

BVGer B-8479/2010 vom 17. September 2013

Bundesverwaltungsgericht, 2013-09-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-8479_2010

FR: TAF B-8479/2010 du 17 septembre 2013

IT: TAF B-8479/2010 del 17 settembre 2013

Regeste

Rentenrevision

Erwägungen

E. 1

Mit den angefochtenen Verfügungen vom 2. und 23. November 2010 hat die IVSTA einerseits einen Rentenanspruch sowie andererseits einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Verwaltungsverfahren verneint. Diesbezüglich ist festzustellen, dass grundsätzlich jeder vorinstanzliche Entscheid ein selbstständiges Anfechtungsobjekt bildet. Auf Grund des engen persönlichen und sachlichen Zusammenhangs rechtfertigt es sich vorliegend jedoch, die beiden Verfahren zu vereinigen und in einem einzigen Urteil zu erledigen (vgl. BGE 129 V 237 E. 1 mit Hinweisen und BGE 123 V 214 E. 1; BGE 128 V 124 E. 1 mit Hinweisen; zur Vereinigung von Verfahren vgl. auch Handbücher für die Anwaltspraxis, Band X, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Moser/Beusch/Kneubühler, Basel, 2008, Ziff. 3.17 S. 114).

E. 2

Gemäss Art. 19 Abs. 3 VGG sind die Richter und Richterinnen des Bundesverwaltungsgerichts zur Aushilfe in anderen Abteilungen verpflichtet. Die Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts hat das vorliegende Beschwerdeverfahren im Zuge einer Entlastungsmassnahme der Abteilung III übernommen. Die ursprüngliche Verfahrensnummer C-8479/2010 wurde daher auf B-8479/2010 geändert.

E. 3.1

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) in Verbindung mit Art. 33 lit. d VGG und Art. 69 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden von Personen im Ausland gegen Verfügungen der IV-Stelle für Versicherte im Ausland. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor.

E. 3.2

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das VGG nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 37 VGG). Gemäss Art. 3 lit. dbis VwVG bleiben in sozialversicherungsrechtlichen Verfahren die besonderen Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG, SR 830.1) vorbehalten. Gemäss Art. 2 ATSG sind die Bestimmungen dieses Gesetzes auf die bundesgesetzlich geregelten Sozialversicherungen anwendbar, wenn und

soweit die einzelnen Sozialversicherungsgesetze es vorsehen. Nach Art. 1 IVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die Invalidenversicherung anwendbar (Art. 1a bis 70 IVG), soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht. Dabei finden nach den allgemeinen inter-temporalrechtlichen Regeln in formellrechtlicher Hinsicht mangels anders-lautender Übergangsbestimmungen grundsätzlich diejenigen Rechtssätze Anwendung, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2).

E. 3.3

Hinsichtlich der Legitimation ist vorab festzuhalten, dass bei Auseinandersetzungen um die unentgeltliche Verbeiständung dem Rechtsvertreter bezüglich der Höhe des Honorars Parteistellung zukommt, nicht je-doch der vertretenen Partei. In Beschwerdeverfahren gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung kommt der vertretenen Partei lediglich Parteistellung zu, sofern mit der angefochtenen Verfügung die unentgeltliche Prozessführung grundsätzlich verweigert wurde (vgl. zum Ganzen Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2009, Art. 59 Rz. 8), was vorliegend der Fall ist. Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtenen Verfügungen berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung, so dass er im Sinne von Art. 59 ATSG beschwerdelegitimiert ist.

E. 3.4

Da die Beschwerden im Übrigen frist- und formgerecht (Art. 60 Abs. 1 ATSG und Art. 52 Abs. 1 VwVG) eingereicht wurden, ist darauf einzutreten.

E. 4

Im Folgenden sind vorab die im vorliegenden Verfahren anwendbaren Normen und Rechtsgrundsätze darzustellen.

E. 4.1

Der Beschwerdeführer ist Staatsangehöriger von Kosovo. Nach dem Zerfall der Föderativen Volksrepublik Jugoslawien blieben zunächst die Bestimmungen des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Föderativen Volksrepublik Jugoslawien über Sozialversicherung vom 8. Juni 1962 (SR 0.831.109.818.1) für alle Staatsangehörigen des ehemaligen Jugoslawiens anwendbar (vgl. BGE 126 V 198 E. 2b, BGE 122 V 381 E. 1 mit Hinweisen). Zwischenzeitlich hat die Schweiz mit Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawiens (Kroatien, Slowenien, Mazedonien), nicht aber mit Serbien und Kosovo neue Abkommen über soziale Sicherheit abgeschlossen. In Bezug auf Kosovo wird das Sozialversicherungsabkommen mit Jugoslawien seit dem 1. April 2010 nicht mehr weitergeführt (BGE 139 V 263 und das zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts 8C_109/2013 vom 8. Juli 2013). Für den Beschwerdeführer als Bürger des Kosovo findet demnach das schweizerisch-jugoslawische Sozialversicherungsabkommen vom 8. Juni 1962 insoweit Anwendung, als Sachverhalte zu beurteilen sind, die sich vor dem 1. April 2010 ereignet haben (vgl. E. 2.2 hiernach). Nach Art. 2 dieses Abkommens stehen die Staatsangehörigen der Vertragsstaaten in ihren Rechten und Pflichten aus den in Art. 1 genannten Rechtsvorschriften, zu welchen die schweizerische Bundesgesetzgebung über die IV gehört, einander gleich, soweit nichts anderes bestimmt ist. Bestimmungen, die hinsichtlich der Voraussetzungen des Anspruchs auf eine schweizerische Invalidenrente und der anwendbaren Verfahrensbestimmungen von dem in Art. 2 des Abkommens aufgestellten Grundsatz der Gleichstellung abweichen, finden sich weder im Abkommen

selbst noch in den seitherigen schweizerisch-jugoslawischen Vereinbarungen. Die Frage, ob und gegebenenfalls ab wann ein Anspruch des Beschwerdeführers auf Leistungen der IV besteht, bestimmt sich demnach allein aufgrund der schweizerischen Rechtsvorschriften resp. des IVG, der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV, SR 832.201), des ATSG sowie der Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV, SR 830.11; vgl. BGE 130 V 253 E. 2.4). Ferner sind die rechtsanwendenden Behörden in der Schweiz nicht an Feststellungen und Entscheide ausländischer Versicherungsträger, Krankenkassen, Behörden und Ärzte bezüglich Invaliditätsgrad und Anspruchsbeginn gebunden (vgl. BGE 130 V 253 E. 2.4; AHI-Praxis 1996, S.179; vgl. auch ZAK 1989 S. 320 E.2). Vielmehr unterstehen auch aus dem Ausland stammende Beweismittel der freien Beweiswürdigung des Gerichts (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG, seit dem 1. Januar 2007: Bundesgericht] vom 11. Dezember 1981 i.S. D; zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung: BGE 125 V 351 E. 3a).

E. 4.2

Nach der Rechtsprechung stellt das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung einer Streitsache in der Regel auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verwaltungsverfügung (hier: 2. resp. 23. November 2010) eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweis). Tatsachen, die sich erst später verwirklicht haben, sind jedoch soweit zu berücksichtigen, als sie mit dem Streitgegenstand in engem Sachzusammenhang stehen und geeignet sind, die Beurteilung im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung zu beeinflussen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_24/2008 vom 27. Mai 2008 E. 2.3.1).

E. 4.3

In materiell-rechtlicher Hinsicht ist auf jene Bestimmungen des IVG und der IVV respektive des ATSG und der ATSV abzustellen, die für die Beurteilung eines Rentenanspruchs jeweils relevant waren und in Kraft standen. Da vorliegend der Rentenanspruch ab dem 1. Januar 2011 strittig ist, ist vorliegend auf die Fassung gemäss den am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Änderungen (5. IV-Revision; AS 2007 5129 und AS 2007 5155) abzustellen.

E. 4.4

Die Beschwerdeführenden können im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie Unangemessenheit des Entscheids rügen (Art. 49 VwVG).

E. 5

Gemäss Art. 17 Abs. 1 ATSG wird eine Rente von Amtes wegen oder auf Gesuch hin für die Zukunft entsprechend erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben, wenn sich der Invaliditätsgrad des Rentenbezügers erheblich verändert hat.

E. 5.1

Zu einer Änderung des Invaliditätsgrades Anlass geben kann einerseits eine wesentliche Verbesserung oder Verschlechterung des Gesundheitszustandes mit entsprechender Beeinflussung der Erwerbsfähigkeit und andererseits eine erhebliche Veränderung der erwerblichen Auswirkungen eines an sich gleich gebliebenen Gesundheitsschadens (BGE

125 V 369 E. 2, 113 V 275 E. 1a, 107 V 221 E. 2 mit Hinweisen; SVR 2004 IV Nr. 5 S. 13 E. 2). Ist die Invalidität nach der Einkommensvergleichsmethode gemäss Art. 28 Abs. 2 IVG zu bemessen, so kann jede Änderung eines der beiden Vergleichseinkommen zu einer für den Anspruch erheblichen Erhöhung oder Verringerung des Invaliditätsgrades führen. Dagegen ist die unterschiedliche Beurteilung eines im Wesentlichen unverändert gebliebenen Sachverhalts kein Revisionsgrund; unterschiedliche Beurteilungen sind revisionsrechtlich nur dann beachtlich, wenn sie von Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse zeugen (siehe nur BGE 115 V 313 E. 4a/bb mit Hinweisen; SVR 1996 IV Nr. 70 S. 204 E. 3a). Identisch gebliebene Diagnosen schliessen eine revisionsrechtlich erhebliche Steigerung des tatsächlichen Leistungsvermögens (Arbeitsfähigkeit) grundsätzlich nicht aus. Dies gilt namentlich dann, wenn der Schweregrad eines Leidens sich verringert hat oder es der versicherten Person gelungen ist, sich besser an das Leiden anzupassen. Ob eine derartige tatsächliche Änderung vorliegt oder aber eine revisionsrechtlich unbeachtliche abweichende ärztliche Einschätzung eines im Wesentlichen gleich gebliebenen Gesundheitszustands, bedarf auch mit Blick auf die mitunter einschneidenden Folgen für die versicherte Person einer sorgfältigen Prüfung. Dabei gilt der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit; die blossе Möglichkeit einer Verbesserung tatsächlicher Art genügt nicht (Urteil des Bundesgerichts 9C_88/2010 vom 4. Mai 2010 E. 2.2.2 mit Hinweis).

E. 5.2

Ob eine unter revisionsrechtlichen Gesichtspunkten erhebliche Änderung eingetreten ist, beurteilt sich durch den Vergleich des Sachverhaltes, wie er im Zeitpunkt der letzten, der versicherten Person eröffneten rechtskräftigen Verfügung, welche auf einer materiellen Prüfung des Rentenanspruchs mit rechtskonformer Sachverhaltsabklärung, Beweiswürdigung und Durchführung eines Einkommensvergleichs (bei Anhaltspunkten für eine Änderung in den erwerblichen Auswirkungen des Gesundheitszustands) beruht, mit demjenigen zur Zeit der streitigen Revisionsverfügung respektive des Einspracheentscheids; vorbehalten bleibt die Rechtsprechung zur Wiedererwägung und prozessualen Revision (BGE 133 V 108 E. 5.4). Wird die Rente nach einer von Amtes wegen durchgeführten Revision, bei der keine leistungsbeeinflussende Änderung der Verhältnisse festgestellt wurde, weiter ausgerichtet, ist die entsprechende Mitteilung in Bezug auf den Vergleichszeitpunkt einer Verfügung gleichzustellen (Art. 74quater IVV; vgl. das Urteil des Bundesgerichts 9C_724/2010 vom 29. Oktober 2012 E. 2.1 mit Hinweisen). Vorliegend wurde der Gesundheitszustand im Rahmen des letzten, mit Mitteilung vom 15. April 2008 abgeschlossenen Revisionsverfahrens materiell überprüft. Daher ist für die Frage, ob sich der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers verändert hat und somit ein Revisionsgrund vorliegt, der Sachverhalt im Zeitpunkt jener, in Rechtskraft erwachsenen Mitteilung vom 15. April 2008 (Ausgangszeitpunkt) mit dem Sachverhalt im Zeitpunkt der Revisionsverfügung vom 2. November 2010 (Referenzzeitpunkt) zu vergleichen.

E. 6

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht das Vorliegen eines Revisionsgrundes beim Versicherten bejaht und gestützt darauf die ihm bisher geleistete ganze Rente mit Wirkung ab dem 1. Januar 2011 auf eine halbe Rente reduziert hat.

E. 6.1

Hierzu sind vorerst die im Ausgangszeitpunkt vom 15. April 2008 bekannten Medizinalakten darzustellen.

E. 6.1.1

Im Bericht vom 1. Oktober 2007 stellte der Neurochirurg Prof. Dr. med. M. _____ des Universitätsklinikzentrums V. _____ die folgenden Diagnosen: · Status post discectomiam L4-L5 (a.a.IX), · Hernia disci i.v. L4-L5 incipiens, · Syndroma cervicobrachialis latr. dex., · Hipertensio arterialis. Nach der Operation einer Hernia disci (Bandscheibenhernie) im Bereich L4-L5 sei die bisherige Lähmung des rechten Beines aufgehoben worden, dafür hätten die Kreuzschmerzen mit Ausstrahlung in die Beine an Intensität zugenommen. Auf Grund dieser lumbosacralen Schmerzen sei der Versicherte in seiner ärztlichen Behandlung gestanden. Anlässlich der Untersuchung vom 1. Oktober 2007 sei eine grosse operative Wunde im lumbalen Bereich aufgefallen. Die Untersuchungen hätten einen postoperativen Zustand, eine kleine Hernia disci paramedian rechts L4-L5 und degenerative Veränderungen an den Bandscheiben auf dem Niveau L4-S1 aufgezeigt. Statt der von anderen Ärzten vorgeschlagenen Operation empfehle er eine medikamentöse Therapie. Die Arbeitsunfähigkeit betrage zur Zeit 100 %.

E. 6.1.2

Im Bericht vom 16. Oktober 2007 diagnostizierte Dr. I. _____, Orthopäde aus U. _____ (Kosovo), folgende Leiden: · Lumboischialgia sim. Simptomatica lat. dex. resistant, · Status post discectomiam disci L4/L5, · Spondylarthrosis vertebrae L2/L3/14/15. Der Versicherte stehe ununterbrochen in medizinischer Behandlung.

E. 6.1.3

Dr. F. _____, Arzt für innere Medizin aus U. _____ (Kosovo), diagnostizierte im Bericht vom 26. Oktober 2007 eine Hypertensio arterialis sowie eine Neurose unter Verordnung entsprechender Medikation.

E. 6.1.4

Dr. med. W. _____, Spezialarzt Orthopädische Chirurgie FMH und leitender Arzt des Spitals Interlaken, stellte im Gutachten vom 10. Dezember 2007 nachfolgende Diagnosen: · rechtsbetonte Lumbalgie bei Status nach Diskektomie L4/L5 und Dekompression L5/S1 vom Juli 1998, · Spondylarthrose, · fragliche Meralgie des Nervus cutaneus femoris lateralis rechts, · Hypertonie. Im Juli 1998 habe sich der Versicherte einer Diskektomie L4/L5 und Dekompression L5/S1 unterzogen. In der Folge sei eine Lumboischialgie rechts bei Narbenbildung L5 rechts persistiert. Der Versicherte habe -teilweise krampfartige - Schmerzen im Bereich des Rückens und der Beine beklagt. Objektiv habe der Versicherte ein gehemmtes Gangbild bei etwas versteiftem rechten Bein aufgewiesen. Der Fersengang rechts sei kaum möglich, bei Zehenspitzenangabe er Schmerzen in der rechten Gesässhälfte. Eine Reduktion der Arbeitsfähigkeit von mindestens 20 % sei erstmals im Jahr 1997 eingetreten. Nach mehreren Arbeitsversuchen sei seit dem 19. September 1999 eine 100 %-ige Arbeitsfähigkeit (recte: Arbeitsunfähigkeit) dokumentiert. Diese Arbeitsunfähigkeit werde wahrscheinlich persistieren. Der Versicherte sei derzeit nicht voll rehabilitiert, wobei die Arbeitsfähigkeit auf Grund der Anamnese kaum gesteigert werden könne.

E. 6.2

Diesen vorangehenden Arztberichten sind alsdann die bis zum Referenzzeitpunkt vom 2. November (Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung; vgl. E. 3.2) ergangenen medizinischen Unterlagen gegenüberzustellen.

E. 6.2.1

Im Gutachten vom 16. März 2010 diagnostizierte Dr. med. K. _____, Chefarzt der Klinik Z. _____ und zertifizierter medizinischer Gutachter SIM, beim Versicherten folgende Leiden: · lumbospondylogenes Schmerzsyndrom rechtsbetont mit / bei o Status nach Diskektomie L4/L5 und Dekompression L5/S1 rechts vom 15. Juli 1998, o zusätzlicher partieller Sakralisation von LWK5 links mit osteoarthrotisch artikulierendem assimiliertem Querfortsatz, o Spondylarthrosen L4 bis S1, o ausgeprägtem dorsalen Überhang mit Hyperlordose der Lendenwirbelsäule und Hyperkyphose der Brustwirbelsäule, o ICD-10 M96.1 (Postlaminektomie-Syndrom, anderenorts nicht klassifiziert), · zervikobrachiales Schmerzsyndrom mit / bei o Chondrosen von C3 bis C7 mit * kernspintomographisch gesicherter Diskushernie C5/6, o ICD-10 M53.1 (Zervikobrachial-Syndrom), · arterielle Hypertonie seit 1999, medikamentös nicht adäquat eingestellt mit o wahrscheinlich intermittierenden hypertensiven Krisen. Anlässlich der Untersuchung fiel Dr. med. K. _____ ein Wirbelsäulenstatus mit deutlichem dorsalen Überhang in der Sagittalebene auf, wo das Lot vom Scheitelbereich der Brustkyphose 5 cm hinter der Rima ani falle. Die Halswirbelsäule sei in der Seitneigung hälftig eingeschränkt. Die Brustwirbelsäule sei in der Rotation um einen Drittel eingeschränkt. Beim Gangbild sei ein Entlastungshinken in Aussenrotation des gesamten Beines rechts ersichtlich. Ebenfalls sei der Zehenspitzen- und Fersengang rechts behindert. Die Eudiadochokinese sei verlangsamt. Die Leistungsbereitschaft des Versicherten sei durch Herrn Stefan Günter, Physiotheapeut Ergonomie der Ergonomieabteilung der Klinik für Rheumatologie und Rehabilitation des Bewegungsapparates Z. _____, als nicht zuverlässig beurteilt worden. Die Beobachtungen bei den Tests hätten auf eine deutliche Selbstlimitierung hingewiesen. Insgesamt hätten erhebliche Hinweise für eine Symptomausweitung bestanden, weshalb die Beurteilung der zumutbaren Belastbarkeit primär medizinisch-theoretisch habe erfolgen müssen. Im Bericht vom 1. März 2010 habe Dr. med. D. _____, Facharzt für Radiologie des Medizinischen Zentrums Bad Ragaz, mässiggradige Chondrosen L3 bis S1 festgestellt. Hinweise auf eine Diskushernie, vor allem auch im Sinne einer Rezidivhernie auf der Höhe der operierten Segmente L4 bis S1 (Lendenwirbelsäule) sowie ein signifikantes epidurales Narbengewebe oder foraminale Engen habe er verneint. Die Spondylarthrose sei nicht signifikant. Hingegen habe die aktuelle Kernspintomographie der Halswirbelsäule vom 20. Januar 2010 eine Diskushernie C5/6 sowie Protrusionen auf der Höhe C3/4 und C6/7 gezeigt. Gemäss den Beobachtungen bei den Leistungstests könne davon ausgegangen werden, dass die bisherige Tätigkeit als Kochgehilfe nicht mehr zumutbar sei, da dieser Beruf auf Grund der Belastungen einerseits der Lendenwirbelsäule und andererseits des Schultergürtels als mittelschwer zu beurteilen sei. Hingegen sei eine sehr leichte, wechselbelastende Verweisungstätigkeit mit seltenen maximalen Gewichtsbelastungen von 2.5 Kilogramm in einem Wechsel zwischen Stehen, Sitzen und Gehen mindestens halbtags zumutbar. Sinnvolle medizinische Massnahmen, insbesondere eine stationäre Rehabilitation, seien im Wohnbereich des Versicherten nicht möglich. Die Arbeitsfähigkeit habe sich vom medizinischen Standpunkt seit 1998 / 1999 (Eintritt der Arbeitsunfähigkeit von mindestens 20 %) zusätzlich verschlechtert wegen des neu aufgetretenen zervikobrachialen Schmerzsyndroms bei einer kernspintomographisch gesicherten Diskushernie (Antwort auf Frage 6.2).

E. 6.2.2

In der Stellungnahme vom 22. April 2010 bestätigte RAD-Ärztin Dr. R. _____ die im Gutachten der Klinik Z. _____ vom 16. März 2010 genannten Diagnosen sowie allgemeinen funktionellen Einschränkungen (Vermeiden schwerer Arbeiten und Heben / Tragen von Gewichten über maximal 2.5 Kilogramm). Die Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit betrage 100 % ab 1998. In einer angepassten Tätigkeit sei der Versicherte zu 50 % arbeitsfähig seit dem 23. Februar 2010 (Zeitpunkt der Untersuchung in der Klinik Z. _____). Dr. S. _____ habe am 29. Oktober 2007 bei der Untersuchung eine Differenz des Oberschenkelumfangs von 2.5 cm, eine Hypersensibilität im Bereich der rechten Ferse sowie anterolateral am Unterschenkel rechts, Schmerzen beim Zehenspitzenangang an der rechten Gesäßhälfte, ein kaum möglicher Fersengang rechts sowie eine Laseque rechts von 45 und links von 60 Grad festgestellt. Demgegenüber habe Dr. K. _____ der Klinik Z. _____ bei der Untersuchung vom 23. Februar 2010 keine Oberschenkeldifferenz, eine diffus verminderte Hyposensibilität und eine Laseque rechts von 50 und links von 60 Grad erkannt. Insofern sei eine Verbesserung des Gesundheitszustands eingetreten.

E. 6.2.3

Im Arztbericht vom 30. Juni 2010 diagnostizierte der behandelnde Psychiater Dr. med. M. _____ B. H. _____ des Regionalkrankenhauses in U. _____ (Kosovo) beim Versicherten eine gemischte Angst- und depressive Störung (ICD-10 F.41.2). Der Versicherte klagt über Schlaflosigkeit, Trägheit / Müdigkeit, Angst, Indisposition und Verlust des Lebenswillens sowie des Sexualtriebs. Ebenfalls leide er an zahlreichen somatischen Beschwerden. Er weise eine verlangsamte Psychomotorik auf und es dominiere eine depressive, anxiose Verstimmung.

E. 6.2.4

Am 5. Juli 2010 stellte Dr. F. _____, Internistin - Kardiologin einer internistisch-kardiologischen Praxis in U. _____ (Kosovo), folgende Diagnosen: · Hypertensio arterialis, · Cor hypertensiva, · Hyperlipidemia, · Status post op. disk L4/L5. Der Versicherte klagt über Kopfschmerzen und -schwindel, begleitet von Übelkeit. Seit der Operation der Diskopathie L4/L5 im Jahr 1998 nehme der Versicherte Analgetika ein. Seit 10 Jahren leide er an Bluthochdruck. In der letzten Zeit klagt er ausserdem über Schlafstörungen und psychische Beschwerden.

E. 6.2.5

Im Bericht vom 15. Juli 2010 diagnostizierte der Neurochirurg Prof. Dr. M. _____ des Universitätsklinikzentrums V. _____ beim Versicherten folgende Leiden: · Lumboischialgia bill. Pp.lat.dex.rec., · Discoradikulopathie lumbalis, · Status post discetomia L4-L5, · Sy cervicobrachialis lat.sin., · Hernia disci i.v. C5-C6 und C6-C7 incip., · Hipertensio arterialis, · Sy. anxioso-depressiva. Die MRI-Untersuchung habe eine paramediane, kleine Diskushernie an der Operationsstelle L4-L5 sowie degenerative Veränderungen an den Bandscheiben i.v. L3-S1 ergeben. Das MRI-Bild der Cervix habe kleine Hernien i.v. C5-C6, ohne medulläre Kompression aufgezeigt. Die von seinen Kollegen vorgeschlagene zusätzliche Operation im Sinne einer Immobilisation des lumbalen Bereichs halte er auf Grund der vielfachen Beschwerden sowie der depressiven Verstimmung für nutzlos. Stattdessen sei die symptomatische medikamentöse Therapie fortzusetzen und ein Neuropsychiater zu konsultieren. Der Versicherte sei zu 100 %

erwerbsunfähig.

E. 6.2.6

In der Stellungnahme vom 13. Oktober 2010 ergänzte RAD-Ärztin Dr. R. _____ die Diagnosenliste gemäss ihrer Stellungnahme vom 22. April 2010 um folgende Diagnose ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit: · arterielle Hypertonie seit 1999, medikamentös nicht adäquat eingestellt mit o wahrscheinlich intermittierenden hypertensiven Krisen. Sie befand die durch Dr. med. K. _____ am 23. Februar 2010 vorgenommene Beurteilung des Gesundheitszustands sowie der Arbeitsfähigkeit des Versicherten für richtig. Gestützt darauf seien diesem halbtägige Verweisungstätigkeiten zum Beispiel als Parkwächter / Museumswärter oder als interner Kurier / Bote möglich. Die angegebenen aktuellen finanziellen Probleme seien IV-fremde Faktoren.

E. 7

Die Vorinstanz stützte sich in der angefochtenen Revisionsverfügung auf die RAD-ärztlich bestätigte Einschätzung der Arbeitsfähigkeit gemäss dem Gutachten der Klinik Z. _____ vom 16. März 2010. Zu den durch den Beschwerdeführer eingereichten neuen Arztberichten aus Kosovo hielt sie fest, diese würden keine neuen Elemente enthalten und den bereits bekannten Gesundheitszustand bestätigen. Hierbei verkannte sie, dass es ihre Aufgabe wäre, im Rahmen des durch sie eingeleiteten Revisionsverfahrens eine Verbesserung des Gesundheitszustands des Beschwerdeführers nachzuweisen und es nicht umgekehrt dem Beschwerdeführer oblag, "neue Elemente" (das heisst eine Verschlechterung) seines Gesundheitszustands zu belegen. Ob die in E. 6 dargelegten Arztberichten eine Verbesserung des Gesundheitszustands des Beschwerdeführers belegen, ist nachfolgend zu prüfen.

E. 7.1

In medizinischer Hinsicht bestätigte das von der Vorinstanz eingeholte Gutachten vom 16. März 2010 einerseits sämtliche bereits im Ausgangszeitpunkt bekannten Diagnosen mit Ausnahme der von Dr. med. S. _____ erwähnten fraglichen Meralgie des Nervus cutaneus femoris lateralis rechts. Nachdem diese Diagnose ohne entsprechende Untersuchungsbefunde erging, in den weiteren Medizinalakten keine Erwähnung fand und bereits von Dr. med. S. _____ in Frage gestellt wurde, kann aus dem allfälligen Wegfall dieser keine Verbesserung des Gesundheitszustands insgesamt gefolgert werden, was vorliegend auch zu Recht nicht behauptet wurde. Andererseits hat Dr. med. K. _____ im erwähnten Gutachten zusätzlich zu den im Ausgangszeitpunkt bekannten Diagnosen ein zervikobrachiales Schmerzsyndrom mit / bei Chondrosen von C3 bis C7 und kernspintomographisch gesicherter Diskushernie C5/6 diagnostiziert. Er erklärte, auf Grund dieser zwischenzeitlich neu hinzugetretenen Diagnose habe sich die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers zusätzlich verschlechtert. Seine konkrete Bezifferung der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers wies demgegenüber in die gegenteilige Richtung: Anstelle der dem Beschwerdeführer im Ausgangszeitpunkt medizinisch bescheinigten vollen Arbeitsunfähigkeit befand Dr. med. K. _____ diesem nunmehr eine mindestens 50 %-ige Arbeitsfähigkeit in einer sehr leichten Verweisungstätigkeit als zumutbar. Die Bemessung der Arbeitsfähigkeit hat er in medizinisch-theoretischer Weise vorgenommen, nachdem bei den Tests der Ergonomieabteilung eine deutliche Selbstlimitierung beobachtet worden sei. Entgegen der Auffassung des RAD ist damit dem Gutachten vom 16. März 2010 keine Verbesserung, sondern eine Verschlechterung des Gesundheitszustands des

Beschwerdeführers zu entnehmen, indem seit dem revisionsrechtlichen Ausgangszeitpunkt neu degenerativ bedingte Knorpelveränderungen (Chondrosen) sowie eine weitere Diskushernie im Bereich der Halswirbelsäule auftraten. Die Diagnose des zervikobrachialen Schmerzsyndroms demgegenüber fand bereits im Arztbericht von Dr. med. M. _____ vom 1. Oktober 2007 Erwähnung (vgl. E. 5.1.1). Die beiden neuen Diagnosen haben gemäss Dr. med. K. _____ eine weitere Auswirkung auf die bereits (vollständig) eingeschränkte Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers. So befand Dr. med. K. _____, dem sämtliche im Ausgangszeitpunkt bekannten Arztberichte vorlagen (vgl. S. 5-6 und 9-13 des Gutachtens vom 16. März 2010), ausdrücklich, die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers habe sich seit dem Ausgangszeitpunkt zusätzlich verschlechtert.

E. 7.2

Indem Dr. med. K. _____ im Gutachten vom 16. März 2010 allgemein eine Verschlechterung der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers feststellte, diesem aber effektiv eine höhere Arbeitsfähigkeit als die in den im Ausgangszeitpunkt vorgelegenen Arztberichten bescheinigte volle Arbeitsunfähigkeit für zumutbar erklärte, erweist sich sein Gutachten als widersprüchlich. Dass die von ihm gestellten Diagnosen, mit Ausnahme der neu hinzugetretenen Diskushernie und Chondrosen in der Halswirbelsäule, seit dem Ausgangszeitpunkt unverändert blieben, schliesst eine revisionsrechtliche Steigerung des tatsächlichen Leistungsvermögens nicht aus: Eine solche wäre dann möglich, wenn sich der Schweregrad eines Leidens verringert hat oder es der versicherten Person gelungen ist, sich besser an die Leiden anzupassen (E. 4.1 Abs. 2). Die von Dr. med. K. _____ festgestellte mindestens 50 %-ige Arbeitsfähigkeit in sehr leichten Verweisungstätigkeiten basiert nun aber nicht auf Grund einer konkreten Prüfung der Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers, sondern wurde medizinisch-theoretisch direkt aus den beim Beschwerdeführer diagnostizierten Leiden gefolgert. Auf Grund der nicht zuverlässigen Leistungstests wurde im Gutachten keine bessere Anpassung des Beschwerdeführers an seinen - inzwischen sogar leicht verschlechterten - Gesundheitszustand behauptet oder medizinisch belegt. Somit stellt die durch die Klinik Z. _____ vorgenommene Bemessung der Arbeitsfähigkeit eine revisionsrechtlich unbeachtliche neue ärztliche Einschätzung des unverändert schlechten - respektive sogar leicht verschlimmerten - Gesundheitszustands des Beschwerdeführers dar (vgl. E. 4.1 Abs. 2).

E. 7.3

RAD-Ärztin Dr. R. _____ hat sich in ihren Stellungnahmen vom 22. April und 13. Oktober 2010 nicht zu der im Gutachten der Klinik Z. _____ vom 16. März 2010 festgestellten Verbesserung der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers geäussert. In der ersten Stellungnahme vom 22. April 2010 begründete sie die von ihr festgestellte Verbesserung des Gesundheitszustands damit, dass gemäss den Untersuchungen der Klinik Z. _____ sich das Laseque von 45 bis 60 Grad auf 50 bis 60 Grad links erweitert habe, keine Differenz des Oberschenkelumfangs (mehr) festgestellt worden sei und statt der von Dr. med. S. _____ beschriebenen Hypersensibilität nunmehr eine diffus verminderte Hyposensibilität bestanden habe. Nachdem diese Untersuchungsbefunde indessen kaum von jenen gemäss Dr. S. _____ abweichen und sich namentlich nicht in der gesundheitlichen Gesamtbeurteilung respektive dem Wegfall einer entsprechenden Diagnose niederschlugen, sind sie für die Beurteilung einer Veränderung des Gesundheitszustands des Beschwerdeführers nicht von Bedeutung. Zu den Ausführungen des Beschwerdeführers im Einwand vom 28. August 2010, insbesondere dem Hinweis auf

die im Gutachten vom 16. März 2010 festgestellte Verbesserung der Arbeitsfähigkeit, sowie den von ihm eingereichten neuen Arztberichte aus Kosovo, wonach nach wie vor eine volle Arbeitsunfähigkeit vorliege, hat sich die RAD-Ärztin in ihrer zweiten Stellungnahme vom 13. Oktober 2010 nicht geäußert. Die von ihr erwähnte 50 %-ige Arbeitsfähigkeit ab dem 23. Februar 2010 begründete sie ausschliesslich mit den im Gutachten der Klinik Z._____ vom 16. März 2010 gezogenen Schlussfolgerungen. Damit erweisen sich ihre Stellungnahmen mangels kritischer Auseinandersetzung mit dem erwähnten Gutachten sowie den neuen Arztberichten aus Kosovo und einer plausiblen Erklärung, worin die von ihr festgestellte Verbesserung des Gesundheitszustands des Beschwerdeführers begründet liege, als unvollständig. Nachdem die Ergebnisse (namentlich die Einschätzung der Arbeitsfähigkeit) des Gutachtens vom 16. März 2010 bereits als widersprüchlich gewertet wurden (E. 7.2), gilt dasselbe auch für die RAD-ärztlichen Stellungnahmen, welche diese unbesehen übernahmen.

E. 7.4

Zusammenfassend wird in den vorliegenden Medizinalakten keine zwischen den revisionsrechtlichen Vergleichszeitpunkten eingetretene Verbesserung des Gesundheitszustands des Beschwerdeführers dokumentiert. Im Gegenteil ist dem durch die Vorinstanz eingeholten Gutachten vielmehr eine zwischenzeitlich eingetretene, zusätzliche Verschlechterung des Gesundheitszustands zu entnehmen. Damit waren die Voraussetzungen für eine revisionsrechtliche Kürzung der bisher geleisteten ganzen Invalidenrente im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung nicht erfüllt. Eine allfällige Selbstlimitierung des Beschwerdeführers bei den Leistungstests spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben. Ob gemäss der im Vorbescheidverfahren eingereichten Arztberichte beim Beschwerdeführer eine weitere Verschlechterung seines Gesundheitszustands infolge neuer Leiden psychischer Natur eingetreten ist, kann vorliegend offen gelassen werden, nachdem dem Beschwerdeführer auf Grund der letzten Revisionsverfügung vom 15. April 2008 bereits eine ganze Invalidenrente zusteht. Auf Grund der Aktenlage drängt sich schliesslich keine weitere Begutachtung auf, nachdem es an objektiven Hinweisen für eine rentenrelevante Veränderung (Verbesserung) des Gesundheitszustands mangelt.

E. 8

Im Weiteren ist nachfolgend zu prüfen, ob die Vorinstanz mit Verfügung vom 23. November 2010 den Anspruch des Beschwerdeführers auf unentgeltliche Verbeiständung im Verwaltungsverfahren zu Recht verneint hat.

E. 8.1

Die Vorinstanz begründete die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung in der angefochtenen Verfügung damit, dass das Vorbescheidverfahren zum Verwaltungsverfahren gehöre, die fehlende Aussichtlosigkeit gegeben sei, da der Grad der Invalidität von dem wechselnden Gesundheitszustand abhängt und die Bedürftigkeit des Gesuchstellers bewiesen worden sei. Hingegen sei die Notwendigkeit der anwaltlichen Vertretung zu verneinen, da gemäss der Rechtsprechung hierfür qualifizierende, besondere Umstände verlangt würden. Nachdem der Beschwerdeführer seiner Mitwirkungspflicht anlässlich der medizinischen Untersuchung durch die Klinik Z._____ nicht nachgekommen sei, erscheine die Erhebung eines Anspruchs auf unentgeltliche

Prozessverbeiständung nicht verhältnismässig. Nachdem der Beschwerdeführer einen Universitätsübertritt plane, verfüge über ausreichende intellektuelle Fähigkeiten, um sich selber zu vertreten.

E. 8.2

Der Beschwerdeführer macht seinerseits geltend, die Vorinstanz habe verkannt, dass sich eine Verbeiständung als notwendig erwiesen habe. Er habe in der Schweiz als Hilfsarbeiter gearbeitet, spreche kaum Deutsch, kenne sich mit den schweizerischen Gesetzen nicht aus und lebe heute wieder in Kosovo. Selbst wenn er seiner Mitwirkungspflicht allenfalls nicht vollständig nachgekommen sei, könne auf Grund des Beschwerdebildes nicht von einem schuldhaften Verhalten ausgegangen werden. Schliesslich sei die angefochtene Verfügung noch vor Ablauf einer pendenten Frist im Abklärungsverfahren ergangen.

E. 8.3

Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist als Grundrecht in Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankert. In Bezug auf das Sozialversicherungsverfahren, welches kostenlos ist, wurde diese Garantie in Art. 37 Abs. 4 ATSG umgesetzt. Nach dieser Bestimmung wird der gesuchstellenden Person ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt, wo die Verhältnisse es erfordern. Dieser Bestimmung ist Ausfluss der heute gefestigten Lehre und Rechtsprechung, wonach der Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung im Verwaltungsverfahren grundsätzlich anerkannt ist (vgl. zu dieser Entwicklung Ueli Kieser, a.a.O., Art. 37 Rz.17-19; ebenso Stefan Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV], Basel 2008, S. 61 f.). Es gelten dieselben Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wie im Beschwerdeverfahren (vgl. Art. 65 Abs. 1 und 2 VwVG): Die Partei muss bedürftig sein, das Begehren nicht aussichtslos erscheinen und die Vertretung im konkreten Fall sachlich geboten sein (BGE 132 V 200 E. 4.1 mit Hinweisen).

E. 8.4

Die unentgeltliche Verbeiständung im Sozialversicherungsverfahren ist grundsätzlich nur ausnahmsweise zu gewähren, und an die Voraussetzungen der sachlichen Notwendigkeit ist - insbesondere auch mit Blick auf die Oficialmaxime - ein strenger Massstab anzulegen (Urteil des Bundesgerichts I 746/06 vom 8. November 2006 E. 3.1, Urteil des Bundesgerichts I 812/05 vom 24. Januar 2006 E. 4.2 mit Hinweisen). Nach der Lehre und Rechtsprechung soll die Formulierung in Art. 37 Abs. 4 ATSG "Wo die Verhältnisse es erfordern" (vgl. E. 3) der Absicht des Gesetzgebers Ausdruck verleihen, wonach an die Notwendigkeit der anwaltlichen Vertretung im Verwaltungsverfahren höhere Anforderungen zu stellen sind als im Beschwerdeverfahren, da ein Beschwerdeverfahren in der Regel komplexer ist als ein Verwaltungsverfahren. Die Komplexität des Verfahrens bildet somit ein entscheidendes Element für die Beurteilung der Notwendigkeit der anwaltlichen Vertretung. Je nach Stadium des Verfahrens oder nach Verfahrenskonstellation kann die Vertretung auch im erstinstanzlichen Verfahren geboten sein, insbesondere im Fall einer Rentenrevision oder wenn sich ein Verwaltungsverfahren an eine Rückweisung durch eine Gerichtsbehörde anschliesst (vgl. BGE 132 V 200 E. 4.1, BGE 125 V 32 E. 2; BGE 125 V 32 E. 4b; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVGer] I 746/06 vom 8. November 2006 E. 3.1; Ueli Kieser, a.a.O. Rz. 22 f.). Die Komplexität der zu lösenden Fragen ist jedoch nicht absolut, sondern in

Abhängigkeit von den Fähigkeiten der betroffenen Person zu beurteilen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.234/2006 vom 14. Dezember 2006 E. 3.3; Stefan Meichssner, a.a.O., S. 132). Massgeblich ist auch die Frage, ob die Vertretung durch einen Sozialarbeiter oder durch Fach- und Vertrauensleute sozialer Institutionen in Betracht kommt (BGE 132 V 200 E. 4.1; UELI KIESER, a.a.O. Rz. 23). Schliesslich kann eine unentgeltliche Vertretung im Verwaltungsverfahren auch erforderlich sein, wenn ein besonders starker Eingriff in die Rechtsstellung der betroffenen Partei droht (Urteil des Bundesgerichts 2P.234/2006 vom 14. Dezember 2006 E. 3.2; BGE 125 V 32 E. 4b; UELI KIESER, a.a.O., Rz. 23). Allein aus dem Umstand, dass in einem Sozialversicherungsverfahren die Offizialmaxime gilt, kann allerdings nicht auf fehlende Notwendigkeit der Vertretung geschlossen werden; denn ein sozialversicherungsrechtliches Verfahren ist nicht immer leicht zu verstehen, zumal der versicherten Person mitunter eine umfassende Mitwirkungspflicht obliegt und sie nicht vor Fehlleistungen der Behörden gefeit ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.234/2006 vom 14. Dezember 2006 E. 3.4; BGE 130 I 180 E. 3.1; Stefan Meichssner, a.a.O., S. 131).

E. 8.5

Im vorliegenden Fall wird die unentgeltliche Verbeiständung beantragt für ein Verfahren, in dem von Amtes wegen bestehende Rentenleistungen gekürzt wurden. Die tatsächlichen und rechtlichen Fragen in dem Vorbescheidverfahren sind als komplex zu beurteilen, insbesondere auf Grund der widersprüchlichen Angaben im Gutachten der Klinik Z. _____ vom 16. März 2010 zur Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers (vgl. vorangehend E. 7.2). Ausserdem spricht die drohende Reduktion der Invalidenrente, welche die Rechtsstellung des Beschwerdeführers stark berührt, für die Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung. Somit ist auch unter diesem Gesichtspunkt die Notwendigkeit der anwaltlichen Vertretung zu bejahen. Nach dem Gesagten sind somit die besonderen Voraussetzungen für die ausnahmsweise Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung im Verwaltungsverfahren im vorliegenden Fall erfüllt. Die Vorinstanz hat das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung zu Unrecht abgewiesen, zumal auch die weiteren Voraussetzungen (fehlende Aussichtslosigkeit und Bedürftigkeit) unbestritten gegeben sind, weshalb die vorliegende Beschwerde in dieser Hinsicht gutzuheissen ist. Demzufolge hätte die Vorinstanz im Verwaltungsverfahren dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers eine angemessene Entschädigung bezahlen müssen, wozu sie vorliegend aufzufordern ist.

E. 9.1

Die Verfahrenskosten hat in der Regel die unterliegende Partei zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der unterliegenden Vorinstanz sind allerdings keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 9.2

Der Beschwerdeführer hat gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) Anspruch auf eine Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz. Da er keine Kostennote eingereicht hat, ist die ihm zuzusprechende Parteientschädigung nach Ermessen und auf Grund der Akten auf Fr. 2'800. (inklusive Auslagen) festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Nicht zu entschädigen ist die Mehrwertsteuer (Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 des Mehrwertsteuergesetzes vom 12. Juni 2009 [MWSTG SR 641.20]).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.