

# **GR\_GERICHTE R 2012 15 vom 10. Juli 2012**

GR Gerichte, 2012-07-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_R\\_2012\\_15](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_R_2012_15)

FR: GR\_GERICHTE R 2012 15 du 10 juillet 2012

IT: GR\_GERICHTE R 2012 15 del 10 luglio 2012

## **Regeste**

Baugesuch | Baurecht

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Am 19. Januar 2010 fand auf Veranlassung der Suva ein ambulantes Assessment in einer Rehaklinik statt; im Bericht dazu werden als aktuelle Probleme erhebliche Symptomausweitung, ständige Kopf- und Nackenschmerzen, Epistaxis, orthostatischer Schwindel, Tinnitus rechts, Schlafstörungen und der Verdacht auf psychische Störung genannt. Vom 4. bis 24. Februar 2010 unterzog sich der Beschwerdeführer einer stationären Rehabilitation in der Rehaklinik. Im Austrittsbericht wurde im Wesentlichen eine HWS Distorsion QTF II mit Restbeschwerden myofaszialer Genese und mit einem maladaptiven Überzeugungs- und Bewältigungsmuster diagnostiziert. Wiederum wurde auf eine erhebliche Symptomausweitung hingewiesen. Es wurde ausgeführt, dass bei gutem Effort eine bessere Leistung hätte erbracht werden können, als bei den Leistungstests und im Behandlungsprogramm gezeigt worden sei. Infolge Selbstlimitierung hätten die zu erwartenden Verbesserungen bezüglich Funktion und Belastbarkeit

nicht erreicht werden können. Das Ausmass der demonstrierten physischen Einschränkungen lasse sich mit den objektivierbaren pathologischen Befunden der klinischen Untersuchung und mit den bildgebenden Abklärungen nur ungenügend erklären. Die Arbeitsfähigkeit wurde ab dem 1. März 2010 für die bisherige Tätigkeit als Elektromonteur und für andere leichte bis mittelschwere Arbeiten mit 50 % angegeben. Dazu wurde ausgeführt, innert der nächsten zwei bis drei Monate sollte der Explorand eine volle Arbeitsfähigkeit erreichen. Gestützt auf diese Einschätzung richtete die Suva ab März 2010 die Taggelderleistungen nur noch zu 50 % aus.

### **E. 3**

Mit Bericht vom 10. Mai 2010 hielt Dr. med. ..., Facharzt für Allgemeine- und Unfallchirurgie sowie zertifizierter medizinischer Gutachter SIM, zu der gleichentags durchgeführten vertrauensärztlichen Untersuchung zu Handen der Arbeitslosenversicherung fest, der Patient leide jetzt nicht nur an Kopf- und Nackenschmerzen, sondern auch an rechtsbetonten beidseitigen Schulterschmerzen, Vorderarmschmerzen, diffusen Thoraxschmerzen usw. Es bestehe eine chronische Schmerzsymptomatik mit massiver Symptomausweitung, Selbstlimitierung und Übergang in eine somatoforme Schmerzstörung. Die Arbeitsfähigkeit für leichte bis mittelschwere Arbeiten liege bei 50 %. Mit Bericht vom 17. Mai 2010 führte Dr. med. ... von den Psychiatrischen Diensten Graubünden aus, der Explorand sei aus psychiatrischer Sicht zu 100 % arbeitsfähig.

#### **E. 4**

Ein vom Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum arrangierter Einsatz in einem Beschäftigungsprogramm mit Beginn ab dem 5. Juli 2010 scheiterte, weil der Beschwerdeführer gemäss Angabe des Verantwortlichen bei der Stiftung Öko-Job ohne Entschuldigung nicht am Arbeitsplatz erschienen sei, keine Arztzeugnisse vorgelegt habe und die vereinbarten Arbeitszeiten nicht eingehalten habe.

#### **E. 5**

Mit Bericht vom 15. Juli 2010 diagnostizierte der behandelnde Psychotherapeut Dr. phil. ... eine Anpassungsstörung nach Autounfall mit gemischter Störung von Gefühlen und Sozialverhalten sowie eine

mittelgradig depressive Episode. Mit Schreiben vom 27. Juli 2010 gab Dr. phil. ... an, der Patient vermöge zwei bis drei Mal pro Woche einen Einsatz von zwei bis drei Stunden zu leisten. Vom 24. bis 29. November 2010 war der Beschwerdeführer in der Klinik ... hospitalisiert.

#### **E. 6**

Die Versicherung, involviert als Haftpflichtversicherer der Autolenkerin, welche den Unfall vom 2. November 2009 verursacht hatte, liess der Beschwerdeführer vom 21. Mai bis zum 14. September 2010 überwachen. Im Ermittlungsbericht vom 8. Oktober 2010 wurde festgehalten, dass die Zielperson wiederholt Einkäufe erledigt und im Schrebergarten Gartenarbeiten ausgeführt habe. Offensichtliche körperliche Behinderungen hätten nicht festgestellt werden können, insgesamt sei die Zielperson altersentsprechend vital, mobil, geschmeidig und agil wahrgenommen worden.

#### **E. 7**

Im Aktengutachten vom 3. Mai 2011 führten Dr. med. ..., Facharzt Psychiatrie und Psychotherapie, und Dr. med. ..., Facharzt Neurologie, von der Rehaklinik aus, die medizinische Aktenlage präsentiere sich per Ende 2010 so, dass ein unscharfes, verwirrt und plakativ vorgetragenes Beschwerdebild bestanden habe. Medizinisch begründbare Einschränkungen hätten weder somatisch noch psychiatrisch dokumentiert werden können. Das ausführliche und sorgfältig dokumentierte Observationsmaterial zeige nun einen Mann mit unbehindertem Bewegungsmuster in Ausübung von verschiedenen leichten bis mittelschweren Tätigkeiten im Alltag und zudem auch eine uneingeschränkte sozialkommunikative Beweglichkeit im öffentlichen Raum. Aufgrund des Observationsmaterials liessen sich keine körperlichen und psychischen Einschränkungen erkennen. Das Verhalten des Versicherten sei aus einer Gesamtsicht heraus nicht nur als maladaptiv und selbstlimitierend im Sinne einer so genannten Symptomausweitung zu werten, sondern in eindeutiger Weise als bewusst gesteuerte Vorgabe von Beschwerden und Verhaltenseinschränkungen, die effektiv nicht bestünden.

#### **E. 8**

Am 7. April 2011 diagnostizierte der Kardiologe Dr. med. ... eine koronare Herzkrankheit und wies den Beschwerdeführer gleichentags ins Kantonsspital Chur ein, wo er bis zum 9. April 2011 hospitalisiert war. Am

#### **E. 13**

Mai 2011 die schwere koronare 3-Gefässerkrankung mit chronischen Verschlüssen, Stenosen und mittelschwer eingeschränkter linksventrikulärer Pumpfunktion operiert und fünf Bypässe eingesetzt. Im Operationsbericht vom 13. Mai 2011 wurde ausgeführt, seit Januar 2011 seien rezidivierende retrosternale Schmerzen und Anstrengungsdyspnoe aufgetreten. Aus all dem erhellt, dass die Herzkrankheit frühestens ab November 2010 deutlich und anhaltend in Erscheinung trat. In der Zeit davor, insbesondere während der Zeit der Observation, hatten die Thorax- beziehungsweise Herzbeschwerden noch untergeordnete Bedeutung. d) Die vom 21. Mai bis zum 14. September 2010 durchgeführte Observation ergab, dass der Beschwerdeführer im Überwachungszeitraum wiederholt Einkäufe tätigte und seinen Schrebergarten aufsuchte, um dort Gartenarbeiten zu verrichten. Im Observationsbericht wurde dazu ausgeführt, offensichtliche körperliche Behinderungen hätten nicht festgestellt werden können; insgesamt sei die Zielperson altersentsprechend vital, mobil, geschmeidig und agil wahrgenommen worden. Sie habe wiederholt den rund zwei Kilometer langen Weg von der Wohnung zum Schrebergarten zügig zu Fuss zurückgelegt und mässig schwere Lasten (Einkaufstasche, Giesskanne, Bündel mit Ästen) problemlos gehoben und getragen. Anzeichen von Schmerz seien nie ersichtlich gewesen. Der Beschwerdeführer macht geltend, es könne nicht auf diesen Bericht abgestellt werden, das Observationsmaterial zeige wahrscheinlich bloss belastende Zusammenschnitte. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Auftrag für die Observation wurde aufgrund eines nachvollziehbaren Anfangsverdachts erteilt. In ihrem Schreiben vom 15. Februar 2011 führte die ... Versicherungen aus, am 7. Mai 2010 habe ein Schadenexperte den

Beschwerdeführer zu Hause besucht. Bei diesem Besuch habe der Beschwerdeführer ausgesagt, er halte sich nur noch auf Kissen am Boden sitzend in der Wohnung auf. Er könne seinen Schrebergarten nicht mehr pflegen und gehe nur selten kurze Spaziergänge machen. Er könne sich auch nicht mehr um seine Fische und Kanarienvögel kümmern. Diese Aussage habe im Widerspruch dazu gestanden, dass der Beschwerdeführer im weiteren Verlauf des Gesprächs erwähnt habe, er habe selber eine Trennwand beziehungsweise eine Holzabdeckung für die neue Wohnung gemacht, und dass er ohne Einschränkungen oder Anzeichen von Schmerz aufgestanden sei, um sein Werk zu zeigen. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ergeben sich aus den bei den Akten liegenden Observationsunterlagen keine Anzeichen dafür, dass bei der Erstellung des Observationsberichtes nur belastendes Material verwendet worden wäre.

Bezeichnenderweise unterlässt es der Beschwerdeführer denn auch, seine pauschale Kritik konkret zu begründen. Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, die Interpretation der Videoaufnahmen sei in wichtigen Punkten tendenziös. Er bezieht sich dabei auf die Kommentare zu den Fotos 47 und 48 und bemängelt, die Bilder würden in dem Sinne interpretiert, dass er die Giesskanne gefüllt und dann im Treibhaus über Kopfhöhe Pflanzen gegossen habe. Dies trifft nicht zu. Der Kommentar zu Foto 47 lautet, die Zielperson bringe die Giesskanne „wohl zum Bewässern der Beete“ ins Treibhaus. Und der Kommentar zu Foto 48 besagt klar und deutlich, dass der Beschwerdeführer die Giesskanne in die linke Hand gewechselt habe, um mit der rechten, freien Hand über Kopfhöhe am Gewölbedach des Treibhauses eine nicht im Detail zu erkennende, filigrane Verrichtung vorzunehmen. Weitere Beispiele für angeblich tendenziöse Interpretationen macht der Beschwerdeführer nicht geltend und solche sind aus den Observationsunterlagen samt DVD auch nicht ersichtlich. e) Dr. med. ..., Facharzt Psychiatrie und Psychotherapie, und Dr. med. ..., Facharzt Neurologie, von der Rehaklinik gaben in ihrem Aktengutachten vom 3. Mai 2011 an, der Wertung im Observationsbericht sei darin zuzustimmen, dass die körperlichen

Bewegungsmuster agil und ungehindert gewesen seien. Insbesondere sei der Beschwerdeführer in der Lage

gewesen, im Gehen auch einen Einbeinstand auszuführen, den Kopf in erheblichem Ausmass spontan auf beide Seiten zu wenden, sich zu bücken, Dinge vom Boden aufzuheben und beidhändig in Bodennähe zu arbeiten. Das Observationsmaterial zeige einen Mann mit unbehindertem Bewegungsmuster in Ausübung von verschiedenen leichten bis mittelschweren Tätigkeiten im Alltag und zudem auch eine uneingeschränkte sozialkommunikative Beweglichkeit im öffentlichen Raum. Aufgrund des Observationsmaterials liessen sich keine körperlichen und psychischen Einschränkungen erkennen. Diese Beobachtung stehe im klaren Gegensatz zu den Angaben des Beschwerdeführers und seiner Familie, wonach der er praktisch nur noch in Begleitung ausser Haus gehen könne, sich im Wesentlichen auf dem Boden sitzend zu Hause aufhalte und sich nicht mehr um den Schrebergarten kümmern könne. Aus allem sei medizinisch der Schluss zu ziehen, dass der Beschwerdeführer vollschichtig für leichte bis mittelschwere Arbeiten zumutbarerweise einsetzbar sei. Das präsentierte Beschwerdemuster und Verhalten nach dem Verkehrsunfall sei wahrscheinlich mindestens ab Februar 2010 als überwiegend bewusst gesteuerte Darstellung zu werten. Spätestens gelte dies ab Beginn der Observation. Auf diese Beurteilung der Dres. med. ... und ... hat die Beschwerdegegnerin zu Recht abgestellt. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers schmälert die Tatsache, dass die Gutachter nichts von der Herzkrankheit wussten, die Beweiskraft ihrer Beurteilung nicht. Denn selbst wenn der Beschwerdeführer damals schon an gewissen - wie sich gezeigt hat allerdings noch wenig ausgeprägten - Herzbeschwerden gelitten haben sollte, haben diese ihn offensichtlich nicht daran gehindert Aktivitäten nachzugehen, welche einer leichten bis mittelschweren Arbeitstätigkeit entsprechen. Der Beschwerdeführer kritisiert die Interpretation des Observationsmaterials durch die Dres. ... und ...; einkaufen zu gehen, relativ locker zu laufen und sich im Schrebergarten zu beschäftigen sei doch etwas anderes, als einer regelmässigen Arbeitstätigkeit nachzugehen. Dieser Einwand ist unbehelflich. Aufgrund der Aktenlage, insbesondere aufgrund der Visionierung der Observations-DVD durch das Gericht, erscheint die Beurteilung der Dres. ... und ... schlüssig und nachvollziehbar, und ihre Einschätzung der Arbeitsfähigkeit ist nicht zu beanstanden.

f) Der Beschwerdeführer beruft sich auf seinen Hausarzt, Dr. med. ..., welcher in seinem Schreiben vom 8. Dezember 2011 an den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers angibt, der Patient sei im Herbst 2010 aufgrund einer mittelgradigen depressiven Reaktion und einer koronaren Herzkrankheit nicht arbeitsfähig gewesen. Darauf kann nicht abgestellt werden. Dr. med. ... standen offensichtlich nicht sämtliche massgebenden Akten zur Verfügung, insbesondere ergeben sich aus seinem Schreiben auch keine Hinweise darauf, dass er über das Observationsmaterial verfügte. Aus seinem Schreiben wird deutlich, dass er fälschlicherweise davon ausging, der Beschwerdeführer habe im Überwachungszeitraum bloss kleine Spaziergänge gemacht. Dass der Beschwerdeführer deutlich grössere Belastungen wie zum Beispiel Gartenarbeiten mit Heben und Tragen erheblicher Gewichte symptomfrei bewältigte, wusste er nicht. Die Ausführungen von Dr. med. ... zu der koronaren Herzerkrankung stehen zudem im Widerspruch dazu, dass diese Krankheit beim Beschwerdeführer frühestens ab November 2010 deutliche und anhaltende Symptome verursachte (vgl. vorne Erw. 3c). Als Facharzt für Innere Medizin ist Dr. med. ... sodann nicht qualifiziert, die psychiatrischen Aspekte zu beurteilen. Diesbezüglich ist vielmehr auf den Bericht von Dr. med. ... von den Psychiatrischen Diensten Graubünden vom 17. Mai

2010 über die vertrauensärztliche Untersuchung abzustellen. Dr. med. ... schloss eine relevante affektive Störung beziehungsweise eine Depression aus und schätzte den Beschwerdeführer aus psychiatrischer Sicht zu 100 % arbeitsfähig ein. Und schliesslich ist in Bezug auf Berichte von Hausärzten auch der Erfahrungstatsache Rechnung zu tragen, dass sie mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen (BGE 125 V 351 E. 3b/cc; Urteil des Bundesgerichts 8C\_366/2007 vom 14. Januar 2008 E. 2). g) Die Erkenntnisse aus der Observation stehen in offensichtlichem Widerspruch zu den Aussagen und dem Verhalten des Beschwerdeführers gegenüber Ärzten und Behörden. Die folgenden Beispiele zeigen den Widerspruch besonders anschaulich auf. Während des stationären

Aufenthalts in der Rehaklinik im Februar 2010 wurde der Beschwerdeführer dem so genannten Basistest unterzogen. Dabei zeigte er beim Gehen während 3 Minuten grosse Probleme; er machte lange Pausen und tastete sich teilweise der Wand entlang. Beim Heben zeigte er bereits bei einer Last von 2.5 kg Probleme und eine „demonstrative Pressatmung“. Und den Versuch, Arbeiten über Kopfhöhe auszuführen, brach er nach kürzester Zeit ab. Demgegenüber zeigte er nur kurze Zeit später während der Observation keinerlei Probleme damit, den rund zwei Kilometer langen Weg von seiner Wohnung zum Schrebergarten in zügigem Tempo zu laufen, eine Einkaufstasche (Foto 20) oder die Giesskanne zu tragen (Fotos 32 und 47) und über Kopf eine Verrichtung am Gewölbedach des Gewächshauses vorzunehmen (Foto 48). Weiter zeigte der Beschwerdeführer in der Rehaklinik grosse Einschränkungen in der Beweglichkeit der HWS (Reklination zu 2/3 eingeschränkt, Inklination zu 1/3, Rotation beidseits zu 2/3). Während der Observation hingegen zeigte er eine auffallend gute Beweglichkeit der HWS; beim Gehen drehte er oft den Kopf weit zur Seite, um etwas zu beobachten (zum Beispiel Fotos 7 und 8), beim Einkaufen legte er beim Betrachten von Ware in vorgeneigter Haltung den Kopf mit einer flüssigen Bewegung in den Nacken (Foto 10) und drehte ihn aus dieser zurückgeneigten Position sogar noch zur Seite (Foto 14). h) Anlässlich einer Besprechung mit der Beschwerdegegnerin am 14. April 2010 gab der Beschwerdeführer an, er leide nach wie vor unter Kopf- und Nackenschmerzen; er gehe ab und zu spazieren, ansonsten sei er zuhause. Anlässlich der Besprechung vom 20. Juli 2010 gab der Beschwerdeführer an, es gehe ihm immer noch gleich schlecht. Er mache kurze Spaziergänge und sei sonst zuhause. Anlässlich des Assessments vom 20. August 2010 schilderte der Beschwerdeführer seinen Alltag als trostlos und von den gesundheitlichen Problemen dominiert, Hobbys habe er keine mehr. Diese Aussagen erweisen sich angesichts der Ergebnisse der Observation und angesichts deren Beurteilung durch die Dres. med. ... und ... als nicht den Tatsachen entsprechend, war doch der Beschwerdeführer, wie sich im Rahmen der Observation gezeigt hat, in Tat und Wahrheit weit aktiver als gegenüber der Beschwerdegegnerin dargestellt. Er ging einkaufen, legte

den recht weiten Weg von der Wohnung zum Schrebergarten zu Fuss zurück und verrichtete diverse Arbeiten im Schrebergarten. Dabei war von den geklagten Kopf- und Nackenschmerzen nichts zu erkennen. i) In ihrem Aktengutachten werteten die Dres. med. ... und ... von der Rehaklinik das Verhalten des Beschwerdeführers aus einer Gesamtsicht heraus nicht nur als maladaptiv und selbstlimitierend im Sinne einer so genannten Symptomausweitung, sondern in eindeutiger Weise als bewusst gesteuerte Vorgabe von Beschwerden und Verhaltenseinschränkungen, die effektiv nicht bestünden. Auf diese Beurteilung hat die Beschwerdegegnerin zu Recht abgestellt. Die Widersprüche zwischen

dem Verhalten des Beschwerdeführers während der Observation und seinem Verhalten gegenüber der Beschwerdegegnerin und gegenüber den involvierten Ärzten lassen sich sinnvollerweise nur dadurch erklären, dass der Beschwerdeführer bewusst Beschwerden und Einschränkungen vortäuschte, um in den Genuss von Versicherungsleistungen zu kommen. Dabei musste er sich darüber im Klaren sein, dass er mit den falschen Angaben bezüglich seiner Aktivitäten und körperlichen Möglichkeiten unrechtmässig in den Genuss von Versicherungsleistungen kam. Somit kann er offensichtlich nicht als gutgläubig im Sinne von Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG qualifiziert werden. 4. Damit ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer die unrechtmässig bezogenen Leistungen nicht in gutem Glauben empfangen hat. Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich zu prüfen, ob eine grosse Härte vorliegt, da für die Gewährung eines Erlasses die Kriterien des guten Glaubens und der grossen Härte kumulativ erfüllt sein müssen (Art. 25 Abs. 1 ATSG). Die Beschwerdegegnerin hat somit das Gesuch des Beschwerdeführers, auf die Rückforderung von Fr. 17'257.-- zu verzichten, zu Recht mangels Vorliegen des guten Glaubens abgewiesen. Der Einspracheentscheid erweist sich damit als rechtmässig und die Beschwerde ist abzuweisen.

5. Gerichtskosten werden keine erhoben, da das kantonale Beschwerdeverfahren im Bereich des Sozialversicherungsrechts gemäss Art. 61 lit. a ATSG grundsätzlich kostenlos ist. 6. Der Beschwerdeführer hat die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands beantragt. Nach Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV; SR 101) hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand (vgl. auch Art. 61 lit. f ATSG sowie Art. 76 des kantonalen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRG; BR 370.100]). Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Beschwerdeverfahren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren, und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Beschwerdeverfahren entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt, in welchem das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt wurde (BGE 138 III 217 E. 2.2.4 S. 218, 125 II 265 E. 4b). Im Lichte der oben gemachten Ausführungen zeigt sich ohne weiteres, dass sich der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer der Aussichtslosigkeit des vorliegenden Verfahrens von vornherein hätte im Klaren sein können und müssen. Entsprechend ist sein Antrag um Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands abzuweisen. Demnach erkennt das Gericht: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. 3. Der Antrag des Beschwerdeführers auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes wird abgelehnt.