

BVGer C-5856/2016 vom 4. Juni 2018

Bundesverwaltungsgericht, 2018-06-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-5856_2016

FR: TAF C-5856/2016 du 4 juin 2018

IT: TAF C-5856/2016 del 4 giugno 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 vom 30. März 2015 zur Erhebung der Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG; Art. 59 ATSG [SR 830.1]). Nachdem der Instruktionsrichter mit Zwischenverfügung vom 28. Mai 2015 das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung guthiess (BVGer act. 7), ist auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde vom 21. April 2015 einzutreten (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG; Art. 60 ATSG).

E. 2.1

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

E. 2.2

Es ist gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Im Rahmen seiner Kognition kann es die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen guthiessen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. Urteil des BGer 2C_393/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.2; BGE 132 II 47 E. 1.3 m.H.).

E. 2.3

Nach ständiger Rechtsprechung beschränkt sich die Prüfung des Sozialversicherungsgerichts auf die Verhältnisse, wie sie sich bis zum Erlass der angefochtenen Verwaltungsverfügung entwickelt haben (vgl. Urteil des BGer 8C_489/2016 vom 29. November 2016 E. 5.2 m.H. auf BGE 132 V 215 E. 3.1.1; 130 V 138 E. 2.1; 121 V 362 E. 1b). Tatsachen, die jenen Sachverhalt seither verändert haben, sollen im Normalfall Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung sein (BGE 121 V 362 E. 1b).

E. 3.1

Der Beschwerdeführer ist kosovarischer Staatsangehöriger und ist aktuell im Kosovo wohnhaft. Das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der

(ehemaligen) Föderativen Volksrepublik Jugoslawien über Sozialversicherung vom 8. Juni 1962 (SR 0.831.109.818.1; nachfolgend: Sozialversicherungsabkommen) ist ab dem 1. April 2010 nicht weiter auf kosovarische Staatsangehörige anwendbar (BGE 139 V 263). Dies hat namentlich zur Folge, dass IV-Renten von Staatsangehörigen des Kosovos, die für den Zeitraum nach dem 31. März 2010 zugesprochen werden, gemäss Art. 6 Abs. 2 Satz 2 IVG nicht mehr ins Ausland exportierbar sind. Sie werden nurmehr innerhalb der Schweiz gewährt. Die laufenden Renten geniessen demgegenüber gemäss Art. 25 des Sozialversicherungsabkommens den Besitzstand (BGE 139 V 335 E. 6.1).

E. 3.2

Gemäss dem Grundsatz, wonach in zeitlicher Hinsicht regelmässig diejenigen Rechtssätze heranzuziehen sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 132 V 215 E. 3.1.1; Urteil des BGer 8C_606/2011 vom 13. Januar 2012 E. 3.1), bildet für die Frage, ob das für Angehörige der heutigen Republik Kosovo per Ende März 2010 ausser Kraft gesetzte Sozialversicherungsabkommen weiterhin zur Anwendung gelangt, die Entstehung des IV-Rentenanspruchs den massgebenden Anknüpfungspunkt (BGE 139 V 335 E. 6.2; Urteil des BGer 9C_793/2013 vom 27. März 2014 E. 3.2).

E. 3.3

Der Rentenanspruch entsteht frühestens nach Ablauf von sechs Monaten, nachdem der Leistungsanspruch beim zuständigen Versicherungsträger angemeldet wurde (Art. 29 Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 29 ATSG). Das der angefochtenen Verfügung vom 24. August 2016 zugrunde liegende Leistungsgesuch ging am 19. April 2012 bei der Vorinstanz ein (B act. 67, 70). Zu diesem Zeitpunkt war das Sozialversicherungsabkommen nicht mehr auf kosovarische Staatsangehörige anwendbar. Ein Export der Invalidenrente, die frühestens ab 1. Oktober 2012 beansprucht werden könnte, in den Kosovo fällt damit von vornherein ausser Betracht. Der Beschwerdeführer hat die Schweiz am 24. August 2014 verlassen (BVGer act.1, Seite 10). Entsprechend wird nachfolgend zu prüfen sein, ob für den Zeitraum vom Oktober 2012 bis zum August 2014 ein Anspruch auf Rentenleistungen besteht.

E. 4.1

Unter Invalidität wird die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde, ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit oder Unmöglichkeit, sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen, verstanden (vgl. Art. 8 Abs. 1 und 3 ATSG). Erwerbsunfähigkeit ist der durch eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt. 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 ATSG). 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. 4.2

Vor der Berechnung des Invaliditätsgrades muss beurteilt werden, ob die versicherte Person als (teil-) erwerbstätig oder nicht erwerbstätig einzustufen ist, was entsprechenden Einfluss auf die anzuwendende Methode der Invaliditätsgradbemessung hat. Bei einer erwerbstätigen versicherten Person wird das Erwerbseinkommen, das diese nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte, in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (allgemeine Methode des Einkommensvergleichs, Art. 16 ATSG). Zumutbare Verweisungstätigkeit hat sich der Versicherte anrechnen zu lassen, wobei es unerheblich ist, ob er seine Restarbeitsfähigkeit tatsächlich verwertet oder nicht. Bei nicht erwerbstätigen Versicherten, insbesondere bei Hausfrauen, wird für die Bemessung der Invalidität darauf abgestellt, in welchem Mass sie unfähig sind, sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen (spezifische Methode des Betätigungsvergleichs, Art. 28a Abs. 2 IVG). Als Aufgabenbereich der im Haushalt tätigen, nicht erwerbstätigen Personen gelten insbesondere die übliche Tätigkeit im Haushalt, die Erziehung der Kinder sowie gemeinnützige und künstlerische Tätigkeiten (Art. 27 Satz 1 IVV [SR 831.201] in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung). Bei Versicherten, die nur zum Teil erwerbstätig sind oder die unentgeltlich im Betrieb des Ehegatten oder der Ehegattin mitarbeiten, wird für diesen Teil die Invalidität nach Art. 16 ATSG festgelegt. Waren sie daneben auch im Aufgabenbereich tätig, so wird die Invalidität für diese Tätigkeit nach Art. 28a Abs. 2 IVG festgelegt. In diesem Fall sind der Anteil der Erwerbstätigkeit oder der unentgeltlichen Mitarbeit im Betrieb des Ehegatten oder der Ehegattin und der Anteil der Tätigkeit im Aufgabenbereich festzulegen und der Invaliditätsgrad in beiden Bereichen zu bemessen (gemischte Methode, Art. 28a Abs. 3 IVG).

E. 4.3

Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG 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). Gemäss Art. 28 Abs. 2 IVG besteht Anspruch auf eine ganze Rente, wenn die versicherte Person mindestens 70 %, derjenige auf eine Dreiviertelsrente, wenn sie mindestens 60 % invalid ist. Bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50 % besteht Anspruch auf eine halbe Rente und bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40 % ein solcher auf eine Viertelsrente.

E. 5

Zum Rentenanspruch des Beschwerdeführers ist Folgendes zu erwägen:

E. 5.1

Im polydisziplinären Gutachten vom 21. Dezember 2015 (act. 72) berichtete die Medas P. _____ über die Resultate der internistischen, rheumatologischen, psychiatrischen und neurologischen Untersuchung. Diese fand in Anwesenheit eines Dolmetschers statt (act. 72, Seite 1). Das Gutachten wurde unter Bezugnahme auf die Aktenlage und die am Untersuchungstag mitgebrachten Befunde erstellt (act. 72, Seite 2 ff.). Der Rheumatologe

zog aktuelle Röntgenaufnahmen bei (act. 72, Seite 21, 36 f.). Der Neurologe führte eine elektrophysiologische Zusatzuntersuchung durch (act. 72, Seite 60). Die psychiatrische Exploration dauerte zwei Stunden (act. 72, Seite 40), ohne dass eine derzeitige Diagnose mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit gestellt werden konnte (act. 72, Seite 57).

E. 5.2

Für die Gutachter bestand interdisziplinär Konsens, dass beim jungen Mann erhebliche Diskrepanzen zwischen dem geschilderten Beschwerdebild und den objektivierbaren Befunden bestehen würden. Am Bewegungsapparat würden sich nun diskrete beginnende degenerative Veränderungen zeigen, womit im Vergleich mit der Vorbegutachtung 2009 eine gewisse Verschlechterung eingetreten sei. Die vorbeschriebenen psychiatrischen Krankheitsbilder liessen sich hingegen nicht mehr nachweisen. Es sei von einer Remission auszugehen, obwohl seit über einem Jahr keine umfassende Behandlung im Kosovo mehr stattfinde. Wegen einer verminderten Belastbarkeit des Achsenskeletts sei ein Beruf im Gartenbau nicht mehr zumutbar. Alle rückschonenden Tätigkeiten könnten von dem jungen, an sich kräftigen Mann aber durchaus ausgeübt werden mit einer Leistungsminderung bei allgemeiner Dekonditionierung (act. 72, Seite 27).

E. 5.3

Folgende Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit wurden im Gutachten vom 21. Dezember 2015 gestellt: 1. Fehlhaltung und muskuläre Dysbalance, 2. Panvertebrales Schmerzsyndrom bei Ein-Segment-Degeneration an der Halswirbelsäule, 3. Beginnende mehrsegmentale Degeneration an der Lendenwirbelsäule. Folgende Diagnosen ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit wurden gestellt: 4. Dysfunktionale Krankheitsverarbeitung, 5. Status nach depressiver Episode, remittiert, 6. Somatoforme Schmerzstörung, remittiert, 7. Posttraumatische Belastungsstörung, remittiert (act. 72, Seite 27).

E. 5.4

Die Gutachter führten aus, der bisherige Arbeitsplatz als Hilfsarbeiter im Gartenbau bestehe nicht mehr. Aus rheumatologischer Sicht bestehe hierfür zumindest ab dem Zeitpunkt der Begutachtung eine Arbeitsunfähigkeit von 100 %. Im zeitlichen Verlauf könne aus psychiatrischer Sicht bei schwerer depressiver Störung eine Arbeitsunfähigkeit vorgelegen haben, was aber angesichts der heterogenen Aktenlage schwierig festzustellen sei. Die Störung sei laut Äusserung der Psychiatrischen Klinik E. _____ oder des Medas-Gutachtens G. _____ 2009 über weite Abschnitte wohl auch remittiert gewesen. Aus psychiatrischer Sicht sei eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % zu vermuten. Die Arbeitsunfähigkeit lasse sich aus der Aktenlage jedoch nicht sicher begründen. Für eine angepasste Tätigkeit bestehe eine zeitlich volle Arbeitsfähigkeit mit einer Leistungsminderung von maximal 25 % aufgrund einer allgemeinen Dekonditionierung. Zu vermeiden seien repetitives Bücken und Aufrichten, repetitives Heben und Tragen von Gewichten über 7 bis 10 kg, Arbeitstätigkeiten in chronischer Vorneigehaltung des Rumpfes und in kniender oder kauender Arbeitsposition. Die Möglichkeit zu Wechselpositionen sollte gegeben sein (act. 72, Seite 29 f.).

E. 5.5

Die Gutachter nannten folgende Beispiele für die Diskrepanzen (nicht abschliessend): Während der längerdauernden Exploration bei der internistischen und neurologischen Begutachtung habe der Versicherte problemlos ohne Dyspnoe und Husten sprechen können.

Während der körperlichen Untersuchung sei es dann zu trockenem, länger anhaltendem Husten gekommen. Dieser habe nach der Untersuchung, als der Proband wieder bekleidet im Stuhl sass, geendet. Diese Hustenattacken seien zwei Gutachtern aufgefallen und seien bei unauffälligem kardiopulmonalen Befund nicht zu erklären. Der Gang des Versicherten vom Wartezimmer zum Untersuchungsraum sei bei mehreren Gutachtern extrem langsam gewesen (mit Festhalten an der Wand) und werde vom Psychiater als "tendenziell theatralisch" beschrieben. Der Versicherte gebe an, im Kosovo (bei starken Schmerzen und bei Blockierung) Hilfe durch die Mutter (bei der Körperpflege, beim Toilettengang und beim Anziehen) zu benötigen, überwiegend zu sitzen oder zu liegen (act. 72, Seite 19, 44 f.). Dem stehe das Erscheinungsbild eines schlanken, jungen Mannes von unauffälligem Körperbau mit beschwielten Händen entgegen. Dazu stehe auch in Diskrepanz, dass er alleine die Flugreise in die Schweiz unternimmt, sich hier mit Frau, Kindern und dem Bruder trifft und im Hotel übernachten kann. Bei der rheumatologischen Untersuchung würden immer wieder ein aktives Gegenspannen und Schmerzangaben auffallen (Beispiel: Schmerzangabe in der Brustwirbelsäule bei der Prüfung der Faustkraft). Zudem sei bei der angegebenen körperlichen Schonung unter gleichzeitiger Einnahme des appetitsteigernden Remerons eigentlich ein adipöser Körperbau zu erwarten (act. 72, Seite 28 f.).

E. 5.6

Im Zusammenhang mit den Inkonsistenzen ist anzumerken, dass der Beschwerdeführer bereits bei einer Observation 2008 / 2009 (vgl. die Ermittlungsberichte in B act. 30, 32; act. 65) das Verhalten eines jungen Versicherten von durchschnittlicher Vitalität zeigte. So war er in der Lage, ein Fahrzeug durch den Verkehr zu lenken. Er konnte ein Kleinkind (ca. 12 bis 15 kg) mit beiden Händen aus dem Wagen heben, im Arm halten und in den Einkaufswagen hineinsetzen (ohne fremde Hilfe und ohne erkennbare Zeichen besonderer Anstrengung oder schmerzbedingter Schonhaltung). Er beteiligte sich aktiv am Einkaufen und verstaute die gekauften Waren im Kofferraum. Er konnte mehrmals volle Taschen vom Boden aufheben und schwere Waren in der Hocke anheben. Ein auffälliges Verhalten wie Hast, Nervosität oder Ungeduld war weder im Discounter noch auf dem Parkplatz oder an der Tankstelle auszumachen. Das bei der Untersuchung (am 4. und 6. Mai 2009 in der Medas G. _____; B act. 22) demonstrierte Verhalten und die in der Observation beobachtete Leistungsfähigkeit widersprachen einander in wesentlichen Punkten, was nicht durch ein anerkanntes medizinisches Krankheitsbild schlüssig erklärt werden konnte. Gemäss den Stellungnahmen des RAD im Januar 2010 konnte daher für den Zeitraum der Observation keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit nachvollzogen werden (B act. 42, 43).

E. 5.7

Die Inkonsistenzen, die die Observation 2008 / 2009 ergab, sind - entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers (BVGer act. 11, 25) - im vorliegenden Verfahren zu würdigen. Das Interesse des Versicherungsträgers und der Versicherungsgemeinschaft an der Abwendung unrechtmässiger Leistungsbezüge sowie an der Wahrheitsfindung ist höher zu gewichten als das Interesse des Beschwerdeführers an einer unbehelligten Privatsphäre. Damit können die in Frage stehenden Observationsergebnisse verwertet werden, zumal der Kerngehalt von Art. 13 BV bei der hier gegebenen Überwachung und der damit verbundenen geringen Eingriffsschwere ebenfalls unangetastet blieb (vgl. Urteile des BGer 8C_352/2017 E. 5.4.3 und 8C_45/2017 E. 4.4.3 je mit Hinweis auf BGE 137 I 327 E. 5.6). Es ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der

Beschwerdeführer im Alltag weniger beeinträchtigt ist und ein weitaus höheres Aktivitätsniveau aufweist, als er dies anlässlich der Begutachtung geschildert hat (act. 72, Seite 19, 44 f.). Die diversen Inkonsistenzen, die von den Gutachtern im Konsens plausibel berichtet wurden, und die Observationsergebnisse 2008 / 2009 lassen keinen anderen Schluss zu.

E. 5.8

Der Psychiater der Medas P._____ schloss aus den Inkonsistenzen, die die Observation ergab, dass ab 2008 / 2009 ein psychopathologischer Befund im Sinne eines andauernden schweren und quälenden Schmerzes als vorherrschende Beschwerde nicht mehr plausibel aufrechtzuerhalten sei und spätestens ab diesem Zeitpunkt eine Remission dieser Störung eingetreten sei. Diese Einschätzung basiere nicht nur auf dem Observationsbericht, sondern auch auf dem aktuellen klinischen Befund. Die verbalisierte Schmerzsymptomatik werde kaum durch ein authentisches Leidenserleben begleitet. Auf die Diagnose einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung werde im Bericht der Psychiatrischen Klinik E._____ vom 18. Dezember 2014 (act. 13) verzichtet, was als Hinweis auf eine Remission der Störung verstanden werden könne (act. 72, Seite 52 f.). Eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % könne maximal bis zur Observation 2008 / 2009 angenommen werden. Die fachärztlich berichtete, schwere depressive Episode im Jahr 2014 sei sicher nicht dauerhaft gewesen und habe sich massiv gebessert (act. 72, Seite 58). Die im Bericht der Psychiatrischen Klinik E._____ vom 18. Dezember 2014 (act. 13) beschriebene Traurigkeit, Hilflosigkeit und Unfähigkeit zu sozialen Kontakten dominiere nicht mehr. Der Proband sei in der zweistündigen Untersuchung konzentriert und nicht besonders erschöpfbar gewesen. Er sei nicht vollständig auf seinen Körper konzentriert, sondern sehr alert gewesen in der Auseinandersetzung und Diskussion (act. 72, Seite 50 f.).

E. 5.9

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 125 V 351 E. 3a; BGE 134 V 231 E. 5.1). Das umfassende polydisziplinäre Medas-Gutachten vom 21. Dezember 2015 überzeugt und erfüllt die beweisrechtlichen Vorgaben der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

E. 5.10

Die Rechtsprechung erachtet es mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung als vereinbar, Richtlinien für die Beweiswürdigung in Bezug auf bestimmte Formen medizinischer Berichte und Gutachten aufzustellen (AHI 2001 S. 114 E. 3b; Urteil des EVG I 128/98 vom 24. Januar 2000 E. 3b). Den im Rahmen des Verwaltungsverfahrens eingeholten Gutachten externer Spezialärzte, die aufgrund eingehender Beobachtungen und Untersuchungen sowie nach Einsicht in die Akten Bericht erstatten und bei der Erörterung der Befunde zu schlüssigen Ergebnissen gelangen, ist bei der Beweiswürdigung volle Beweiskraft zuzuerkennen, solange nicht konkrete Indizien gegen die Zuverlässigkeit der

Expertise sprechen (BGE 125 V 351 E. 3 mit weiteren Hinweisen).

E. 5.11

Der Beschwerdeführer führte zum Gutachten der Medas P. _____ sinngemäss aus, Dr. S. _____ beschreibe nachvollziehbar die gesundheitlichen Störungen und erkläre die von ihm geschilderten Beschwerden. Weder die Gutachter noch der RAD hätten zu dessen Bericht eine Stellungnahme abgegeben. Es seien unbedingt weitergehende neurochirurgische Abklärungen zu veranlassen. Neurologische Abklärungen würden allein nicht genügen. Das geltend gemachte Rückenleiden sei gemäss Dr. M. _____, Facharzt für Neurochirurgie, objektivierbar. Die Abweichung der Einschätzung des psychiatrischen Gutachters von derjenigen der behandelnden Ärzte sei nicht nachvollziehbar. Die behandelnden Ärzte hätten ihn über Jahre hinweg für 100 % arbeitsunfähig erachtet. Er habe sich zum Explorationszeitpunkt psychisch in einer Ausnahmesituation befunden. Es liege auf der Hand, dass er rein unbewusst anders auf die Gutachter gewirkt habe, als er es sonst getan hätte. Der Einschätzung der Psychiatrischen Klinik E. _____ komme daher herausragende Bedeutung zu. Es sei ungewöhnlich und nicht nachvollziehbar, dass die psychiatrische Erkrankung ohne Fortführung der Therapie remittiert sei (BVGer act. 1).

E. 5.12

Der neurochirurgische Arztbericht von Dr. S. _____ wurde im Medas-Gutachten in der Aktenlage berücksichtigt, was auch vom Beschwerdeführer nicht bestritten wird. Soweit ersichtlich handelt es sich dabei um den Arztbericht aus dem (...) Kosovo vom 20. April 2015 (act. 72, Seite 17; act. 99). Weshalb es sich dabei um ein besonderes relevantes Aktenstück handeln soll, wird vom Beschwerdeführer nur behauptet, aber nicht substantiell begründet. Die Erwähnung des besagten Arztberichts in der Aktenlage und dessen Kenntnisnahme durch die Gutachter reichte somit aus. Wie der Beschwerdeführer zutreffend ausführt, haben die Gutachter nicht zu jedem Arztbericht eine einlässliche Stellungnahme abzugeben. Ebenso ist nicht zu beanstanden, dass nur eine neurologische und nicht auch eine neurochirurgische Untersuchung stattgefunden hat. Inwiefern ein Neurochirurg (im Rahmen einer Begutachtungssituation ohne Behandlungsauftrag) besser qualifiziert sein soll zur neurologischen Befunderhebung und Folgenabschätzung als ein Neurologe, ist nicht nachvollziehbar.

E. 5.13

Festzuhalten ist weiter, dass die Gutachter eine verminderte Belastbarkeit des Achsenskeletts anerkannt haben. Daher besteht für die Tätigkeit im Gartenbau aus rheumatologischer Sicht eine Arbeitsunfähigkeit von 100 %. Weshalb nun aber für eine rüchenschonende Tätigkeit gleichfalls eine volle Einschränkung gegeben sein soll, ist aufgrund der erhobenen Befunde nicht nachvollziehbar.

E. 5.14

Sowohl bezüglich der neurochirurgischen Einschätzung von Dr. S. _____ und Dr. M. _____ als auch der Einschätzung der Psychiatrischen Klinik E. _____ ist zu berücksichtigen, dass Berichte behandelnder Ärzte aufgrund deren auftragsrechtlichen Vertrauensstellung zum Patienten mit Vorbehalt zu würdigen sind. Dieser Grundsatz gilt sowohl für den allgemein praktizierenden Hausarzt als auch für den behandelnden Spezialarzt (Urteil des EVG I 655/05 vom 20. März 2006 E. 5.4 m.H. auf BGE 125 V 351 E. 3b/cc). Aufgrund der diversen Inkonsistenzen, die von den Gutachtern im Konsens berichtet wurden, und der Observationsergebnisse 2008 / 2009 ist im vorliegenden Fall

besondere Zurückhaltung geboten. Die Berichte der behandelnden Ärzte Dr. S. _____ und Dr. M. _____ reichen indessen auch in ihrem Gehalt nicht an das umfassende polydisziplinäre Medas-Gutachten vom 21. Dezember 2015 (act. 72) heran und vermögen dieses nicht zu entkräften. Dies gilt auch für die im Vorbescheid- und Beschwerdeverfahren eingereichten Berichte von Dr. S. _____ und Dr. M. _____ (act. 98 ff.; BVGer act. 18, 20). Im Zusammenhang mit dem MRT Befund der lumbalen Wirbelsäule vom 13. Mai 2016 mit dem Nachweis eines Bandscheibenvorfalles L2 und S1 beidseits (act. 101, 102) führte der RAD zutreffend aus, grundsätzlich seien die klinischen Befunde und nicht die radiologischen Befunde für die Beurteilung der Funktionsausfälle massgebend. Nachvollziehbare Funktionseinschränkungen seien seit dem Medas-Gutachten nicht nachgewiesen worden (act. 112). Der RAD nahm diesbezüglich implizit Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach die wichtigste Grundlage der gutachterlichen Schlussfolgerungen die klinische Untersuchung mit Anamneseerhebung, Symptomerfassung und Verhaltensbeobachtung bildet (Urteil des BGer 8C_734/2016 vom 12. Juli 2017 E. 3.8 mit Hinweis auf Urteil des BGer 9C_688/2016 vom 16. Februar 2017 E. 3.4). Anzumerken bleibt, dass der Medas-Neurologe (neben einem Hirn MRI von 2009) die im Rahmen der Begutachtung angefertigten aktuellen Röntgenbilder der Wirbelsäule einsah (act. 72, Seite 63).

E. 5.15

Zum Bericht der Psychiatrischen Klinik E. _____ vom 18. Dezember 2014 (act. 13) hat der Medas-Psychiater sodann ausführlich und nachvollziehbar Stellung genommen. Die schwere depressive Episode im Jahr 2014 ist demnach nicht dauerhaft gewesen und hat sich massiv gebessert (act. 72, Seite 58). Eine länger anhaltende Arbeitsunfähigkeit ist wegen dieser Episode nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgewiesen. Die objektive Beweislast beurteilt sich nach dem materiellen Recht und damit unabhängig davon, ob der Untersuchungs- oder Verhandlungsgrundsatz gilt. Ergibt die Beweiswürdigung, dass für eine rechtserzeugende oder anspruchsbegründende Tatsache der Beweis nicht erbracht ist, trägt der Beschwerdeführer als beweisbelastete Partei die Folgen der Beweislosigkeit (BGE 115 V 44 E. 2b; BGE 117 V 264 E. 3b; URS MÜLLER, Das Verwaltungsverfahren in der Invalidenversicherung, Bern 2010, S. 292, Rz. 1536 ff.).

E. 5.16

Die Einwände des Beschwerdeführers gegen das Medas-Gutachten erweisen sich nach dem Gesagten als nicht stichhaltig. Seine Vorbringen erschöpfen sich weitgehend in appellatorischer Kritik, die unsubstantiiert bleibt und den angefochtenen Entscheid nicht umzustossen vermag. Konkrete Indizien, die gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen, oder eine Unvollständigkeit der Abklärung sind nicht auszumachen. Das Leistungsvermögen des Beschwerdeführers ist mithin rechtsgenügend abgeklärt. Es ist vollumfänglich auf das Medas-Gutachten abzustellen. Auf weitere Abklärungen zum Gesundheitszustand ist in antizipierter Beweiswürdigung zu verzichten (BGE 136 I 229 E. 5.3 mit Hinweis).

E. 5.17

Der Beschwerdeführer machte weiter geltend, er sei (im Gesundheitsfall) als erwerbstätig einzustufen (BVGer act. 1, 11). Selbst wenn man der Argumentation des Beschwerdeführers in diesem Punkt folgen möchte, ist aufgrund des beweiskräftigen Medas-Gutachtens erstellt, dass er keinen gesundheitlich bedingten Verdienstausschluss

erleidet, der ihn zum Bezug einer Invalidenrente berechtigen würde. Für eine angepasste Tätigkeit besteht demnach eine zeitlich volle Arbeitsfähigkeit mit einer Leistungsminderung von maximal 25 % aufgrund einer allgemeinen Dekonditionierung. Als Therapieoption wurde zudem eine multimodale Rehabilitation angegeben, mit dem Ziel, die Selbsthilfemassnahmen zu optimieren, das "pain coping" zu optimieren und die Kraft und Ausdauer der Rumpfstabilisatoren zu verbessern (act. 72, Seite 28). Diese Therapieoption ist dem Beschwerdeführer vor dem Hintergrund der Schadenminderungspflicht zumutbar. Es ist denn auch anzunehmen, dass der "junge, an sich kräftige Mann" der Fehlhaltung und der muskulären Dysbalance sowie den beginnenden, diskreten degenerativen Veränderungen am Bewegungsapparat durch ein entsprechendes Training adäquat entgegenwirken kann. Gemäss der Einschätzung des RAD sollte denn auch in einer leichten Verweistätigkeit "nach Einarbeitung mit entsprechendem Training" eine volle Arbeitsfähigkeit erreichbar sein (act. 81). Da die Leistungsminderung von 25 % nachvollziehbar auf einer langen Arbeitsabstinenz beruht, kann auf dem Weg der Selbsteingliederung die Leistungsfähigkeit schrittweise wieder gesteigert werden.

E. 5.18

Auf die Durchführung eines Einkommensvergleichs kann im vorliegenden Fall abgesehen werden. Für eine angepasste Tätigkeit besteht eine zeitlich volle Arbeitsfähigkeit mit einer Leistungsminderung von maximal 25 % auf Grund einer allgemeinen Dekonditionierung. Mit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit kann der Beschwerdeführer eine noch vorhandene Dekonditionierung durch Anpassung und Angewöhnung schrittweise überwinden.

E. 5.19

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Beschwerde betreffend Rentenanspruch als unbegründet erweist. Der Beschwerdeführer hat keinen Anspruch auf eine Invalidenrente. Die Beschwerde ist entsprechend abzuweisen.

E. 6

Streitig und zu prüfen ist weiter, ob die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtsverteidigung im Verwaltungsverfahren zu Recht abgewiesen hat.

E. 6.1

Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist als Grundrecht in Art. 29 Abs. 3 BV 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 im Verwaltungsverfahren bewilligt, wo die Verhältnisse es erfordern (vgl. UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 37 Rz. 32 f.). Als Voraussetzung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung gelten die finanzielle Bedürftigkeit, die fehlende Aussichtslosigkeit sowie die Notwendigkeit der Vertretung (Kieser, a.a.O., Art. 37 Rz. 36 f.).

E. 6.2

Die Notwendigkeit einer anwaltlichen Vertretung als Voraussetzung des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtsverteidigung im sozialversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren (BGE 132 V 200 E. 4.1; SVR 2009 IV Nr. 3 S. 4, I 415/06 E. 4.2) ist namentlich mit Blick darauf, dass der Untersuchungsgrundsatz gilt, die Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen den rechtserheblichen Sachverhalt also unter Mitwirkung der Parteien nach den rechtsstaatlichen Grundsätzen der

Objektivität, Neutralität und Gesetzesgebundenheit (BGE 136 V 376) zu ermitteln haben (Art. 43 ATSG), nur in Ausnahmefällen zu bejahen. Es müssen sich schwierige rechtliche oder tatsächliche Fragen stellen, und eine Interessenwahrung durch Dritte (Verbandsvertreter, Fürsorgestellten oder andere Fach- und Vertrauensleute sozialer Institutionen) muss ausser Betracht fallen (BGE 132 V 200 E. 4.1). Zu berücksichtigen sind die Umstände des Einzelfalles, die Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften sowie die Besonderheiten des jeweiligen Verfahrens. Dabei fallen neben der Komplexität der Rechtsfragen und der Unübersichtlichkeit des Sachverhalts auch in der betreffenden Person liegende Gründe in Betracht, wie etwa ihre Fähigkeit, sich im Verfahren zurechtzufinden (vgl. Urteil des BGer 8C_557/2014 vom 18. November 2014 E. 4.2 mit Hinweisen).

E. 6.3

Die Vorinstanz führte mit der angefochtenen Verfügung vom 9. August 2016 im Wesentlichen aus, der Versicherte besitze gemäss eigenen Angaben kein namhaftes Vermögen und lebe von der Sozialhilfe der Ehefrau, weshalb er als bedürftig zu erachten sei. Das Verwaltungsverfahren gründe auf dem Urteil des Versicherungsgerichts B._____ vom 13. März 2014. Im polydisziplinären Gutachten habe keine rentenbegründende Invalidität festgestellt werden können. Die medizinische Begutachtung begründe noch keine Notwendigkeit für eine unentgeltliche Rechtsverteidigung. Es handle sich um eine überschaubare Aktenlage. Eine Vertretung im Verwaltungsverfahren durch die (mit den drei Kindern weiterhin in der Schweiz wohnhafte und von der Fürsorge unterstützte) Ehefrau sei ("auch im Lichte der sprachlichen Defizite") zumutbar. Im Unterschied zum Beschwerdeverfahren seien im Verwaltungsverfahren strengere Massstäbe anzuwenden. Die Notwendigkeit und Gebotenheit der unentgeltlichen Rechtsverteidigung im Verwaltungsverfahren sei nicht gegeben (act. 114; Subdossier BVGer C-4950/2016 act. 1, Beilage).

E. 6.4

Der Beschwerdeführer führte mit Beschwerde vom 15. August 2016 im Wesentlichen aus, er sei unbestrittenermassen bedürftig. Die Vorinstanz gehe von einer überschaubaren Aktenlage aus. Trotzdem habe sie die IV-Anmeldung vom 18. April 2012 bis dato nicht rechtskräftig beurteilt. Bereits der Verfügung vom 24. August 2010 sei ein erhebliches Abklärungsverfahren inklusive Observation vorausgegangen. Im Verfahren nach der Neuanschuldung sei zwei Mal eine Beschwerde (beim Versicherungsgerichts B._____) notwendig gewesen. Nachdem seine Aufenthaltsbewilligung widerrufen und die Vorinstanz zuständig geworden sei, habe es zwei Jahre gedauert, bis endlich ein Vorbescheid ergangen sei. Die Aktenlage sei nicht überschaubar und fülle mehr als zwei Bundesordner. Das Gutachten umfasse 63 Seiten und sei von einem fallführenden und weiteren vier Fachärzten verfasst worden. Die Würdigung des Gutachtens sei der Ehefrau nicht möglich. Neben der rentenbegründenden Invalidität seien als weitere Punkte strittig, (1.) ob der Beschwerdeführer im Validenfall als "im Haushalt Tätiger" zu qualifizieren und demzufolge ein Tätigkeitsvergleich vorzunehmen sei und (2.) wie es um den Leistungsanspruch nach der Ausreise aus der Schweiz stehe. Zu diesen drei Gründen habe der Rechtsvertreter im Einwand ausführlich Stellung genommen. Die aus einfachsten Verhältnissen stammende, mit zwölfjährig in die Schweiz eingereiste alleinerziehende Ehefrau sei dazu nicht in der Lage gewesen. Mithin sei die anwaltliche Vertretung beim Verfassen des Einwands erforderlich gewesen (Subdossier BVGer

C-4950/2016 act. 1).

E. 6.5

Massgeblich für die Beurteilung eines Invaliditätsanspruchs ist im vorliegenden Fall das Ergebnis des gerichtlich angeordneten Gutachtens. Aus den langen Wartezeiten für die Auftragsvergabe und die Erstellung eines umfangreichen Gutachtens kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten. Gemäss Bundesgericht trifft es zu, dass für das Erkennen von Schwachstellen einer ärztlichen Expertise aufgrund der einschlägigen Rechtsprechung gewisse medizinische Kenntnisse und juristischer Sachverstand erforderlich seien. Allein deswegen könne nicht von einer komplexen Fragestellung gesprochen werden, die eine anwaltliche Vertretung gebieten würde. Die gegenteilige Auffassung liefe darauf hinaus, dass der Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung in praktisch allen Verwaltungsverfahren bejaht werden müsste, in denen medizinische Unterlagen zur Diskussion stehen würden, was der Konzeption von Art. 37 Abs. 4 ATSG als einer Ausnahmekonstellation widerspräche (Urteil 8C_835/2016 vom 3. Februar 2017, E. 6.3 mit Hinweisen).

E. 6.6

Soweit sinngemäss fehlende Vertrautheit mit den Verfahrensregeln und mangelnde Beherrschung der deutschen Sprache angeführt wird, genügen solche Umstände ebenfalls nicht, um den Beistand eines Anwalts - anstelle von Verbandsvertretern, Fürsorgestellten oder anderen Fach- und Vertrauensleuten sozialer Institutionen - für erforderlich zu erachten (Urteil 8C_468/2016 vom 13. September 2016 E. 3.2 mit Hinweis). Im vorliegenden Fall ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass dem Beschwerdeführer für Übersetzungsdienste seine Ehefrau regelmässig zur Verfügung stand.

E. 6.7

Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer seinen Wohnsitz in den Kosovo verlegen musste, stellt rechtsprechungsgemäss keinen Grund für die Notwendigkeit der unentgeltlichen Verteidigung im Vorbescheidverfahren dar (Urteil des BVGer C-7066/2013 vom 20. Mai 2014 E. 6.4).

E. 6.8

Für die einfache Auskunft, ob im Gesundheitsfall einer vollen Erwerbstätigkeit, einer Teilerwerbstätigkeit oder einer Tätigkeit im Haushalt nachgegangen würde unter Darlegung der bisherigen Erwerbsbiographie ist der Beizug eines Rechtsvertreters im Verwaltungsverfahren nicht erforderlich.

E. 6.9

Mangels einer Notwendigkeit des Beizugs eines Rechtsanwalts und infolge Aussichtslosigkeit des Hauptbegehrens auf Zusprache einer IV-Rente wurde das Gesuch um unentgeltliche Verteidigung im Verwaltungsverfahren zu Recht abgewiesen.

E. 6.10

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Beschwerde betreffend unentgeltlicher Rechtsverteidigung im Verwaltungsverfahren als unbegründet erweist und die Beschwerde abgewiesen wird.

E. 7

Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und das amtliche Honorar. Mit Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2016 hiess der Instruktionsrichter das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung gut. Dem Beschwerdeführer wurde Fürsprecher lic. iur. Daniel Küng als amtlich bestellter Anwalt beigeordnet (BVGer act. 4). Dem unterliegenden Beschwerdeführer sind somit keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Auf die Erhebung von Verfahrenskosten ist zu verzichten. Da keine Kostennote eingereicht wurde, ist das amtliche Honorar aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Unter Berücksichtigung des aktenkundigen Aufwands, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Verfahrens erscheint ein amtliches Honorar von pauschal Fr. 2'800.- angemessen. Fürsprecher lic. iur. Daniel Küng wird dieser Betrag zugesprochen. Es wird darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer der Gerichtskasse Ersatz zu leisten hat, wenn er zu hinreichenden Mitteln gelangt (Art. 65 Abs. 4 VwVG).

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