Abs. 4 BGG aufmerksam gemacht, wonach die begünstigte Partei der Bundesgerichtskasse Ersatz zu leisten haben wird, wenn sie später dazu im Stande ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Dispositiv-Ziffer 2 des Entscheids des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 5. Juli 2017 wird aufgehoben.

2.

Dem Beschwerdegegner wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und Rechtsanwalt Marco Bivetti wird als unentgeltlicher Anwalt bestellt.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 800.- werden dem Beschwerdegegner auferlegt, indes vorläufig auf die Bundesgerichtskasse genommen.

4.

Dem Rechtsvertreter des Beschwerdegegners wird aus der Bundesgerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 2'800.- ausgerichtet.

5.

Die Sache wird zur Neuverlegung der Kosten und der Parteientschädigung des vorangegangenen Verfahrens an das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen zurückgewiesen.

6.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 9. Mai 2018

Im Namen der I. sozialrechtlichen Abteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Maillard

Die Gerichtsschreiberin: Durizzo