

# **BVGer C-1882/2017 vom 3. April 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-04-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-1882\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-1882_2017)

FR: TAF C-1882/2017 du 3 avril 2018

IT: TAF C-1882/2017 del 3 aprile 2018

## **Regeste**

Rentenanspruch

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. d VGG; Art. 69 Abs. 1 Bst. b IVG [SR 831.20]) und der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung durch diese besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Abänderung, weshalb sie zur Erhebung der Beschwerde legitimiert ist (Art. 59 ATSG [SR 830.1]; vgl. auch Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde vom 29. März 2017 ist einzutreten (Art. 60 Abs. 1 und 2 ATSG; Art. 52 Abs. 1 VwVG).

### **E. 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 eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 132 V 220 E. 3.1.1; 131 V 242 E. 2.1). Demnach ist vorliegend grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung (hier: 23. Februar 2017) eingetretenen Sachverhalt abzustellen. Neue Tatsachen, die sich vor Erlass der streitigen Verfügung verwirklicht haben, die der Vorinstanz aber nicht bekannt waren oder von ihr nicht berücksichtigt wurden (unechte Noven), können im Verfahren vor dem Sozialversicherungsgericht vorgebracht werden und sind zu würdigen. Gleiches gilt auch für neue Beweismittel (André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl. 2013, S. 117 Rz. 2.204). Später eingetretene Tatsachen (echte Noven), die zu einer Änderung des Sachverhalts geführt haben, sind grundsätzlich nicht im Rahmen des hängigen, sondern gegebenenfalls im Rahmen eines weiteren Verfahrens zu berücksichtigen (BGE 132 V 215 E. 3.1.1; BGE 121 V 362 E. 1b mit Hinweisen; vgl. auch Urteil des BGer C\_24/2008 vom 27. Mai 2008 E. 2.3.1).

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer war zuletzt als Grenzgänger im Kanton Basel-Stadt erwerbstätig und lebte im Zeitpunkt der Anmeldung in J.\_\_\_\_\_/DE, (act. 1, S. 2). Er macht einen Gesundheitsschaden geltend, der auf die Zeit seiner Tätigkeit als Grenzgänger zurückgeht und zu deren Abbruch geführt haben soll. Unter diesen Umständen waren die IV-Stelle zur Entgegennahme und Prüfung der IV-Anmeldung und die IVSTA für den Erlass der angefochtenen Verfügung zuständig (Art. 40 Abs. 2 IVV).

### **E. 4**

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

#### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer ist deutscher Staatsangehöriger und wohnt heute in Deutschland. Damit gelangen das Freizügigkeitsabkommen vom 21. Juni 1999 (FZA, SR 0.142.112.681) und die Regelwerke der Gemeinschaft zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit gemäss Anhang II des FZA zur Anwendung. Der Anspruch auf Leistungen der schweizerischen Invalidenversicherung richtet sich indes auch nach dem Inkrafttreten des FZA nach schweizerischem Recht (BGE 130 V 253 E. 2.4).

#### **E. 4.2**

Anspruch auf eine Rente der schweizerischen Invalidenversicherung hat, wer invalid im Sinne des Gesetzes ist (Art. 8 ATSG) und beim Eintritt der Invalidität während der vom Gesetz vorgesehenen Dauer Beiträge an die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV) geleistet hat, das heisst während mindestens drei Jahren laut Art. 36 Abs. 1 IVG (in der ab 1. Januar 2008 geltenden Fassung; AS 2007 5129). Diese Bedingungen müssen kumulativ gegeben sein, fehlt eine Voraussetzung, so entsteht kein Rentenanspruch, selbst wenn die andere erfüllt ist. Der Beschwerdeführer hat von Mai 2004 bis Dezember 2010 mit Unterbrüchen in der Schweiz gearbeitet und in dieser Zeit - während mehr insgesamt mehr als drei Jahren - Beiträge an die schweizerischen Alters- und Hinterlassenenversicherung geleistet (act. 16; act. 61.25, S. 2 f.).

#### **E. 4.3**

Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG). Die Invalidität kann Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein (Art. 4 Abs. 1 IVG). 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; der am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Abs. 2 hat den Begriff der Erwerbsunfähigkeit nicht modifiziert, BGE 135 V 215 E. 7.3). Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt (Art. 6 ATSG).

#### **E. 4.4**

Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG (in der ab 1. Januar 2008 geltenden Fassung) haben jene Versicherten Anspruch auf eine Rente, die ihre Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wieder herstellen, erhalten oder verbessern können (Bst. a), und die zusätzlich während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40 % arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen sind und auch nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40 % invalid (Art. 8 ATSG) sind (Bst. b und c).

#### **E. 4.5.1**

Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung (und im Beschwerdefall das Gericht) auf Unterlagen angewiesen, die ärztliche und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes oder der Ärztin ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten die versicherte Person arbeitsunfähig ist. Im Weiteren sind die ärztlichen Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen der versicherten Person noch zugemutet werden können (BGE 125 V 256 E. 4; 115 V 133 E. 2).

#### **E. 4.5.2**

Hinsichtlich des Beweiswerts eines Arztberichts ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind. Ausschlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Herkunft eines Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahmen als Bericht oder Gutachten (BGE 134 V 231 E. 5.1 S. 232; 125 V 352 E. 3a).

#### **E. 4.5.3**

Nach Art. 43 Abs. 1 ATSG prüft der Versicherungsträger die Begehren, nimmt die notwendigen Abklärungen von Amtes wegen vor und holt die erforderlichen Auskünfte ein (Satz 1). Das Gesetz weist dem Durchführungsorgan die Aufgabe zu, den rechtserheblichen Sachverhalt nach dem Untersuchungsgrundsatz abzuklären, sodass gestützt darauf die Verfügung über die in Frage stehende Leistung ergehen kann (Art. 49 ATSG; Susanne Leuzinger-Naef, Die Auswahl der medizinischen Sachverständigen im Sozialversicherungsverfahren [Art. 44 ATSG], in: Riemer-Kafka/Rumo-Jungo [Hrsg.], Soziale Sicherheit - Soziale Unsicherheit, Bern 2010, S. 413 f.). Auf dem Gebiet der Invalidenversicherung obliegen diese Pflichten der (zuständigen) Invalidenversicherungsstelle (Art. 54 - 56 in Verbindung mit Art. 57 Abs. 1 lit. c - g IVG).

#### **E. 4.5.4**

Das Bundesgericht hat mit BGE 141 V 281 seine langjährige Praxis zu den anhaltenden somatoformen Schmerzstörungen und vergleichbaren psychosomatischen Leiden (vgl. dazu die Übersicht im Kreisschreiben des Bundesamtes für Sozialversicherung über Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung, KSIH [gültig ab 1. Januar 2015], Rz. 1017.4 1/14) einer eingehenden Prüfung unterzogen und in wesentlichen Teilen geändert. Danach gilt insbesondere die Überwindbarkeitsvermutung im Sinne der bisherigen Schmerz- und Überwindbarkeitspraxis (vgl. dazu BGE 131 V 49 E. 1.2 S. 50; 130 V 352) nicht mehr. Die Frage, ob ein psychosomatisches Leiden zu einer ganzen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit führt, stellt sich nun nicht mehr im Hinblick auf die Widerlegung der Ausgangsvermutung. Anhand eines Katalogs von Indikatoren erfolgt neu vielmehr eine ergebnisoffene symmetrische Beurteilung des - unter Berücksichtigung leistungshindernder äusserer Belastungsfaktoren einerseits und Kompensationspotenzialen (Ressourcen) andererseits - tatsächlich erreichbaren Leistungsvermögens (BGE 141 V 281 E. 3.5 und 3.6). Das bisherige Regel-Ausnahmemodell (Überwindbarkeitsvermutung; BGE 131 V 49 E. 1.2 S.

50) soll demnach in Weiterführung der Rechtsprechung (BGE 139 V 547) durch ein sogenanntes (durch Indikatoren) strukturiertes Beweisverfahren ersetzt werden. Unter dem Aspekt des funktionellen Schweregrades sind die Komplexe "Gesundheitsschädigung" (Ausprägung der diagnoserelevanten Befunde, Behandlungs- und Eingliederungserfolg oder -resistenz und Komorbiditäten), "Persönlichkeit" (Persönlichkeitsstruktur, Persönlichkeitsentwicklung und -störungen, persönliche Ressourcen) und "Sozialer Kontext" (Abgrenzung psychosozialer und soziokultureller Faktoren einerseits und Eruierung der Ressourcen anhand des sozialen Umfelds andererseits) zu prüfen. Die auf diesem "Grundgerüst" beruhenden Folgerungen müssen schliesslich einer Konsistenzprüfung standhalten, welche einerseits die Teilfragen der gleichmässigen Einschränkung des Aktivitätsniveaus in allen vergleichbaren Lebensbereichen und andererseits den behandlungs- und eingliederungsanamnestisch ausgewiesenen Leidensdruck umfasst (BGE 141 V 281 E. 4.1.3; vgl. dazu auch Jörg Jeger, Die neue Rechtsprechung zu psychosomatischen Krankheitsbildern, in: Jusletter vom 13. Juli 2015, Rz. 30 ff.; Thomas Gächter/Michael E. Meier, Schmerzrechtsprechung 2.0, in: Jusletter vom 29. Juni 2015, Rz. 32 ff.).

#### **E. 4.6**

Das Bundesgericht hat im jüngst publizierten Grundsatzurteil BGE 143 V 409 festgehalten, dass die Frage, ob bei Erkrankungen aus dem depressiven Formenkreis eine invalidenversicherungsrechtlich relevante Einschränkung der Arbeitsfähigkeit resultiere, ebenso wenig wie bei somatoformen Störungen, allein mit Bezug auf das Kriterium der Behandelbarkeit beantwortet werden könne. Ob eine Therapie durchgeführt werde, gelte zwar auch im Rahmen der medizinischen Begutachtung als Indiz für den Leidensdruck der versicherten Person und damit für den Schweregrad der Störung. Mit dem Hinweis auf eine "regelmässig gute Therapierbarkeit" bei leichten bis mittelschweren Störungen direkt auf eine fehlende invalidenversicherungsrechtlich relevante Einschränkung der Arbeitsfähigkeit zu schliessen, greife aber zu kurz und blende wesentliche medizinische Aspekte dieses Krankheitsgeschehens in sachlich unbegründeter Weise aus (E. 4.4). Gestützt auf eine erneute vertiefte Prüfung der Sach- und Rechtslage kam das Bundesgericht zum Schluss, dass an der bisherigen Rechtsprechung zu den leichten und mittelschweren Depressionen nicht mehr festgehalten werden könne. Denn die Feststellung, dass leichte bis mittelgradige depressive Störungen rezidivierender oder episodischer Natur einzig dann als invalidisierende Krankheiten in Betracht fallen könnten, wenn sie erwiesenermassen therapieresistent sind, erweise sich in dieser absoluten Form als unzutreffend und stehe einer objektiven, allseitigen Abklärung und Beurteilung der funktionellen Einschränkungen der Krankheit im Einzelfall entgegen (E. 4.5.1). In der Folge hielt das Bundesgericht mit Verweis auf ein gleichentags gefälltes Urteil 8C\_130/2017 (nunmehr publiziert in BGE 143 V 418) fest, dass Depressionen von neu anhand des Indikatorenkatalogs gemäss BGE 141 V 281 abzuklären seien (E. 5.2). In BGE 143 V 418 führte das höchstinstanzliche Gericht überdies aus, dass psychische Leiden - wie die somatoformen/funktionellen Störungen - wegen ihres Mangels an objektivierbarem Substrat dem direkten Beweis einer anspruchsbegründenden Arbeitsunfähigkeit nicht zugänglich seien. Deshalb sei auch bei diesen Leiden der Beweis indirekt, behelfsweise, mittels Indikatoren, zu führen. Da bei sämtlichen psychischen Störungen trotz variierender Prägnanz der erhebaren Befunde im Wesentlichen vergleichbare Beweisprobleme bestünden, sei das indikatorengeleitete Beweisverfahren grundsätzlich auf sie alle anzuwenden. Aufgrund dieser Erkenntnis lasse sich eine Beschränkung des Vorgehens nach BGE 141 V 281 auf die anhaltende

somatoforme Schmerzstörung und vergleichbare Leiden nicht mehr länger rechtfertigen. Demnach sind nach dieser neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich sämtliche psychischen Krankheiten einem strukturierten Beweisverfahren zu unterziehen (BGE 143 V 418 E. 7.1; vgl. dazu auch Thomas Gächter/Michael E. Meier, Praxisänderung zu Depressionen und anderen psychischen Leiden, in: Jusletter 15. Januar 2018). Davon kann - aus Gründen der Verhältnismässigkeit - dort abgesehen werden, wo es nicht nötig oder auch gar nicht geeignet ist. Die Frage der Notwendigkeit in diesem Sinne beurteilt sich nach dem konkreten Beweisbedarf. Die Notwendigkeit fehlt ganz allgemein in Fällen, die sich durch die Erhebung prägnanter Befunde und übereinstimmende fachärztliche Einschätzungen hinsichtlich Diagnose und funktioneller Auswirkungen im Rahmen beweiswertiger Arztberichte und Gutachten auszeichnen. Was die Befunde angeht, ist etwa an Störungsbilder wie Schizophrenie, Zwangs-, Ess- und Panikstörungen zu denken, die sich aufgrund klinischer psychiatrischer Untersuchung bezüglich ihrer Überprüf- und Objektivierbarkeit mit somatischen Erkrankungen vergleichen lassen. In diesen Fällen zeigt sich die Beweisproblematik, wenn überhaupt, vor allem bezüglich der funktionellen Auswirkungen. Daher hat auch bei jenen Störungen eine vertiefende Prüfung hinsichtlich des funktionellen Schweregrades und insbesondere der Konsistenz zu erfolgen, wenn Hinweise auf Inkonsistenzen, auf Aggravation oder Simulation bestehen. Überdies kann von einem strukturierten Beweisverfahren dort abgesehen werden, wo im Rahmen beweiswertiger fachärztlicher Berichte eine Arbeitsunfähigkeit in nachvollziehbar begründeter Weise verneint wird und allfälligen gegenteiligen Einschätzungen mangels fachärztlicher Qualifikation oder aus anderen Gründen kein Beweiswert beigemessen werden kann. Die Frage der Notwendigkeit des strukturierten Beweisverfahrens ist dabei stets einer einzelfallweisen Beurteilung aufgrund der konkreten Fallumstände und der jeweiligen Beweisproblematik zu unterziehen (BGE 143 V 418 E. 7.1; vgl. zum Beweiswert von versicherungsinternen ärztlichen Abklärungen BGE 139 V 225 E. 5.2 S. 229; 135 V 465 E. 4.4 S. 469 f.).

#### **E. 4.7**

Nach Art. 46 Abs. 3 VO Nr. 883/2004 ist die vom Träger eines Staates getroffene Entscheidung über die Invalidität eines Antragstellers für den Träger eines anderen betroffenen Staates nur dann verbindlich, wenn die in den Rechtsvorschriften dieser Staaten festgelegten Tatbestandsmerkmale der Invalidität in Anhang VII dieser Verordnung als übereinstimmend anerkannt sind. Eine solche anerkannte Übereinstimmung besteht für das Verhältnis zwischen Deutschland und der Schweiz (ebenso wie für das Verhältnis zwischen den übrigen EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz) nicht. Der Invaliditätsgrad bestimmt sich daher auch unter dem Geltungsbereich des FZA nach schweizerischem Recht (vgl. hierzu auch BGE 130 V 253 E. 2.4; vgl. auch ZAK 1989 S. 320 E.2). Die Feststellungen der aus dem Ausland stammenden Beweismittel, wie insbesondere auch ärztliche Berichte und Gutachten, unterliegen der freien Beweiswürdigung des Gerichts (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG, ab 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] vom 11. Dezember 1981 i.S. D; EVG vom 11. Dezember 1981 i.S. D; zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung: BGE 125 V 351 E. 3a).

#### **E. 5**

Nachfolgend ist vorab zu prüfen, ob die Vorinstanz ihrer Abklärungspflicht im Sinne von Art. 43 Abs. 1 ATSG rechtsgenügend nachgekommen ist und ob die vorliegenden medizinischen Berichte und Gutachten beweiskräftig sind.

## E. 5.1

Hinsichtlich der Beurteilung des Gesundheitszustandes und der Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung liegen insbesondere die folgenden Gutachten und Arztberichte vor: - RAD-Arzt Dr. med. H.\_\_\_\_\_ kam gestützt auf eine Aktenbeurteilung mit Bericht vom 7. März 2012 zum Schluss, dass abgesehen von den Beschwerden an den Beinen keine anderen somatischen Gesundheitsbeeinträchtigungen vorliegen würden und darüber hinaus auch keine psychischen oder geistigen Erkrankungen mit wesentlichen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit angenommen werden könnten. Ob sich die Arbeitsfähigkeit durch weitere Eingriffe noch wesentlich verbessern lasse, sei eher fraglich, müsse aber abgewartet werden (act. 25, S. 2 - 4). - Gestützt auf eine persönliche Untersuchung des Beschwerdeführers hielt Dr. med. D.\_\_\_\_\_, Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, zertifizierter medizinischer Gutachter SIM sowie Vertrauensarzt SGV, mit Gutachten vom 24. Oktober 2012 im Wesentlichen fest, die vom Beschwerdeführer geschilderten Beschwerden seien am ehesten durch eine "chronische Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren (ICD-10 F 45.41)" erklärbar, wobei zudem auch eine dysfunktionale Schmerzverarbeitung und eine Selbstlimitierung vorhanden seien. Eine erhebliche Einschränkung der Arbeitsfähigkeit für die angestammte wie auch für eine angemessene Verweistätigkeit könne aus versicherungspsychiatrischer Sicht nicht angenommen werden (act. 57, S. 18 - 29). - In einem von der Deutschen Rentenversicherung veranlassten orthopädischen Gutachten vom 21. November 2013 kam Dr. med. K.\_\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie, zum Schluss, dass dem Versicherten körperlich leichte Arbeiten in überwiegend sitzender Position im Wechselrhythmus ohne Überkopfarbeiten in wohltemperierten Räumen vollschichtig zumutbar seien. Auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt sei er mit den genannten Einschränkungen in der Lage, leichte körperliche Arbeiten während 6 Stunden und mehr auszuüben (act. 89, S. 16 - 33). Mit internistischem Gutachten vom 5. Dezember 2013 kam Dr. med. N.\_\_\_\_\_, Fachärztin für Allgemeinmedizin, Notfall- und Sozialmedizin, zum Schluss, dass dem Beschwerdeführer aus internistischer Sicht eine angepasste Tätigkeit in Vollsicht zumutbar sei (act. 89, S. 2 - 14). - Im polydisziplinären (internistischen, psychiatrischen, neurologischen und orthopädischen) Gutachten I (vom 9. März 2015) hielten die Experten im Rahmen ihrer Konsensbeurteilung fest, dass aufgrund der orthopädischen Beurteilung seit dem Unfallereignis vom 4. August 2010 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit im zuletzt ausgeübten Beruf als Maler bestehe. Nachdem aufgrund der neurologischen Beurteilung die Diagnostik der erhobenen Befunde nicht abgeschlossen sei, könne derzeit kein abschliessendes adaptiertes Leistungsbild formuliert werden. Es bedürfe hierfür einer weiteren neurologischen Abklärung. Die Psychiaterin Dr. med. L.\_\_\_\_\_ hielt in ihrem Teilgutachten vom 4. Februar 2015 fest, es bleibe unklar, ob die von Dr. med. D.\_\_\_\_\_ gestellte Diagnose der "chronischen Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren (ICD-10 F 45.41)" als Diagnose oder als Verdachtsdiagnose gestellt worden sei. Gegen die Diagnose der "chronischen Schmerzstörung" spreche vor allem die fehlende übermässige Beschäftigung mit Schmerzen. Der Neurologe, Prof. Dr. med. M.\_\_\_\_\_, Facharzt für Neurologie und Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, hielt in seinem Teilgutachten vom 3. Februar 2015 namentlich fest, in den MEP (motorisch evozierten Potenzialen), welche wegen der Reflexauffälligkeiten durchgeführt worden seien, hätten sich Hinweise auf eine zentrale Leitungsstörung ergeben. Dies erfordere eine weitere Diagnostik, welche er nicht mehr habe veranlassen können, da die neurophysiologischen

Untersuchungen erst nach der klinischen Begutachtung durchgeführt worden seien. Zur weiteren Abklärung empfehle er dringend die Vorstellung des Beschwerdeführers bei einem Neurologen respektive in einer neurologischen Klinik (act. 110, S. 1 - 67). - RAD-Arzt Dr. med. H. \_\_\_\_\_ hielt gestützt auf seine Prüfung des Gutachtens I mit Stellungnahme vom 17. März 2015 fest, dass die Gutachter ihren gutachterlichen Abklärungsauftrag nicht hinreichend erfüllt hätten. Dementsprechend müsse der Beschwerdeführer von den Gutachtern erneut aufgeboten werden und es seien alle notwendigen neurologischen Abklärungsmassnahmen durchzuführen; alsdann sei mit erneuter neurologischer und gesamtmedizinischer Beurteilung zur Arbeitsfähigkeit Stellung zu beziehen (act. 112 S. 1 - 3). - Mit Stellungnahme vom 20. April 2015 teilte Prof. Dr. med. M. \_\_\_\_\_ der IV-Stelle mit, dass die Arbeitsfähigkeit - entgegen der Annahme der IV-Stelle - aus neurologischer Sicht abschliessend beurteilt worden sei. Allerdings sei davon auszugehen, dass sich der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers nach abschliessender Diagnostik und durchgeführter Therapie gegebenenfalls verändern könnte; die weitere Diagnostik und Therapie sei Sache der Kranken- und nicht der Rentenversicherung (act. 120, S. 2). - RAD-Arzt Dr. med. H. \_\_\_\_\_ hielt nach Prüfung dieser Stellungnahme am 1. Juni 2015 daran fest, dass die Arbeitsfähigkeit in einer dem Leiden angepassten Verweistätigkeit abschliessend gesamtmedizinisch zu beurteilen sei (act. 123, S. 1 f.). - Prof. Dr. med. M. \_\_\_\_\_ präziserte seine Leistungsbeurteilung mit ergänzender Stellungnahme vom 16. Juli 2015 (act. 125, S. 2 f.) wie folgt: "Die Arbeitsfähigkeit/Unfähigkeit in adaptierten Tätigkeiten ist in einer vorwiegenden sitzenden, teilweise wechselbelastenden Tätigkeit mit leichten körperlichen Arbeiten ( 5kg Heben und Tragen) zu 100 % möglich. Die Spezifikation der adaptierten Tätigkeit ist aus orthopädischen Gründen derart eingeschränkt, dass das Führen eines Fahrzeuges nicht zumutbar ist. Zudem ist aus Sicherheitsgründen das Besteigen von Leitern und Gerüsten nicht möglich". - Gestützt auf internistische, orthopädische, neurologische und psychiatrische Abklärungen hielten die Experten der G. \_\_\_\_\_ AG in ihrem Gutachten II (vom 23. August 2016) als Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit einen chronischen Unterschenkelschmerz rechts nach erlittenem chronischen Kompartementsyndrom mit Hinweisen auf ein im Verlauf aufgetretenes CRPS II bei allgemeiner Hyperalgesie des rechten Unterschenkels mit vermehrter Kältealgesie und gleichzeitiger Berührungshypästhesie (ICD-10 T 79.62, M89.0) sowie den Verdacht auf ein unspezifisches Thoracic Outlet Syndrom linksbetont (ICD-10 G54.0) fest. Ferner führten sie aus, dass beim Beschwerdeführer die Unterschenkelschmerzen rechts im Vordergrund stünden. Aus rein orthopädischer Sicht seien weder funktionell noch strukturell Störungen respektive Diagnosen zu erheben, welche die Arbeitsfähigkeit einschränken würden. Es müsse allerdings aufgrund des chronifizierten Schmerzgeschehens wahrscheinlich von einer chronischen Schmerzstörung bei CRPS mit entsprechenden körperlichen Faktoren von einer Einschränkung ausgegangen werden. Auch aus neurologischer Sicht bestehe in der Zusammenschau der Befunde der Verdacht eines Residualzustandes eines CPRS Typ II mit extrapyramidalmotorischer Störung. Durch die Tremorsymptomatik im Bereich der rechten unteren Extremität sei der Beschwerdeführer bezüglich Arbeiten auf Gerüsten und Leitern deutlich eingeschränkt, und eine reguläre Arbeit als Maler sei mit dieser Symptomatik kaum denkbar. In der Zusammenschau der klinischen Befunde sei eine C6-Radikulopathie zwar möglich, in der klinischen Untersuchung hätten sich jedoch darüber hinaus keine Hinweise für eine im Vordergrund stehende Radikulopathie bei negativem Spurling-Test und fehlendem sensomotorischem Ausfallsyndrom ergeben. Überdies sei die Symptomatik

durch das unspezifische Thoracic Outlet-Syndrom ausreichend erklärt. Aus psychiatrischer Sicht könne vor dem Hintergrund des unauffälligen psychischen Befundes des Beschwerdeführers keine für die Arbeitsfähigkeit relevante Diagnose gestellt werden. Namentlich lasse sich keine affektive Beeinträchtigung im Sinne einer depressiven Störung feststellen. Vielmehr finde sich beim Beschwerdeführer eine chronische, wohl schon mehrere Jahre andauernde depressive Verstimmung, welche weder schwer noch hinsichtlich einzelner Episoden anhaltend genug sei, um die Kriterien einer schweren, mittelgradigen oder leichten rezidivierenden depressiven Störung zu erfüllen. Ferner dürften auch viele psychosoziale Belastungsfaktoren und die damit verbundenen Einschränkungen beteiligt sein. Diese Umstände würden keine psychiatrische Diagnose mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit bedingen. Zudem bestünden Resilienzen und Ressourcen, so dass anzunehmen sei, dass diese Krise überwunden werden könne. Überdies könnten keine Persönlichkeitsaspekte und keine Persönlichkeitsakzentuierung oder -störung festgestellt werden, welche dem Beschwerdeführer Ressourcen rauben würden. Ferner bestehe bei ihm weiterhin ein - wenn auch nicht eng geknüpftes - soziales Netz, und ein völliger Rückzug sei nicht festzustellen. Hinsichtlich gleichmässiger Einschränkungen in vergleichbaren Lebensbereichen bestehe im Wesentlichen Konsistenz, insbesondere wenn der Freizeit- mit dem Arbeitsbereich verglichen werde. Bei leichten Arbeiten ohne die Notwendigkeit des Hebens von Gewichten von mehr als 5 kg, in wechselnder Position, stehend und sitzend sowie unter Vermeidung von Belastungen der rechten unteren Extremität und Vermeidung von Überkopfarbeiten, bestehe für eine angepasste Tätigkeit eine Arbeitsfähigkeit von 100 %. Auch aus psychiatrischer Sicht bestehe in einer angepassten Verweistätigkeit keine Einschränkung. Die divergierenden Beurteilungen der Arbeitsfähigkeit in den Fachgutachten seien den unterschiedlichen Befunden und Diagnosen in den verschiedenen Fachdisziplinen geschuldet. Es bestehe aber Konsens über die gesamtmedizinisch zu attestierende Arbeitsfähigkeit von 100 % in einer angepassten Verweistätigkeit (act. 146, S. 21 - 29). - RAD-Arzt Dr. med. H. \_\_\_\_\_ hielt nach Prüfung des Gutachtens II mit Stellungnahme vom 29. August 2016 fest, dass dieses gut strukturiert und umfassend ausgefallen sei. Es seien alle medizinischen Unterlagen zur Kenntnis genommen, die geklagten Beschwerden allesamt berücksichtigt sowie allseitige fachärztliche Untersuchungen durchgeführt worden. Ferner seien die Standardindikatoren durch die Gutachter ausreichend selbst geprüft worden, und die gutachterlich festgestellte Arbeitsfähigkeit sei damit nach Prüfung der Standardindikatoren vollumfänglich nachvollziehbar. Die wesentlichen Beschwerden des Beschwerdeführers seien sodann nicht aus psychiatrischer Sicht begründbar, so dass sich eine zusätzliche RAD-psychiatrische Beurteilung als nicht notwendig respektive als nicht weiterführend erweise. Spätestens aber Anfang 2012 sei dem Beschwerdeführer eine volle Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Verweistätigkeit zu attestieren (act. 148, S. 1 - 9). - Mit Stellungnahme vom 19. Januar 2017 kam RAD-Arzt Dr. med. H. \_\_\_\_\_ nach Prüfung der vom Beschwerdeführer mit Eingabe seiner Rechtsvertreterin gegen das Gutachten II erhobenen Einwände zum Schluss, auch wenn Dr. med. D. \_\_\_\_\_ eine "chronische Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren (ICD-10 F 45.41)" festgehalten habe, ändere dies nichts daran, dass die Versicherungspsychiater übereinstimmend eine relevante Einschränkung der Arbeitsfähigkeit verneint hätten. Die diagnostizierte akzentuierte Persönlichkeit (ICD-10 Z 73) beschreibe als Z-Diagnose lediglich Normvarianten oder Lebensumstände, welche zu einer ärztlichen Inanspruchnahme führen könnten, aber grundsätzlich keine psychiatrische Erkrankung im engeren Sinne darstelle. Ferner hätten die Gutachter die psychosoziale

Situation des Beschwerdeführers ausreichend erfasst und in ihrer Beurteilung der Arbeitsfähigkeit einbezogen (act. 156, S. 1 - 5).

## **E. 5.2**

Wie auch die Vorinstanz im Beschwerdeverfahren nunmehr explizit anerkennt (vgl. BVGer act. 8 samt Beilage), werden die vorliegenden Arztberichte und Gutachten den rechtsprechungsgemässen Anforderungen an eine beweiskräftige medizinische Beurteilungsgrundlage (BGE 134 V 231 E. 5.1; 125 V 351 E. 3a S. 352 mit Hinweis) aus folgenden Gründen nicht gerecht:

### **E. 5.2.1**

Zu Recht unbestritten ist, dass das Gutachten I (act. 110, S. 1 - 67) bereits deshalb keine abschliessende Leistungsbeurteilung erlaubt, weil eine solche nach der Überzeugung des Neurologen weiterer neurologischer Abklärungen zur Prüfung der festgestellten Hinweise auf eine zentrale Leitungsstörung bedurft hätte. Folgerichtig wurde ein weiteres Gutachten in Auftrag gegeben.

### **E. 5.2.2**

Das Gutachten II erweist sich sodann aus folgenden Gründen als unvollständig und widersprüchlich:

#### **E. 5.2.2.1**

Zunächst fällt auf, dass der psychiatrische Gutachter, med. pract. O.\_\_\_\_\_, zwar mehrere psychiatrische Diagnosen (ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit) festhält (1. Dysthymia nach ICD-10 F 34.1; 2. Verdacht auf Status nach Anpassungsstörung nach ICD-10 F 43.2; 3. akzentuierte Persönlichkeit nach ICD-10 Z 73; 4. Probleme mit Bezug auf Schwierigkeiten bei der Lebensbewältigung nach ICD-10 Z 56.7 und Z 59.9; act. 146, S. 117); diese Diagnosen, namentlich die Dysthymie, werden in der Folge jedoch nicht in Bezug gesetzt zu den erhobenen Befunden, so dass es an einer nachvollziehbaren und überprüfbaren Verbindung zwischen den erhobenen Befunden und den Diagnosen mangelt. Insbesondere steht fest, dass der Beschwerdeführer im Rahmen der persönlichen Untersuchung durch den psychiatrischen Experten ausgeführt hat, dass der Schmerz seelisch gegenwärtig alles zudecke; er stehe im Vordergrund, obwohl er nicht zu messen sei. Bedingt durch die Schmerzen bestehe eine ausgeprägte Schlafstörung. Morgens sei er dann kaputt und nicht mehr leistungsfähig. Diese Situation habe ihn auch äusserlich alt werden lassen. Etwas zu unternehmen, bereite ihm häufig Beschwerden; auf Dauer sei das "nicht mehr gut, nicht mehr auszuhalten". Er habe auch schon Lebensüberdrussgedanken gehabt, diese jedoch verworfen und nicht weiter verfolgt. Der Schmerz regiere jedoch gegenwärtig sein Leben, er komme und gehe und sei nicht mehr kontrollierbar (act. 146, S. 107). Diese Aussagen stehen in offensichtlichem Widerspruch zur Annahme des psychiatrischen Gutachters, wonach eine eigentliche depressive Herabgestimmtheit nicht zu beobachten und nicht zu explorieren gewesen sei (act. 146, S. 116). Dieser Widerspruch wurde auch durch die nachfolgenden Stellungnahmen des RAD nicht aufgelöst. Wie der psychiatrische RAD-Facharzt Dr. med. I.\_\_\_\_\_ im Verlaufe des Beschwerdeverfahrens zu Recht erkannt hat (vgl. act. 162, S. 1 f.), bestehen aufgrund des im Gutachten II erhobenen psychopathologischen Befundes konkrete Hinweise für eine die Leistungsfähigkeit beeinträchtigende Depression. Angesichts der festgestellten Widersprüche wäre zumindest eine Klärung durch gezielte Ergänzungsfragen beim psychiatrischen Gutachter geboten gewesen.

#### **E. 5.2.2.2**

Der psychiatrische Gutachter hat sodann die von ihm gestellten Diagnosen der Dysthymie (ICD-10 F. 34.1) und der akzentuierten Persönlichkeit (ICD-10 Z 73) nicht näher begründet und auch deren Ausprägung nicht erläutert. Bei der Dysthymie handelt es sich um eine chronische depressive Verstimmung, die je nach Schweregrad und Dauer der einzelnen Episoden gegenwärtig nicht die Kriterien für eine leichte oder mittelgradige depressive Störung (ICD-10 F33.0, F33.1) erfüllt. Das wesentliche Kennzeichen ist die langdauernde, depressive Verstimmung, die niemals oder nur sehr selten ausgeprägt genug ist, um die Kriterien für eine rezidivierende leichte oder mittelgradige depressive Störung zu erfüllen (Horst Schilling/Werner Mombour/Martin H. Schmidt [Hrsg.], Internationale Klassifikation der psychischen Störungen, 10. Aufl. 2015, S. 183). Eine entsprechende Diskussion der Ausprägung der Störung samt einer Diskussion von Differentialdiagnosen wäre indes - wie RAD-Arzt Dr. med. I.\_\_\_\_\_ mit Recht hervorgehoben hat (act. 162, S. 1) - zwingend geboten gewesen. In Bezug auf die diagnostizierte akzentuierte Persönlichkeit wäre überdies eine Prüfung und detaillierte Beschreibung der Persönlichkeit und namentlich darüber notwendig gewesen, inwiefern die besondere Persönlichkeitsstruktur Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit zulässt (vgl. hierzu BGE 141 V 281 E. 4.3.2; Qualitätsleitlinien für versicherungspsychiatrische Gutachten, 3. vollständig überarbeitete ergänzte Auflage, S. 17 f.). Auch diesem Erfordernis wird das Gutachten II nicht gerecht. Der blosse Hinweis, dass es sich hierbei um eine Z-Diagnose handle (act. 156, S. 4), welche grundsätzlich keine psychiatrische Erkrankung im engeren Sinne darstelle, genügt in diesem Zusammenhang nicht.

#### **E. 5.2.2.3**

Mit Blick auf die im Gutachten gestellten psychiatrischen Diagnosen (E. 5.2.2.1 hievor) wäre es vorliegend geboten gewesen, das Gutachten II einem auf die Psychiatrie spezialisierten RAD-Facharzt zur Prüfung zu unterbreiten, zumal der Beweiswert auch versicherungsinterner Arztberichte wesentlich von der notwendigen fachlichen Qualifikation abhängt (SVR 2013 BVG Nr. 40 S. 174, 9C\_592/2012 E. 1.2.2; Urteile des BGer 9C\_411/2017 vom 4. Oktober 2017 E. 3.2.1 und 8C\_309/2016 vom 14. Dezember 2016 E. 4.4).

#### **E. 5.2.2.4**

Vorliegend hat med. pract. O.\_\_\_\_\_ die von Dr. med. D.\_\_\_\_\_ diagnostizierte chronische Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren (ICD-10 F45.41) zwar zur Kenntnis genommen (act. 146, S. 126). Wenn er in der Folge eine Diagnose "einer Erkrankung aus dem somatoformen Diagnosespektrum" verneint hat mit der (blossen) Begründung, es lasse sich für die geklagten Beschwerden ein somatisches Korrelat finden (act. 146, S. 120), so genügt diese zum einen den rechtsprechungsgemässen Anforderungen an die Prüfung der Diagnose nicht. Zum anderen steht diese Schlussfolgerung auch im Widerspruch zur Beurteilung des orthopädischen Gutachters Dr. med. P.\_\_\_\_\_, zumal dieser von der Wahrscheinlichkeit einer chronischen Schmerzstörung mit körperlichen und psychischen Faktoren ausgeht (act. 146, S. 75).

#### **E. 5.2.2.5**

Wie Dr. med. I.\_\_\_\_\_ mit Recht vorbringt, geht med. pract. O.\_\_\_\_\_ ohne nähere Begründung davon aus, dass beim Beschwerdeführer Resilienzen und Ressourcen bestünden, weshalb anzunehmen sei, dass auch diese Krise überwunden werden könne (act.

146, S. 119). Inwiefern beim Beschwerdeführer hinreichende Ressourcen bestehen sollen, wird vom psychiatrischen Gutachter indes nicht näher erläutert. Mit Blick auf die im Gutachten II umschriebene psychische Befindlichkeit, welche durch Schmerzen und ausgeprägte Schlafstörungen, Beschwerden im Bereich der LWS, Lebensüberdrussgedanken und eine Scheidungsproblematik geprägt ist (vgl. act. 146, S. 107 und 112), ist zumindest fraglich, ob die erforderlichen Ressourcen noch vorhanden sind.

### **E. 5.2.3**

Damit fehlt es vorliegend an einer nachvollziehbaren Begründung für die angenommene Leistungsfähigkeit. Es liegt insbesondere keine nachvollziehbare und verlässliche medizinische Grundlage zur Beurteilung der (allfälligen) Auswirkungen des Schmerzzustandes auf die Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers vor. Nach der mit dem genannten Grundsatzentscheid begründeten Rechtsprechung ist dem "diagnoseinhärenten" Schweregrad der somatoformen Schmerzstörung vermehrt Rechnung zu tragen (BGE 141 V 281 E. 2.1). Die Diagnose dient nach dieser Rechtsprechung nicht nur der gesicherten Feststellung des Krankheitsbildes, sondern ist darüber hinaus auch Referenz für allfällige Funktionseinschränkungen (BGE 141 V 281 E. 2.1.2 S. 286 f.). Auch in der bisher ergangenen Folgerechtsprechung zu BGE 141 V 281 ist das Bundesgericht vermehrt auf die Diagnosestellung eingegangen (vgl. z.B. Urteil des BGer 9C\_173/2015 vom 19. Juni 2015 E. 4.2.5). Diagnosestellung und - in der Folge - Invaliditätsbemessung haben folglich stärker als bis anhin die entsprechenden Auswirkungen der diagnoserelevanten Befunde zu berücksichtigen. Es muss medizinisch schlüssig begründet sein, inwiefern sich aus den funktionellen Ausfällen bei objektivierter Zumutbarkeitsbeurteilung anhand der Standardindikatoren eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit ergibt (vgl. BGE 141 V 574 E. 4.2). Dabei ist auch erforderlich, dass der medizinische Gutachter den fraglichen Befund plausibel einer Diagnose zuordnen kann (vgl. dazu auch Thomas Gächter/Michael E. Meier, Einordnung von BGE 141 V 281 aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: HAVE 2015 S. 438 f.). Dieser Konnex zwischen den erhobenen Befunden und den gestellten respektive verneinten Diagnosen wird im hier zur Diskussion stehenden Gutachten II nicht plausibel und nachvollziehbar begründet. Als unvollständig erweist sich die medizinische Aktenlage auch insoweit, als in den medizinischen Berichten und Gutachten keine verlässlichen und hinreichend detaillierten Aussagen gemacht werden zu den gegebenenfalls noch vorhandenen persönlichen Ressourcen, welche die schmerzbedingte Belastung gegebenenfalls kompensieren können und damit die Leistungsfähigkeit begünstigen (BGE 141 V 281 E. 3.4.2.1, E. 4.1.1 und E. 4.3.1.3; vgl. dazu auch Urteil des BGer 9C\_43/2017 vom 29. Januar 2018 E. 3.2.2).

### **E. 5.3**

Aus dem Gesagten folgt, dass die vorliegenden medizinischen Unterlagen keine verlässliche und schlüssige Grundlage zur Beurteilung von Art und Ausprägung der infrage stehenden Diagnosen bilden. Zudem erlauben Akten keine schlüssige Beurteilung im Lichte der Beurteilungsindikatoren gemäss BGE 141 V 281. Die vorliegenden ärztlichen Berichte und Gutachten sind insofern nicht umfassend, als sie keine verlässlichen Angaben zum Vorliegen und gegebenenfalls zur Ausprägung einer chronischen Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren (ICD-10 F 45.41) enthalten; überdies findet sich auch keine klare Abgrenzung zwischen gesundheits- und gegebenenfalls durch psychosoziale Umstände bedingten Funktionseinschränkungen. Schliesslich fehlen auch

verlässliche Aussagen zum Umfang der gegebenenfalls noch mobilisierbaren persönlichen Ressourcen. Damit steht fest, dass sich der gesundheitliche Zustand und insbesondere dessen Auswirkungen auf die Arbeits- und Leistungsfähigkeit unter Berücksichtigung der medizinischen Beweismittel, wie sie der Vorinstanz im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung vom 23. Februar 2017 vorlagen, nicht schlüssig beurteilen lassen. Auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren wurden keine medizinischen Stellungnahmen eingereicht, welche die festgestellten Lücken beim medizinischen Sachverhalt zu schliessen vermöchten.

### **E. 6.1**

Steht - wie hier - fest, dass der medizinische Sachverhalt ungenügend abgeklärt ist, so ist nach der mit BGE 137 V 210 begründeten Rechtsprechung grundsätzlich eine Begutachtung durch das Gericht in die Wege zu leiten. Gerichtliche Expertisen sind nach dieser Rechtsprechung insbesondere angezeigt, wo der im Verwaltungsverfahren anderweitig erhobene medizinische Sachverhalt überhaupt gutachterlich abklärungsbedürftig ist oder ein Administrativgutachten in einem rechtserheblichen Punkt nicht beweiskräftig ist. Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur weiteren Abklärung des Sachverhaltes (Art. 43 Abs. 1 ATSG) bleibt allerdings möglich, wenn sie in der notwendigen Beantwortung der bisher ungeklärten Frage nach den Auswirkungen des Gesundheitszustandes auf die Arbeits- respektive Leistungsfähigkeit begründet liegt oder wenn lediglich eine Klarstellung, Präzisierung oder Ergänzung gutachterlicher Ausführungen erforderlich ist (Art. 61 Abs. 1 VwVG; vgl. BGE 137 V 210 E. 4.4.1.4). Die regelmässige Einholung medizinischer Gerichtsgutachten entspricht allerdings nicht dem für das Abklärungsverfahren der Invalidenversicherung gesetzlich vorgesehenen System der Verwaltungsrechtspflege schweizerischen Zuschnitts (BGE 137 V 210 E. 2.2.2). Eine regelmässige Einholung von Gerichtsgutachten ist auch nicht unbedingt erforderlich, um das Abklärungsverfahren verfassungs- und konventionskonform auszugestalten. Eine solche weitgehende Verlagerung der Expertentätigkeit von der administrativen auf die gerichtliche Ebene ist - von der staatspolitischen Tragweite einer solchen grundsätzlichen, dem Gesetzgeber vorbehaltenen Grundsatzentscheidung abgesehen - auch sachlich gar nicht wünschbar. Die Rechtsstaatlichkeit der Versicherungsdurchführung litte empfindlich und wäre von einem Substanzverlust bedroht, wenn die Verwaltung von vornherein darauf bauen könnte, dass ihre Arbeit ohnehin in jedem verfügungsweise abgeschlossenen Sozialversicherungsfall auf Beschwerde hin gleichsam gerichtlicher Nachbesserung unterläge (BGE 137 V 210 E. 4.2). Würde eine gravierend mangelhafte Sachverhaltsabklärung im Verwaltungsverfahren durch Einholung eines Gerichtsgutachtens im Beschwerdeverfahren korrigiert, bestünde mithin die konkrete Gefahr der unerwünschten Verlagerung der den Durchführungsorganen vom Gesetz übertragenen Pflicht zur Abklärung des rechtserheblichen medizinischen Sachverhalts auf das Gericht mit entsprechender zeitlicher und personeller Inanspruchnahme der Ressourcen (BGE 137 V 210 E. 4.2; Urteil des BVGer C-1358/2014 vom 11. Dezember 2015 E. 5). Die Verwaltung soll nicht dazu verleitet werden, das Gericht die eigentliche Abklärungsarbeit machen zu lassen (vgl. dazu Miriam Lendfers, Sachverständige im Verwaltungsverfahren, in: Ueli Kieser/Miriam Lendfers [Hrsg.], Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2016, S. 187). Überdies würde den Verfahrensbeteiligten mit dem Verzicht auf ein Administrativgutachten im Verwaltungsverfahren auch die Möglichkeit der Überprüfung durch ein Obergutachten im Beschwerdeverfahren genommen; der doppelte Instanzenzug bliebe diesbezüglich nicht gewahrt.

## **E. 6.2**

Vorliegend hätten die IVSTA und die IV-Stelle die Mangelhaftigkeit des Gutachtens II zweifelsohne bereits im vorinstanzlichen Verfahren erkannt, wenn sie mit Rücksicht auf die in diesem Gutachten unter anderem gestellten psychiatrischen Diagnosen einen auf die Psychiatrie spezialisierten RAD-Facharzt beigezogen hätten. So hat der (erst im Beschwerdeverfahren mit der Prüfung des Gutachtens II beauftragte) Dr. med. I. \_\_\_\_\_ als Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie die offenkundig bestehenden Mängel des Gutachtens II rasch erkannt und unmissverständlich festgehalten hat (act. 162 f.). Die Unterlassung seitens der Vorinstanz ist umso gravierender, als der Beweiswert einer ärztlichen Beurteilung nach der konstanten Rechtsprechung wesentlich davon abhängt, ob die begutachtende respektive beurteilende Person über die entsprechende Fachausbildung verfügt (vgl. statt vieler Urteile des BGer 8C\_309/2016 vom 14. Dezember 2016 E. 4.3 und 9C\_547/2010 vom 26. Januar 2011 E. 2.2). Insbesondere wäre bei korrekter Vorgehensweise der Vorinstanz rasch klar geworden, dass weitere Abklärungen erforderlich gewesen wären. Die verfügende Behörde hat jeweils bereits im Verwaltungsverfahren von Amtes wegen zu prüfen, ob ein Gutachten mit den medizinischen und den aktuellen rechtlichen Vorgaben in Einklang steht. Es steht ihr dafür jeweils ein eigener regionalärztlicher Dienst zur Verfügung. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit ist die medizinische und rechtliche Qualität eines neu erstellten Gutachtens zeitnah zu überprüfen. Diese Vorgehensweise ermöglicht die zeitnahe Rückfrage bei den Experten. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass das menschliche Erinnerungsvermögen vor allem mit Bezug auf Einzelheiten eines Geschehens relativ rasch verblasst (Urteil des EVG U 26/00 vom 21. August 2001 E. 1 b). Die Gutachter sind in einem ersten Schritt um Erläuterung oder Ergänzung der mangelhaften Stellen zu ersuchen. Bleibt das Begutachtungsergebnis weiterhin ungenügend, so ist erst subsidiär in einem nächsten Schritt eine Neubegutachtung im Verwaltungsverfahren in die Wege zu leiten. Im vorliegenden Fall hätten die bestehenden Mängel zum damaligen Zeitpunkt allenfalls noch durch entsprechende Rückfragen beim Experten behoben werden können. Werden die Mängel indes erstmals im Zuge des Beschwerdeverfahrens vertieft geprüft, so kann regelmässig - so auch hier - selbst auf an sich beweiskräftiges Teilgutachten nicht mehr abgestellt werden, da es in zeitlicher Hinsicht keine rechtsgenügende Entscheidungsgrundlage für die erneute Konsensbeurteilung und den Erlass einer neuen Verfügung mehr bildet (Urteil des BGer 8C\_681/2015 vom 17. März 2016 E. 6). Die Rechtsvertreterin hat sich im Rahmen des Vorbescheidverfahrens mit Eingabe vom 14. Dezember 2016 auf vier Seiten ausführlich mit dem Beweiswert des Gutachtens befasst. Die konkret erhobenen und ausführlich begründeten Rügen waren der Vorinstanz somit bereits vor Erlass der Verfügung bekannt. In der nachfolgenden Beurteilung hielt der medizinische Dienst eine zusätzliche medizinische Abklärung weiterhin für nicht notwendig. Eine nachfolgende rechtliche Auseinandersetzung mit den beweisrechtlichen Aspekten zum Gutachten ist nicht aktenkundig. Für eine Rückweisung spricht im vorliegenden zudem der Umstand, dass mit Blick auf die neue Depressionspraxis (E. 4.6 hievor) eine erstmalige gerichtliche Prüfung des psychischen Leidens im neu gebotenen strukturierten Beweisverfahren nicht sachgerecht wäre.

## **E. 7.1**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der relevante medizinische Sachverhalt nicht allseitig und zudem auch nicht vollständig abgeklärt wurde, so dass sich die funktionelle

Leistungsfähigkeit und damit auch die Auswirkungen auf die Erwerbsfähigkeit nicht zuverlässig beurteilen lassen. Vorliegend sind ergänzende Expertisen in den Fachbereichen Innere Medizin, Orthopädie, Neurologie und Psychiatrie geboten.

#### **E. 7.2**

Auch auf die dem Gutachten II zugrunde liegenden internistischen, neurologischen und orthopädischen Teilgutachten kann - ungeachtet ihres Beweiswertes - allein schon aufgrund ihrer mangelnden Aktualität nicht mehr abgestellt werden, da seit der Erstellung inzwischen bereits rund zwei Jahre verstrichen sind. Ob neben den genannten Fachdisziplinen auch noch weitere Spezialisten beigezogen werden, ist dem pflichtgemässen Ermessen der Gutachter zu überlassen, zumal es primär ihre Aufgabe ist, aufgrund der konkreten Fragestellung über die erforderlichen Untersuchungen zu befinden (vgl. dazu Urteil des BGer 8C\_124/2008 vom 17. Oktober 2008 E.6.3.1). Mit der (erneuten) interdisziplinären Begutachtung kann auch sichergestellt werden, dass alle relevanten Gesundheitsschädigungen erfasst und die daraus jeweils abgeleiteten Einflüsse auf die Arbeitsfähigkeit würdigend in einem Gesamtergebnis ausgedrückt werden (vgl. dazu SVR 2008 IV Nr. 15 S. 44, E. 2.1). Überdies erfordert die bundesgerichtliche Praxisänderung im Bereich der psychosomatischen Leiden (BGE 141 V 281) und der Depressionen (BGE 143 V 409 und 143 V 418) im vorliegenden Fall hinsichtlich beider Krankheitsbilder die Anwendung des strukturierten Beweisverfahrens samt umfassender Prüfung der Standardindikatoren. Zu beachten gilt es dabei, dass bereits bei der Diagnosestellung dem Umstand Rechnung zu tragen ist, dass die Diagnose "Schmerzstörung" einen gewissen Schweregrad voraussetzt. Einzubeziehen sind zudem auch die Persönlichkeit und allfällige Ressourcen, welche die Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers begünstigen können. Entscheidend und abzuklären ist weiter, ob die geltend gemachten Einschränkungen in den verschiedenen Lebensbereichen (Arbeit und Freizeit) gleichermassen auftreten und ob resp. inwiefern sich der Leidensdruck in der Inanspruchnahme allfälliger therapeutischer Möglichkeiten zeigt. Nach Vorliegen der entsprechenden medizinischen Ergebnisse hat die Vorinstanz eine neue Verfügung zu erlassen.

#### **E. 7.3**

Die polydisziplinäre Begutachtung hat vorliegend in der Schweiz zu erfolgen, zumal die Abklärungsstelle mit den Grundsätzen der schweizerischen Versicherungsmedizin vertraut sein muss (vgl. dazu Urteil des BGer 9C\_235/2013 vom 10. September 2013 E. 3.2; Urteil des BVGer C-4677/2011 vom 18. Oktober 2013 E. 3.6.3). Dem Beschwerdeführer ist dazu das rechtliche Gehör zu gewähren und es ist ihm Gelegenheit zu geben, Zusatzfragen zu stellen (BGE 137 V 210 E. 3.4.2.9 S. 258 ff.).

#### **E. 7.4**

Es sind zudem keine Gründe ersichtlich, welche eine Begutachtung in der Schweiz als unverhältnismässig erscheinen liessen. Des Weiteren erfolgt die Gutachterausswahl bei polydisziplinären Begutachtungen in der Schweiz nach dem Zufallsprinzip (vgl. dazu BGE 139 V 349 E. 5.2.1 S. 354), was im Interesse der Verfahrensbeteiligten liegt.

#### **E. 7.5**

Die Beschwerde ist demnach insoweit gutzuheissen, als die angefochtene Verfügung vom 23. Februar 2017 aufzuheben ist und die Akten im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zur Durchführung weiterer Abklärungen im Sinne von E. 7.1 - E. 7.4 und anschliessendem Erlass einer neuen Verfügung zurückzuweisen sind.

## **E. 8**

Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

### **E. 8.1**

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Der obsiegenden Beschwerdeführerin sind demnach keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Bei diesem Ergebnis ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung hinfällig geworden. Der unterliegenden Vorinstanz werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

### **E. 8.2**

Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 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 Verwaltung. Da keine Kostennote eingereicht wurde, ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des Verfahrensausgangs, des gebotenen und aktenkundigen Aufwands, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des vorliegend zu beurteilenden Verfahrens erscheint eine Parteientschädigung von pauschal CHF 2'800.- (inkl. Auslagen, ohne Mehrwertsteuer, vgl. Urteil BVGer C-1741/2014 vom 28. April 2016 E. 8.3 mit Hinweisen) angemessen (vgl. Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 VGKE).

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