



Urteil vom 15. Januar 2013

Besetzung

Richter Vito Valenti (Vorsitz),
Richterin Madeleine Hirsig-Vouilloz,
Richter Beat Weber,
Gerichtsschreiberin Madeleine Keel.

Parteien

A. _____,
vertreten durch lic.iur. Philipp von Wartburg, Advokat,
Beschwerdeführer,

gegen

IV-Stelle für Versicherte im Ausland IVSTA,
Avenue Edmond-Vaucher 18, Postfach 3100, 1211 Genf 2,
Vorinstanz.

Gegenstand

Invalidenrente; Verfügung der IVSTA vom 27. Mai 2010.

Sachverhalt:**A.**

Der 1972 geborene, in Deutschland wohnhafte deutsche Staatsbürger A._____ (*im Folgenden: Versicherter oder Beschwerdeführer*) war in seiner Eigenschaft als Grenzgänger von 2002 bis 2004 (Akten [*im Folgenden: act.*] 9) als Teilzeitreiniger (*act.* 8, S. 1) und Bauarbeiter (*act.* 12, S. 1; *act.* 28, S. 1 ff.) in der Schweiz tätig und entrichtete Beiträge an die obligatorische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV). Nach einem Arbeitsunfall am 19. August 2004 meldete er sich erstmals am 26. September 2005 (Eingangsdatum bei der IV-Stelle des Kantons (...)) [*im Folgenden: IV-Stelle (...)*]: 29. September 2005) zum Bezug von IV-Leistungen in Form von beruflichen Massnahmen an (*act.* 1). Am 21. Dezember 2009 erliess die IV-Stelle (...) einen Vorbescheid, in dem ein Invaliditätsgrad von 10% festgestellt wurde; der Anspruch auf eine Rente wurde verneint (*act.* 72). Nachdem sein Rechtsvertreter mit Schreiben vom 28. Januar 2010 (*act.* 74) Einwand gegen den Vorbescheid eingereicht hatte mit dem Begehren, es sei seinem Mandanten eine IV-Rente im Umfang von 100% zu gewähren, erliess die IV-Stelle für Versicherte im Ausland (*im Folgenden: IVSTA oder Vorinstanz*) am 27. Mai 2010 eine dem Vorbescheid im Ergebnis entsprechende Verfügung, mit welcher ein Leistungsanspruch verneint wurde (*act.* 79).

B.

Hiergegen liess der Versicherte mit Eingabe vom 29. Juni 2010 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben und beantragen, die Verfügung der Vorinstanz vom 27. Mai 2010 sei aufzuheben und es sei dem Beschwerdeführer eine ganze Rente auszurichten, eventualiter sei die Angelegenheit an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen und diese anzuweisen, weitere medizinische Abklärungen vorzunehmen. Weiter sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege mit dem Unterzeichneten als Rechtsbeistand zu gewähren; alles unter Kostenfolge zu lasten der Beschwerdegegnerin (Akt im Beschwerdeverfahren [*im Folgenden: B-act.*] 1).

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, in erster Linie seien die physischen Leiden zu berücksichtigen. Beim Berufsunfall vom 19. August 2004 habe sich der Beschwerdeführer eine HWS-Distorsion zugezogen und leide seither unter permanenten Schmerzen des Schultergürtels mit Ausstrahlung über den Nacken bis in den Kopf. Dazu komme die Syringomyelie, welche seine körperliche Gesundheit stark beeinträchtige.

Eine Vollberentung sei aufgrund der physischen Beschwerden angezeigt. Dazu kämen noch die psychischen Leiden, welche durch die physischen ausgelöst worden seien. Nach mehreren Arztberichten sei eine Vollberentung vorzunehmen, insbesondere gemäss Dr. B._____, welcher ein paranoid-halluzinatorisches Syndrom festgestellt habe. Im psychiatrischen Gutachten der (...) werde ebenfalls eingestanden, dass eine Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers mit den heutigen Ergebnissen nicht möglich sei. Ebenso sei ein leidensbedingter Abzug von 25% zu gewähren.

C.

In ihrer Vernehmlassung vom 6. September 2010 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung der angefochtenen Verfügung (B-act. 5).

Zur Begründung verwies sie auf die von der IV-Stelle (...) ausgefertigte Stellungnahme vom 31. August 2010 (Beilage zu B-act. 5). Es könne davon ausgegangen werden, dass keine somatischen Unfallfolgen mehr bestünden und dass auch die festgestellte Syringomyelie nicht als unfallkausal zu betrachten sei. Bezüglich der Syringomyelie sei davon auszugehen, dass keine oder nur geringfügige neurologische Ausfälle zu erwarten seien. Es sei in den letzten Jahren auch zu keinen Veränderungen gekommen, weswegen gestützt darauf keine Arbeitsunfähigkeit begründet werden könne. Bezüglich der psychischen Probleme habe die (...) (*im Folgenden: [...]*) keine psychische Krankheit mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit erkennen können und bejahe aus psychiatrischer Sicht eine Arbeitsfähigkeit von 100%. Da das Gutachten die Anforderungen der Rechtsprechung erfülle, könne darauf vorbehaltlos abgestellt werden. Im übrigen sei der dem Beschwerdeführer zugestandene Abzug von 5% angemessen.

D.

Mit Verfügung vom 10. September 2010 (B-act. 6) bewilligte der Instruktionsrichter die unentgeltliche Rechtspflege aufgrund der mit Datum vom 10. August 2010 (B-act. 4) rechtsgenügend nachgewiesenen Mittellosigkeit des Beschwerdeführers. Er ordnete dem Beschwerdeführer Advokat von Wartburg als amtlichen Vertreter bei.

E.

In der Replik vom 11. Oktober 2010 (B-act. 7) wurde ergänzend zur Beschwerde ausgeführt, dass die von den (...) erstellten Gutachten dem

Recht auf ein faires Verfahren nicht genügen (Art. 6 EMRK). Das (...) erstelle Gutachten für die (...). Das Gutachten der (...) sei sodann inhaltlich und formell unsorgfältig erstellt worden. Der Replik beigefügt wurden zwei neue Arztberichte (Beilage 1 zu B-act. 7 vom 11. März 2010 und Beilage 2 zu B-act. 7 vom 9. April 2009) sowie die Honorarnote und die Vollmacht des Rechtsvertreters (Beilagen 3 und 4 zu B-act. 7).

F.

Die Vorinstanz verzichtete mit Schreiben vom 16. November 2010 auf eine Duplik (act. 9), worauf der Schriftenwechsel mit prozessleitender Verfügung vom 23. November 2010 geschlossen wurde (act. 10).

G.

Auf den weiteren Inhalt der Akten sowie die Rechtsschriften der Parteien ist – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Zu den anfechtbaren Verfügungen gehören jene der IVSTA, welche eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts darstellt und über Rentengesuche von Grenzgängern – wie dem Beschwerdeführer – befindet (Art. 33 Bst. d VGG; vgl. auch Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung [IVG, SR 831.20] sowie Art. 40 Abs. 2, dritter Satz und Art. 40 Abs. 3 der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung [IVV, SR 831.201]). Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist in casu nicht gegeben (Art. 32 VGG).

2.

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 37 VGG). Gemäss Art. 3 Bst. d^{bis} VwVG bleiben in sozialversicherungsrechtlichen Verfahren die besonderen Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) vorbehalten. Gemäss Art. 2 ATSG sind die Bestimmungen dieses Gesetzes auf die bundesgesetzlich geregelten Sozialver-

sicherungen anwendbar, wenn und soweit die einzelnen Sozialversicherungsgesetze es vorsehen. Nach Art. 1 IVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die IV anwendbar (Art. 1a bis 70 IVG), soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

3.

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).

4.

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 22a VwVG in Verbindung mit Art. 60 ATSG und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Als Adressat der angefochtenen Verfügung vom 27. Mai 2010 (act. 79) ist der Beschwerdeführer berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (vgl. Art. 59 ATSG). Es ergibt sich zusammenfassend, dass sämtliche Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

5.

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

5.1 Der Beschwerdeführer besitzt die deutsche Staatsbürgerschaft und wohnt in Deutschland (vgl. Bst. A. hiervor), so dass vorliegend das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Freizügigkeitsabkommen, *im Folgenden*: FZA, SR 0.142.112.681) anwendbar ist (Art. 80a IVG in der Fassung gemäss Ziff. I 4 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 2001 betreffend die Bestimmungen über die Personenfreizügigkeit im Abkommen zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der EFTA, in Kraft seit 1. Juni 2002). Das Freizügigkeitsabkommen setzt die verschiedenen bis dahin geltenden bilateralen Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union insoweit aus, als darin derselbe Sachbereich geregelt wird (Art. 20 FZA). Gemäss Art. 8 Bst. a FZA werden die Systeme der sozialen Sicherheit koordiniert, um insbesondere die Gleichbehandlung aller Mitglieder der Vertragsstaaten zu gewährleisten. Nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 (SR 0.831.

109.268.1) haben die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates wie die Staatsangehörigen dieses Staates selbst, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen. Dabei ist im Rahmen des FZA und der Verordnung auch die Schweiz als „Mitgliedstaat“ zu betrachten (Art. 1 Abs. 2 von Anhang II des FZA). Demnach richten sich die Bestimmung der Invalidität und die Berechnung der Rentenhöhe auch nach dem Inkrafttreten des FZA nach schweizerischem Recht (BGE 130 V 253 E. 2.4).

5.2 Noch keine Anwendung finden auch die am 1. April 2012 in Kraft gesetzten Verordnungen (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und Rates vom 29. April 2009 zur Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit (SR 0.831.109.268.1) sowie (EG) Nr. 977/2009 des Europäischen Parlaments und Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 833/2004 über die Systeme der sozialen Sicherheit (SR 0.831.109.268.1).

5.3 Am 1. Januar 2008 sind im Rahmen der 5. IV-Revision Änderungen des IVG und anderer Erlasse wie des ATSG in Kraft getreten. Weil in zeitlicher Hinsicht – vorbehältlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen – grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgeblich sind, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 132 V 220 E. 3.1.1, 131 V 11 E. 1), sind die Leistungsansprüche für die Zeit bis zum 31. Dezember 2007 aufgrund der bisherigen und ab diesem Zeitpunkt nach den neuen Normen zu prüfen (*pro rata temporis*; BGE 130 V 445). Die Normen des vom Bundesrat auf den 1. Januar 2012 in Kraft gesetzten ersten Teils der 6. IV-Revision (IV-Revision 6a) sind vorliegend nicht anwendbar.

6.

Der Beschwerdeführer erfüllt unbestrittenermassen die Voraussetzung der Mindestbeitragsdauer für den Anspruch auf eine ordentliche Invalidenrente nach Art. 36 Abs. 1 IVG (sowohl in der bis Ende 2007 als auch in der ab 2008 geltenden Fassung), da er in der Schweiz während 29 Monaten und in Deutschland während mehrerer Jahre Beiträge an die entsprechenden Sozialversicherungseinrichtungen entrichtet hat (act. 9 und act. 10, S. 81, vgl. dazu auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4765/2010 vom 30. Januar 2012 E. 4 m.w.H.).

7.

7.1 Die Verwaltung und die Gerichte sind auf Unterlagen angewiesen, die ärztliche – oder 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, BGE 115 V 133 E. 2; AHJ-Praxis 200 S. 62 E. 4 b/cc).

7.2 Hinsichtlich des Beweiswertes eines Arztberichtes 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 erscheinen (BGE 125 V 351 E. 3a).

8.

Zunächst ist die Frage nach der Rechtmässigkeit der leistungsabweisenden Verfügung der Vorinstanz vom 27. Mai 2010 (act. 79) zu beantworten.

8.1 Die IVSTA stützte sich bezüglich der physischen Leiden unter anderem auf den Einsprache-Entscheid der Suva vom 2. Juni 2005 (act. 30.2, S. 19, E. 2), den Austrittsbericht der (...) vom 10. Januar 2005 (act. 30.2, S. 61 ff.) und den medizinischen Bericht von Dr. C._____ vom 18. Juli 2006 (act. 30.1, S. 3 ff., insb. S. 7; vgl. zum Inhalt der drei Berichte sogleich E. 8.2 ff.). In psychischer Hinsicht stützte sich die Vorinstanz vollumfänglich auf das Gutachten der (...) vom 14. November 2008/4. Juni 2009 ([...], act. 63 bzw. 70, vgl. dazu hinten E. 11.6 und 12). Diese und weitere wichtige medizinische Expertisen sind nachfolgend zusammengefasst wiederzugeben und es ist zu prüfen, ob sich der Sachverhalt in medizinischer Hinsicht als rechtsgenügend abgeklärt erweist.

8.2 Im Einsprache-Entscheid der Suva vom 2. Juni 2005 (act. 30.2, S. 19), welcher sich seinerseits auf den Austrittsbericht der (...) sowie auf den Bericht von Dr. C._____ stützte, wurde festgehalten, dass keine somatischen Unfallfolgen mehr beständen und für das diagnostizierte dif-

fuse Schmerzsyndrom kein Anspruch auf Versicherungsleistungen bestehe, sodass die Suva-Leistungen zurecht eingestellt worden seien (act. 30.2, S. 19, E. 2).

8.3 Im Austrittsbericht der (...) vom 10. Januar 2005 (act. 30.2, S. 61 ff.) wurde gestützt auf das psychosomatische Konsilium ein diffuses Schmerzsyndrom und eine Anpassungsstörung mit Angst und depressiver Reaktion gemischt sowie eine somatoforme Störung diagnostiziert und es wurde eine Arbeitsunfähigkeit von 100% festgehalten.

8.4 Dr. med. C. _____ (Suva-Arzt), hielt in seiner neurologischen Beurteilung z.Hd. der Suva am 18. Juli 2006 (act. 30.1, insb. S. 7) fest, dass aus medizinischer Sicht die Unfallfolgen (Prellungen) am 2. November 2004 als abgeklungen angesehen werden konnten. Die noch vorliegenden Symptome hätten indirekt bereits auf das Vorliegen einer Syringomyelie hingewiesen. Die Vermutung eines Zusammenhanges des Sturzes mit den für eine Syringomyelie charakteristischen chronischen Schmerzen beruhe jedoch ausschliesslich auf der Darstellung des Versicherten. Ein Integritätsschaden als Folge des Unfalls vom 19. August 2004 sei aus neurologischer Sicht nicht zu erkennen.

9.

Bei den Akten finden sich sodann die nachfolgenden wichtigen medizinischen Dokumente bezüglich des physischen Gesundheitszustandes.

9.1 Dr. D. _____ diagnostizierte in seinem Bericht vom 21. Juni 2005 (act. 44, S. 26) gestützt auf einen Röntgenbefund ein HWS-Syndrom.

9.2 Auch die (...) Klinik des (...) diagnostizierte am 17. Oktober 2005 (act. 44, S. 22) eine schmerzhaft eingeschränkte HWS-Rotation beidseits. Es wurde festgehalten, dass die angegebenen Beschwerden des Patienten typisch seien für die kernspintomographisch nachgewiesene Syringomyelie. Der Beginn der Symptomatik sei am ehesten im Sinne einer Dekompensation durch die sturzbedingte HWS-Distorsion zu interpretieren. Bei der klinisch-neurologischen Untersuchung im (...) am 25. Oktober 2005 (act. 44, S. 20) wurde ebenfalls eine ausgeprägt schmerzhaft fixierte HWS festgestellt.

9.3 Dr. E. _____ der (...) -klinik in (...) hielt es am 31. Januar 2006 (act. 44, S. 18 f.) für wahrscheinlich, dass durch den Sturz die vorbestehende Syrinx bezüglich der Schulter-Nacken-Schmerzen dekompensiert sei, sodass mit grosser Wahrscheinlichkeit der überwiegende Teil der Be-

schwerden trotz normaler elektrophysiologischer Befunde auf die Syringomyelie zurückzuführen sei und grundsätzlich in Zukunft noch mit einem Fortschreiten gerechnet werden müsse.

9.4 Am 20. November 2006 diagnostizierte Dr. F._____ vom (...) in seiner Stellungnahme (act. 44, S. 11), gestützt auf diverse Berichte, dass der Versicherte nach dem Sturzereignis ein Schmerzsyndrom im Schulter-/Nackebereich mit radikulärer Ausstrahlung in die Arme entwickelt habe, als dessen Ursache die Syringomyelie habe festgestellt werden können. Hinzu komme eine "erlebnisreaktive Überlagerung der Beschwerden, die jedoch bei dem hier wiederholt dokumentierten Befund nicht als im Vordergrund stehend betrachtet werden sollte". Die durch die Syringomyelie ausgelöste Schmerzsymptomatik lasse eine Leistungsminderung (inzwischen unter dreistündig) nachvollziehen. Er hielt abschliessend fest, dass eine weitere Verschlechterung der Symptomatik zu erwarten sei, welche eine Operation unumgänglich machen könnte.

10.

Bezüglich der physischen Situation des Beschwerdeführers ergibt sich eine unklare Situation:

10.1 Insoweit sich die Vorinstanz bei ihrem Entscheid auf den Einsprache-Entscheid der Suva vom 2. Juni 2005 bzw. die entsprechenden zugrundeliegenden Berichte stützte (vgl. vorne E. 8.2 – 8.4), kann diesen Berichten schon daher kein voller Beweiswert zuerkannt werden, weil damals das Vorliegen einer Syringomyelie noch nicht bekannt war und damit auch nicht in die Beurteilung einbezogen wurde.

10.2 Der Revisionsentscheid der Suva vom 2. August 2006 (act. 30.1, S. 1), welcher nach der entsprechenden Diagnose erging, stützte sich auf den Bericht von Dr. C._____ vom 18. Juli 2006 (act. 30.1, S. 3 ff. und vorne, E. 8.4) und ging von einer nicht unfallkausalen Syringomyelie aus. Dazu ist festzuhalten, dass Dr. C._____ in seinem Bericht nicht auf die Diskrepanz zwischen seiner Ansicht und den Berichten der Fachkollegen der (...) vom 17. Oktober 2005 (act. 44, S. 22, vgl. vorne E. 9.2) und (...) vom 31. Januar 2006 (act. 44, S. 18 f., vgl. vorne, E. 9.3) hinwies, welche übereinstimmend davon ausgingen, dass die Beschwerden (Schmerzen) auf die Syringomyelie zurückzuführen seien. Es ist weiter nicht ersichtlich, warum Dr. C._____ von der Meinung der Fachkollegen abgewichen ist; eine Begründung findet sich nicht. Zudem hat er seine Einschätzung aufgrund von medizinischen Berichten verfasst, den Patienten hingegen

nicht selbst untersucht. Dem medizinischen Bericht von Dr. C._____ kann aus diesen Gründen keine volle Beweiskraft zuerkannt werden.

10.3 Soweit die Vorinstanz bzw. die IV-Stelle (...) bezüglich der physischen Situation ausführt, es sei in den letzten Jahren auch "zu keinen Veränderungen gekommen" (vgl. Beilage zu B-act. 5) kann ihr nicht gefolgt werden: Erstens liegen keine neueren Untersuchungen bezüglich der Syringomyelie vor. Und zweitens wurde soweit ersichtlich von der deutschen Rentenversicherung (...) eine Rente wegen (voller) Erwerbsminderung gesprochen (act. 44, S. 34 [Antrag auf Weitergewährung], act. 74 S. 11 [Anpassung der Rente per 1. Juli 2009] und B-act. 7, Beilage 2), nachdem eine solche im Jahr 2005 noch abgelehnt worden war (act. 30.2, S. 7). Von einer unveränderten Situation kann somit nicht ausgegangen werden.

10.4 Weiter sind die vorhandenen ärztlichen Berichte und Gutachten wegen der langen Verfahrensdauer nun schon relativ alt und vermögen den Gesundheitszustand des Beschwerdeführers und seine Entwicklung bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung nicht zu umschreiben. Sodann ist wie verschiedentlich festgehalten wurde (vgl. z.B. act. 44, S. 18 f.; act. 44, S. 11), auch davon auszugehen, dass eine Syringomyelie sich normalerweise im Verlauf der Zeit verschlechtert, was zu neurologischen Ausfällen führen kann. Nur schon aus diesem Grund drängt sich eine Neubeurteilung des physischen Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers anhand von neuen Untersuchungen auf.

10.5 Als Zwischenfazit ist festzustellen, dass der physische Gesundheitszustand ungenügend abgeklärt wurde.

11.

Bei den Akten finden sich sodann die nachfolgenden wichtigen medizinischen Dokumente bezüglich des psychischen Gesundheitszustandes.

11.1 Die (...) hielten in ihrem Bericht vom 17. Februar 2005 (act. 30.2, S. 47 f.) fest, es bestehe eine Anpassungsstörung, Angst und depressive Reaktion gemischt (F 43.22 der ICD-10-Skala) sowie ein Verdacht auf eine somatoforme Störung (F 45 gemäss ICD-10-Skala).

11.2 Dr. med. G._____ diagnostizierte in seinem nervenärztlichen Gutachten vom 22. Juli 2005 (act. 10, S. 111 ff.) neben einem beklagten Nacken-Schulter-Schmerz ohne Anhalt für assoziierte neurologische Komplikationen eine neurotische Unfallverarbeitung mit psychogenen Be-

schwerdeüberlagerungen und Fixierungen (im inhaltlichen Kontext mit massivem, kränkend erlebtem Partnerkonflikt) bei vorbestehend narzisstischer Persönlichkeitsakzentuierung (act. 10, S. 123).

11.3 In seinem Bericht vom 21. Februar 2006 (act. 44, S. 15) hielt Dr. H._____ fest, es sei von einer depressiven Reaktion (depressive Verstimmung mit eingeschränkter Schwingungsfähigkeit, ggf. auch gewisse Verdeutlichungstendenz, vgl. dazu act. 44, S. 25) auszugehen.

11.4 Dr. B._____ von der (...) stellte in seinem Gutachten vom 17. November 2006 (act. 39, S. 3 ff.) aufgrund neuerlich aufgetretener Halluzinationen, Beziehungs- und Verfolgungserleben u.a. die Verdachtsdiagnose paranoid-halluzinatorische Schizophrenie.

11.5 Dr. I._____ wies in ihrem Bericht vom 5. Oktober 2007 (act. 51) darauf hin, dass dringend eine psychiatrische Abklärung erfolgen sollte. Sie sprach von einer Anpassungsstörung mit ausgeprägter Angststörung und depressiver Reaktion und einer somatoformen Verarbeitungskomponente mit ausgeprägter Schlafstörung. Sie hielt eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit vom 21. November 2006 bis "jetzt" fest.

11.6 Der Beschwerdeführer wurde im (...) zunächst am 2. Oktober bzw. am 14. November 2008 ambulant untersucht (ursprüngliche Fassung des Gutachtens, act. 63). Dabei wurde im Wesentlichen festgehalten, dass beim Beschwerdeführer keine psychiatrische Diagnose mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit festgestellt werden könne. Hingegen wurde eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung sowie eine Dysthymie diagnostiziert (act. 63, S. 15). Aufgrund der vagen Angaben und der mangelnden Kooperation des Exploranden sei eine zuverlässige Einschätzung der Defizite und Ressourcen nicht möglich. Eine Beurteilung der Arbeitsfähigkeit solle in einem Setting erfolgen, wo der Explorand über hinreichend lange Zeit beobachtet werden könne (act. 63, S. 18 und 19). Vom 2.–4. Juni 2009 wurde der Beschwerdeführer stationär im (...) untersucht (ergänzte Fassung des Gutachtens, act. 70). Das ergänzte Gutachten vom 4. Juni 2009 hält fest, es hätten sich gegenüber den ambulanten Untersuchungen keine wesentlichen neuen Aspekte ergeben (act. 70, S. 15). Bezüglich der Diagnosen wurden zwei weitere (ebenfalls ohne Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit) hinzugefügt: Verdacht auf schädlichen Gebrauch von Benzodiazepinen (ICD-10 F. 13.1) und Verdacht auf Simulation einer Krankheit (ICD-10 Z.76.5). Es hätten sich "starke Hinweise" darauf ergeben, dass der Versicherte das Vorliegen einer schweren psy-

chiatrischen Symptomatik simuliere (act. 70, S. 17). Die schwerwiegende Aggravation erfolge teilweise auch bewusst. Weiter wird erneut berichtet, dass eine abschliessende Beurteilung der Arbeitsfähigkeit in einem Setting erfolgen solle, wo der Explorand über hinreichend lange Zeit beobachtet werden könne (act. 70, S. 19). Sodann wurde eine volle Arbeitsfähigkeit aus psychiatrischer Sicht von 100% angegeben (act. 70, S. 20).

11.7 Im neuesten Attest von Dr. J. _____ (Hausärztin des Beschwerdeführers) vom 9. April 2009 (B-act. 7, Beilage 2) bescheinigt diese dem Beschwerdeführer seit dem 19. August 2004 eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit. Es sei in Deutschland seit dem 13. Februar 2007 eine Minderung der Erwerbsfähigkeit von 60% bis August 2009 anerkannt. In ihrem Bericht vom 18. Mai 2007 (act. 44, S. 2 f.) schreibt sie u.a., dass ein chronisches Schmerzsyndrom bei Syringomyelie sowie ein schwerer psychophysischer Erschöpfungszustand vorliege. Eine Besserung sei nicht absehbar und es sei davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer auch auf Dauer nicht in der Lage sein werde, eine Arbeit aufzunehmen, sollte er sich weiterhin nicht zu einer Operation entschliessen können.

12.

12.1 Bezüglich der psychischen Situation präsentiert sich die Aktenlage demnach ungenau und widersprüchlich: Während die deutschen Ärzte von schwerwiegenden psychischen Beschwerden ausgehen, geht das (...) davon aus, dass keine invalidisierende psychische Krankheit vorliegt. Das (...) -Gutachten überzeugt indessen trotz seines Umfangs nicht.

12.2 Zunächst wird in der ergänzten Fassung des Gutachtens vom 4. Juni 2009 (act. 70, S. 15) festgehalten, dass sich in der stationären Beobachtung gegenüber der ambulanten Behandlung (ursprüngliche Fassung des Gutachtens vom 2. Oktober/14. November 2008, act. 63) "keine wesentlich neuen Aspekte" ergeben hätten. Trotzdem wird auf S. 17 der ergänzten Fassung dann ausgeführt, es hätten sich "starke Hinweise" ergeben, dass der Versicherte das Vorliegen einer schweren psychiatrischen Symptomatik simuliere und es wird eine Verdachtsdiagnose Simulation gestellt. Diese Passagen widersprechen sich diametral: Es ist nicht erklärbar, weshalb das Gutachten zunächst festhält, es hätten sich keine neuen Erkenntnisse ergeben, während andererseits ausgeführt wird, es hätten sich nun "starke Hinweise" auf Simulation gezeigt. Auch kann nicht nachvollzogen werden, wie ohne neue Aspekte neue Verdachtsdiagnosen gestellt werden können. Das Gutachten ist in dieser

Hinsicht inkonsistent und widersprüchlich. Eine Berücksichtigung der Verdachtsdiagnosen durch das Gericht ist ohnehin nicht möglich; dazu bräuchte es einen erhärteten Verdacht oder anders gesagt eine gesicherte Diagnose (also keine blosse Verdachtsdiagnose) der Ärzte.

12.3 Sodann muss festgestellt werden, dass die (...) -Gutachter keine Stellung zu den widersprechenden Diagnosen ihrer deutschen Kollegen (z.B. depressive Verstimmung, act. 44, S. 15, vgl. vorne E. 11.3) genommen haben. Auf den Befund einer Anpassungsstörung mit ausgeprägter Angststörung und depressiver Reaktion und einer somatoformen Verarbeitungskomponente von Dr. I. _____ (act. 51 vom 5. Oktober 2007, vorne E. 11.5) wird ebenfalls nicht eingegangen, sondern nur auf ihre Einschätzung der Arbeitsfähigkeit. Indessen wäre bei einem Abweichen von anderen Diagnosen zumindest eine Begründung seitens des (...) angebracht gewesen. Bezüglich des Berichts von Dr. B. _____ wird davon gesprochen, dass "in der aktuellen Untersuchung" keine Bestätigung der entsprechenden Diagnose hätte festgestellt werden können (act. 70, S. 19 f.). Diese Formulierung scheint eine Momentaufnahme zu umschreiben. Es fehlt somit eine nachvollziehbare Begründung der Diagnosen des (...) -Gutachtens und eine Auseinandersetzung mit den abweichenden Diagnosen der deutschen Ärzte sowie eine Einschätzung des Verlaufs der Beschwerden während der ganzen zu beurteilenden Periode. Das Gutachten erscheint unvollständig, nicht nachvollziehbar und damit nicht überzeugend.

12.4 Weitere Widersprüche finden sich im (...) -Gutachten bezüglich der Arbeitsfähigkeit. Im ursprünglichen Gutachten vom 14. November 2008 wurde ausgeführt, dass aufgrund der Unmöglichkeit, eine zuverlässige Beurteilung der Arbeitsfähigkeit im ambulanten Setting vorzunehmen, eine stationäre Begutachtung bzw. ein Setting über hinreichend lange Zeit empfohlen werde (act. 63, S. 18 und 19). Nach einem Brief der IV-Stelle (...) vom 21. April 2009, worin diese sich "nicht sonderlich erfreut" zeigte, dass das (...) sich für eine aufwendige Begutachtung in einer anderen Institution ausgesprochen habe und anregte, das Gutachten durch einen Aufenthalt im (...) mit anschliessendem "Upgrade" des bestehenden Gutachtens zu ergänzen (act. 64), wurde schliesslich eine stationäre Beobachtung beim (...) durchgeführt und das Gutachten ergänzt (vgl. ergänztes Gutachten vom 4. Juni 2009, act. 70, S. 1 und vorne E. 11.6).

Es stellt sich die Frage, wie eine Einschätzung der Arbeitsfähigkeit, so wie sie im ergänzten Gutachten vorgenommen wurde (act. 70, S. 20), möglich sein soll, obwohl das vom (...) selbst vorgeschlagene und als notwendig eingeschätzte Setting nicht durchgeführt wurde. Das ergänzte Gutachten hält ausdrücklich fest, "keine wesentlichen neuen Aspekte" im Vergleich zur ersten Version zu enthalten (act. 70, S. 15). Ebenso wird weiterhin ausgeführt, dass für eine abschliessende Beurteilung der Arbeitsfähigkeit ein Setting über hinreichend lange Zeit durchzuführen sei (act. 70, S. 19). Dafür spricht auch die im ergänzten Gutachten neue Verdachtsdiagnose auf Simulation einer psychiatrischen Erkrankung. Vor diesem Hintergrund kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass es sich bei dieser Passage (Setting über eine längere Zeit), wie im Nachhinein behauptet, nur um einen "Flüchtigkeitsfehler" handelt bzw. dass dieser Absatz bei der Überarbeitung vergessen worden sei zu löschen (act. 82). Es ist davon auszugehen, dass ein Setting, wie vom (...) ursprünglich vorgeschlagen, auch nach der stationären Beobachtung im Juni 2009 noch immer notwendig gewesen wäre für eine umfassende Beurteilung der Arbeitsfähigkeit (vgl. dazu auch die Stellungnahme von RAD-Arzt Dr. K._____, act. 80, S. 2). Auf die Einschätzung des (...) zur Arbeitsfähigkeit kann aus den vorgenannten Gründen nicht abgestellt werden.

12.5 Aus den weiteren Akten ergibt sich ebenfalls kein zweifelsfreies Bild über den Verlauf der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers. Wie diese seit September 2005 und insbesondere 2006 verlief, ist aus den Akten nicht eindeutig ersichtlich (vgl. B-act. 7, Beilage 2; act. 44, S. 15; act. 51, S. 1 f.). Seit 2008 und bis heute liegen sodann keine medizinischen Berichte bezüglich der Syringomyelie und ihrer Auswirkungen mehr vor, sodass die Entwicklung der Arbeitsfähigkeit in dieser Periode nicht nachvollzogen werden kann. Es kann nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gesagt werden, dass der Beschwerdeführer in leidensadaptierten Tätigkeiten voll arbeitsfähig sei. Aus den act. 44, S. 34, act. 74, S. 11 und B-act. 7, Beilage 2 lässt sich schliessen, dass in Deutschland seit dem 13. Februar 2007 eine Minderung der Erwerbsfähigkeit von 60% bis August 2009 attestiert und danach eine Anpassung dieser Rente wegen "voller Erwerbsminderung" vorgenommen wurde. Jedoch ist aus den Akten nicht ersichtlich, aus welchen Gründen dem Beschwerdeführer die Rente zugesprochen wurde, da die entsprechenden deutschen Akten fehlen.

13.

Als Fazit muss vorliegend festgestellt werden, dass der Beschwerdeführer physisch und psychisch nicht umfassend abgeklärt wurde. Sein Gesundheitszustand ist aus Sicht des Gerichts nicht rechtsgenügend erhoben worden, da neben der physischen Situation insbesondere das psychiatrische Gutachten des (...) nicht überzeugt und es keine neueren, umfassenden medizinischen Berichte oder Expertisen gibt. Die deutschen medizinischen Unterlagen deuten jedoch auf ein komplexes, seit längerer Zeit bestehendes somatisches (neurologisch-orthopädisches) und psychosomatisches Krankheitsgeschehen hin, das behaupteterweise und auch tatsächlich die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers beeinträchtigen könnte. In Fällen wie diesem, wo psychische und physische Beschwerden zusammenwirken, ist durch die Vorinstanz ein interdisziplinäres medizinisches Gutachten einzuholen (vgl. hierzu Urteil 8C_168/2008 des Bundesgerichts vom 11. August 2008 E. 6.2.2 mit Hinweisen).

14.

Es liegt mithin eine unvollständige Sachverhaltsabklärung vor, d.h. der Sachverhalt wurde von der Vorinstanz nicht rechtsgenügend abgeklärt und gewürdigt (Art. 43 ff. ATSG sowie Art. 12 VwVG). Eine Rückweisung der Sache in Nachachtung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 43 Abs. 1 ATSG) an die Vorinstanz zur weiteren Abklärung ist unter diesen Umständen angebracht, da sie in der notwendigen Erhebung der bisher ungeklärten Fragen – dem aktuellen tatsächlichen psychischen und physischen Gesundheitszustand des Beschwerdeführers sowie dem Zusammenwirken der vorhandenen Leiden und deren Auswirkungen auf die Arbeits- und Leistungsfähigkeit – begründet liegt. Zu diesem Zweck sind auch die fehlenden deutschen Akten beizuziehen.

15.

Sodann hat die Vorinstanz nach Vorliegen der zusätzlichen Ergebnisse in medizinischer Hinsicht – falls erforderlich – einen Einkommensvergleich durchzuführen und ergänzende Abklärungen hinsichtlich der Verwertbarkeit der Arbeitsfähigkeit in die Wege zu leiten (vgl. Urteile I 462/02 des EVG vom 26. Mai 2003 und 9C_921/2009 des BGer vom 22. Juni 2010).

16.

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist festzuhalten, dass die Beschwerde vom 29. Juni 2010 insoweit gutgeheissen wird, als die angefochtene Verfügung vom 27. Mai 2010 aufgehoben und die Sache an die

Vorinstanz zurückgewiesen wird, damit diese, nach erfolgten Abklärungen der rechtserheblichen Tatsachen im Sinne der Erwägungen, neu verfüge.

17.

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

17.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten in der Regel der unterlegenen Partei. Der unterliegenden Vorinstanz können allerdings keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Da eine Rückweisung an die Vorinstanz praxisgemäss als Obsiegen der Beschwerde führenden Partei gilt (vgl. BGE 132 V 215 E. 6), sind im vorliegenden Fall dem Beschwerdeführer keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

17.2 Der obsiegende Beschwerdeführer 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 Vorinstanz (vgl. dazu auch Urteil des Bundesgerichts 9C_122/2010 vom 4. Mai 2010 und 9C_592/2010 vom 23. März 2011).

17.2.1 Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat eine Kostennote in Höhe von Fr. 4'145.55 (davon Honorar Fr. 3'783.35 [18 Stunden 55 Minuten à Fr. 200.-], Spesen Fr. 69.40 und Mehrwertsteuer Fr. 292.80) eingereicht (B-act. 7, Beilage 3).

17.2.2 Gemäss Art. 8 Abs. 1 VGKE umfasst die Parteientschädigung die Kosten der Vertretung (Art. 9, 10 und 11 VGKE) sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 13 VGKE), unter Berücksichtigung des Verfahrensausgangs, der Kostennote (Art. 14 Abs. 1 VGKE), des gebotenen und aktenkundigen Aufwands, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des vorliegend zu beurteilenden Verfahrens. Die Parteientschädigung stellt also "Ersatz der Parteikosten" dar, welche massgeblich vom tatsächlichen und notwendigen Vertretungsaufwand bestimmt wird. Die Bedeutung der Streitsache ist aber ohnehin weniger gut messbar als die Schwierigkeit des Prozesses auf der Grundlage des tatsächlichen Arbeitsaufwandes. Dem letztgenannten Bemessungskriterium kommt denn auch seit jeher vorrangige Bedeutung zu. Bei der Frage nach dem notwendigen Vertretungsaufwand dürfen die Gerichte auch in Betracht ziehen, dass der Sozialversicherungsprozess von der Untersuchungsmaxi-

me beherrscht wird, wodurch in vielen Fällen die Arbeit der Rechtsvertreenden erleichtert wird. Diese Arbeit soll nur insoweit berücksichtigt werden, als sich die Anwältin/der Anwalt bei der Erfüllung ihrer Aufgabe in einem vernünftigen Rahmen hält, unter Ausschluss nutzloser oder sonstwie überflüssiger Schritte. Zu entschädigen ist nicht der geltend gemachte, sondern nur der notwendige Aufwand (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_723/2009 vom 14. Januar 2010 E. 3.2 und 4.3 mit Hinweisen).

17.2.3 Den in der Kostennote eingesetzte Zeitaufwand von insgesamt 18 Stunden 55 Minuten Honorar befindet das Gericht als zu hoch. Für das Verfassen der Beschwerde (inklusive der Besprechung mit dem Klienten, dem Aktenstudium [auch angesichts des relativ beträchtlichen Umfangs der Akten], der Korrespondenz und aller weiteren notwendigen Tätigkeiten in diesem Zusammenhang) erscheint ein Zeitaufwand von 9 Stunden als angemessen, wobei es sich bei der Beschwerde teilweise um eine Wiederholung der im Vorbescheidverfahren vor der IVSTA eingebrachten Einwände handelt. Für die Replik und die entsprechenden Vorbereitungsarbeiten wird ein Aufwand von 4 Stunden und 30 Minuten als notwendig angesehen (wobei das Aktenstudium nicht mehr gleich umfassend berücksichtigt werden kann wie bei Einreichung der Beschwerde, da das Dossier mindestens teilweise als bekannt zu gelten hat). Schlussendlich kann bezüglich der Kenntnisnahme der Zwischenverfügungen des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. Juli, 10. September, 15. Oktober und 23. November 2010 jeweils ein notwendiger Zeitaufwand von je 5 Minuten angerechnet werden, bezüglich der Kenntnisnahme der Beschwerdeantwort und der Duplik der Vorinstanz ein notwendiger Zeitaufwand von 25 Minuten (20+5), im Zusammenhang mit dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (u.a. Schreiben vom 10. August 2010 und Beilagen) ein notwendiger Zeitaufwand von 15 Minuten und für die Eingabe vom 11. Oktober 2010 ein notwendiger Zeitaufwand von 10 Minuten.

17.3 Es ist insgesamt von einem notwendigen Aufwand von 14 Stunden und 40 Minuten auszugehen, wobei von einem Stundensatz von Fr. 200.- und somit von Fr. 2'933.35 auszugehen ist. Zusammen mit den Spesen (Fr. 69.40) ist eine Parteientschädigung von Fr. 3'002.75 zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen (Art. 9 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 10 Abs. 2 VGKE). Die Mehrwertsteuer ist indessen nicht zu vergüten (vgl. dazu auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6248/2011 vom 25. Juli 2012 E. 12.2.5 m.w.H.).

17.4 Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist somit gegenstandslos (vgl. statt vieler Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-2862/2010 vom 7. Mai 2012 E. 6.3 und C-1245/2010 vom 1. Juli 2011 E. 8.4).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde vom 29. Juni 2010 wird in dem Sinne gutgeheissen, als die angefochtene Verfügung vom 27. Mai 2010 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Dem Beschwerdeführer wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 3'002.75 zugesprochen.

4.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist somit gegenstandslos.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 756.5071.6129.32; Einschreiben)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen (Einschreiben)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Vito Valenti

Madeleine Keel

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: