



Urteil vom 13. September 2018

Besetzung

Richter David Weiss (Vorsitz),
Richter Michael Peterli,
Richterin Viktoria Helfenstein,
Gerichtsschreiber Matthias Burri-Küng.

Parteien

A._____, (Frankreich),
vertreten durch lic. iur. Dominik Zehntner,
Beschwerdeführer,

gegen

IV-Stelle für Versicherte im Ausland IVSTA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Invalidenversicherung, Renten, Verfügung vom 12. Juli 2016.

Sachverhalt:**A.**

A.a Der am (...) 1968 geborene, in Frankreich wohnhafte französische Staatsangehörige A._____ (*nachfolgend*: Beschwerdeführer), arbeitete seit 1990 (mit Unterbrüchen) als Grenzgänger in der Schweiz (act. 1 ff.). Während eines Temporäreinsatzes für die B._____ AG (...) erlitt der gelernte Maurer am 16. März 2010 einen Unfall, wobei er sich mit der Trennscheibe in zwei Finger der linken Hand schnitt (act. 6.51-1, 6.52-1).

A.b In der Folge tätigte die SUVA medizinische Abklärungen und erbrachte Leistungen aus der Unfallversicherung (act. 14). Mit Verfügung vom 7. September 2011 stellte die SUVA die Versicherungsleistungen (Taggeld und Heilungskosten) per 25. September 2011 mangels adäquater Unfallfolgen ein (act. 14-1 f.). Die gegen diese Verfügung erhobene Einsprache wies die SUVA mit Einspracheentscheid vom 27. Oktober 2011 ab (act. 18.2-1 ff.). Der Einspracheentscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft (act. 20-1).

A.c Bereits am 3. Februar 2011 hatte sich der Beschwerdeführer bei der IV-Stelle C._____ zum Bezug von Leistungen der Schweizerischen Invalidenversicherung (IV) angemeldet (act. 3-1 ff.). Am 1. März 2011 ging die Anmeldung bei der IV-Stelle D._____ ein. Am 3. März 2011 wurde die Anmeldung zuständigkeitshalber an die IV-Stelle C._____ überwiesen, wo sie am 9. März 2011 erneut einging (act. 1-1, 2-1, 3-1 f.). Die IV-Stelle C._____ holte in der Folge die Akten der SUVA ein (act. 6.5-1) und tätigte beruflich-erwerbliche Abklärungen (act. 8-1). Am 28. Oktober 2011 teilte die IV-Stelle C._____ dem Beschwerdeführer mit, dass kein Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen bestünde (act. 17-1).

A.d Nach Sichtung der SUVA-Akten empfahl Dr. med. E._____, Arzt des Regionalärztlichen Dienstes (RAD) der IV-Stellen C._____/D._____ am 5. Dezember 2011 die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens bei Dr. med. F._____ (act. 19-1). Die Aufgebote für die Begutachtungstermine vom 9. März 2012 und vom 11. Juni 2012 nahm der Beschwerdeführer ohne Rückmeldung nicht wahr, sodass die Invalidenversicherungsstelle für Versicherte im Ausland IVSTA (*nachfolgend auch*: Vorinstanz) nach Hinweis auf die Mitwirkungspflicht durch die IV-Stelle C._____ (act. 23-1) mit Verfügung vom 27. Dezember 2012 auf das Leistungsgesuch des Beschwerdeführers nicht eintrat (act. 30-1 f.). Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

B.

B.a Am 19. Dezember 2014 meldete sich der Beschwerdeführer bei der IV-Stelle D. _____ erneut zum Bezug von Leistungen der Invalidenversicherung an (act. 31-1 ff.), nachdem er am 23. Juli 2014 bei seiner Tätigkeit als Maurer bei Schalungsarbeiten nach einem ausserordentlichen Kraftaufwand einen akuten lumbosakralen Schmerz mit Ausstrahlung ins rechte Bein erlitt (act. 46.6, 49-3 f). Am 7. Januar 2015 leitete die IV-Stelle D. _____ die Akten an die IV-Stelle C. _____ weiter (act. 34-1). Diese holte in der Folge am 21. Januar 2015 die Akten der SUVA sowie der Krankentaggeldversicherung SWICA (*nachfolgend*: Krankentaggeldversicherung) ein (act. 39 f.) und tätigte medizinische und beruflich-erwerbliche Abklärungen. Im Laufe des Abklärungsverfahrens wurden am 13. November 2015 sämtliche Akten an die IV-Stelle D. _____ überwiesen (act. 85). Die aufgrund dieses Ereignisses erfolgte Schadenmeldung bei der SUVA vom 20. August 2014 erledigte diese mit formloser Mitteilung vom 11. August 2014, worin sie dem Beschwerdeführer mitteilte, dass kein Unfall im Sinn des Gesetzes vorliege (act. 46.15-1 f.). Weiterungen zu dieser Leistungsablehnung des Unfallversicherers sind nicht aktenkundig.

B.b Die IV-Stelle D. _____ unterbreitete die medizinischen Unterlagen dem RAD zur Stellungnahme. Mit Stellungnahme vom 1. Februar 2016 hielt der RAD fest, dass insbesondere auf das von der Taggeldversicherung veranlasste rheumatologische Gutachten von Dr. med. G. _____ vom 24. November 2015 abgestellt werden könne. Danach bestehe in der angestammten Tätigkeit als Maurer eine Arbeitsunfähigkeit von 20 % bzw. in einer angepassten Tätigkeit eine volle Arbeitsfähigkeit (act. 88-1 ff.).

B.c Am 1. Februar 2016 zeigte Rechtsanwalt Dominik Zehntner die Interessenvertretung des Beschwerdeführers an und ersuchte um Akteneinsicht (act. 89). Mit Vorbescheid vom 23. Februar 2016 kündigte die IV-Stelle D. _____ die Abweisung des Leistungsgesuchs an (act. 92-1 ff.). Gegen diesen Vorbescheid liess der Beschwerdeführer am 7. April 2016 bzw. nach erstreckter Frist am 28. Mai 2016 Einwand erheben (act. 95-1 ff., 98-1 ff.). Am 8. Juni 2016 reichte die Taggeldversicherung die Ergänzungen von Dr. med. G. _____ vom 16. Januar 2016 zu seinem rheumatologischen Gutachten vom 24. November 2015 ein (act. 100-7). Die zweiten Ergänzungen von Dr. med. G. _____ vom 11. August 2016 stellte die Taggeldversicherung der IV-Stelle D. _____ am 25. August 2016 zu (act. 107-1).

B.d Mit Verfügung vom 12. Juli 2016 wies die Vorinstanz das Leistungsgesuch des Beschwerdeführers ab (act. 106-1 f.). Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die medizinischen Abklärungen hätten ergeben, dass der Beschwerdeführer seit Juli 2014 für körperlich sehr schwere Arbeiten zu 80 % arbeitsfähig sei. Für alle anderen Tätigkeiten, die rückenangepasst seien, andauernd schwere Arbeiten ausschlossen, keine Zwangshaltung und dauerndes Bücken erforderten, bestehe eine Arbeitsfähigkeit von 100 %. Damit sei die Wartefrist von einem Jahr durchgehender Arbeitsfähigkeit von 40 % nicht erfüllt.

C.

C.a Gegen diese Verfügung liess der Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dominik Zehntner, mit Eingabe vom 23. August 2016 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben (BVGer act. 1). Die Verfügung vom 12. Juli 2016 sei aufzuheben und dem Beschwerdeführer mit Wirkung ab 1. Juli 2015 eine unbefristete Invalidenrente zuzusprechen. Zudem sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

C.b Nachdem der Beschwerdeführer dem Bundesverwaltungsgericht das Formular „Unentgeltliche Rechtspflege“ eingereicht hatte (BVGer act. 4), wurde das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung mit Zwischenverfügung vom 12. Oktober 2016 gutgeheissen und dem Beschwerdeführer Rechtsanwalt Dominik Zehntner als amtlich bestellter Anwalt beigeordnet (BVGer act. 5).

C.c Mit Vernehmlassung vom 18. Oktober 2016 beantragte die Vorinstanz mit Verweis auf die Stellungnahme der IV-Stelle D._____ vom 6. Oktober 2016 die Abweisung der Beschwerde (BVGer act. 7).

C.d Mit Replik vom 24. November 2016 hielt der Beschwerdeführer an seinen Anträgen und deren Begründung fest (BVGer act. 9). Ergänzend reichte er einen Arztbericht von Dr. med. H._____ ein, worin ihm eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % attestiert wurde.

C.e Mit Duplik vom 9. Januar 2017 hielt die Vorinstanz mit Verweis auf die Stellungnahme der IV-Stelle D._____ vom 18. November 2016 an ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest (BVGer act. 11).

C.f Die unaufgeforderte Eingabe des Beschwerdeführers vom 17. Januar 2017 wurde der Vorinstanz mit Verfügung vom 20. Januar 2017 zur Stellungnahme zugestellt (BVGer act. 14). Die ergänzende Stellungnahme der

IV-Stelle D. _____ vom 8. Februar 2017 reichte die Vorinstanz dem Bundesverwaltungsgericht am 14. Februar 2017 ein (BVGer act. 15) und wurde dem Beschwerdeführer am 21. Februar 2017 zur Kenntnis zugestellt (BVGer act. 16).

C.g Aufgrund von Unklarheiten zur sozialen und beruflichen Anamnese in den Akten sowie den von der Vorinstanz ins Feld geführten Diskrepanzen der vom Beschwerdeführer geltend gemachten Beschwerden wurde dieser mit Verfügung vom 13. Juni 2018 mittels einer schriftlichen Parteibefragung nach Art. 12 VwVG aufgefordert, Auskünfte zu erteilen (BVGer act. 20).

C.h Die Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 5. Juli 2018 wurde der Vorinstanz mit Verfügung vom 19. Juli 2018 zugestellt und ihr Gelegenheit eingeräumt, bis zum 20. August 2018 eine abschliessende Stellungnahme einzureichen (BVGer act. 22).

C.i Mit ergänzender Stellungnahme vom 17. August 2018 hielt die Vorinstanz mit Verweis auf die Stellungnahme der IV-Stelle D. _____ vom 13. August 2018 an ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest (BVGer act. 23).

C.j Die Stellungnahme der Vorinstanz vom 17. August 2018 samt Stellungnahme der IV-Stelle D. _____ vom 13. August 2018 wurde dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 23. August 2018 zugestellt und der Schriftenwechsel abgeschlossen (BVGer act. 24).

D.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 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]). Gemäss Art. 40 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201) ist zur Entgegennahme und Prüfung der Anmeldung diejenige IV-Stelle zuständig, in deren Tätigkeitsgebiet die Versicherten ihren Wohnsitz haben (Bst. a); für im Ausland wohnende Versicherte ist unter Vorbehalt von Abs. 2 von Art. 40 IVV die IV-Stelle für Versicherte im Ausland zuständig (Bst. b). Art. 40 Abs. 2 IVV regelt die Zuständigkeit bei Grenzgängern in der Weise, dass zur Entgegennahme und Prüfung der Anmeldungen die IV-Stelle zuständig ist, in deren Tätigkeitsgebiet der Grenzgänger eine Erwerbstätigkeit ausübt. Dies gilt auch für ehemalige Grenzgänger, sofern sie bei der Anmeldung ihren ordentlichen Wohnsitz noch in der benachbarten Grenzzone haben und der Gesundheitsschaden auf die Zeit ihrer Tätigkeit als Grenzgänger zurückgeht. Die Verfügungen werden von der IV-Stelle für Versicherte im Ausland erlassen. Die einmal begründete Zuständigkeit der IV-Stelle bleibt im Verlaufe des Verfahrens erhalten (Art. 40 Abs. 3 IVV).

1.2 Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung durch diese besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Abänderung, weshalb er zur Erhebung der Beschwerde legitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG; siehe auch Art. 59 ATSG [SR 830.1]). Auf die - unter Berücksichtigung des Fristenstillstands vom 15. Juli bis und mit dem 15. August (Art. 38 Abs. 4 Bst. c ATSG) - frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde vom 23. August 2016 ist somit einzutreten (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG; siehe auch Art. 60 ATSG).

2.

2.1 Der Beschwerdeführer kann im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit des Entscheids beanstanden (Art. 49 VwVG).

2.2 Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann die Beschwerde auch

aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. BVGE 2009/65 E. 2.1).

3.

3.1 Der Beschwerdeführer ist französischer Staatsangehöriger und wohnt in Frankreich. 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 auch nach dem Inkrafttreten des FZA nach schweizerischem Recht (BGE 130 V 253 E. 2.4).

3.2 Die Sache beurteilt sich – vorbehaltlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen – nach denjenigen materiellen Rechtssätzen, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten (vgl. BGE 130 V 329). Ein allfälliger Leistungsanspruch ist für die Zeit vor einem Rechtswechsel aufgrund der bisherigen und ab diesem Zeitpunkt nach den neuen Normen zu prüfen (*pro rata temporis*; vgl. BGE 130 V 445).

4.

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 dabei 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 (Art. 7 ATSG). Nach Art. 7 Abs. 2 ATSG in der seit 1. Januar 2008 geltenden Fassung sind für die Beurteilung einer Erwerbsunfähigkeit ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu berücksichtigen und eine Erwerbsunfähigkeit liegt zudem nur dann vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist. 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).

4.2 Nach Art. 28 Abs. 1 IVG (in der seit 1. Januar 2008 gültigen Fassung) haben Versicherte 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); während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40 % arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen sind (Bst. b); und nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40 % invalid (Art. 8 ATSG) sind (Bst. c).

4.3 Gemäss Art. 28 Abs. 2 IVG besteht der Anspruch auf eine ganze Rente, wenn die versicherte Person mindestens 70 %, derjenige auf eine Dreiviertelrente, 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.

4.4 Laut Art. 29 Abs. 4 IVG (in der seit 1. Januar 2008 gültigen Fassung) werden Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50 % entsprechen, jedoch nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben, soweit nicht staatsvertragliche Vereinbarungen eine abweichende Regelung vorsehen. Nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; seit 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] stellt diese Regelung nicht eine blosse Auszahlungsvorschrift, sondern eine besondere Anspruchsvoraussetzung dar (BGE 121 V 275 E. 6c). Eine – vorliegend zutreffende – Ausnahme von diesem Prinzip gilt aufgrund des FZA und der anwendbaren europäischen Verordnungen seit dem 1. Juni 2002 für Schweizer Bürger und Staatsangehörige der Europäischen Gemeinschaft (EU), denen bereits ab einem Invaliditätsgrad von 40% eine Rente ausgerichtet wird, wenn sie in einem Mitgliedstaat der EU Wohnsitz haben.

4.5 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, BGE 115 V 133 E. 2; AHI-Praxis 2002 S. 62 E. 4b/cc).

4.6 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 352 E. 3a). Je substantieller sich eine medizinische Fachperson äussert, umso höher ist der Beweiswert ihrer Aussage (RUDOLF RÜEDI, Das medizinische Gutachten - Erwartungen des Sozialversicherungsrichters an den Arzt, in: Gabriela Riemer-Kafka [Hrsg.], Medizinische Gutachten, Zürich 2005, S. 80). Liegen unterschiedliche, sich widersprechende Expertenmeinungen vor, wird diejenige Begutachtung obsiegen, die lückenlos dokumentiert ist und durch eine schlüssige Beurteilung zu überzeugen vermag: kurz, es kommt auf die Qualität an (JACQUES MEINE, die ärztliche Unfallbegutachtung in der Schweiz - Erfüllt sie die heutigen Qualitätsanforderungen?, in: Swiss Surg 1998; 4: 54).

5.

5.1 Strittig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz das Leistungsgesuch des Beschwerdeführers zu Recht abgewiesen hat.

5.2 Die Vorinstanz ist in ihrer rentenabweisenden Verfügung vom 12. Juli 2016 davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer seit Juli 2014 für sehr schwere Tätigkeiten zu 80 % arbeitsfähig sei. Für alle anderen Tätigkeiten, die rückenangepasst seien, andauernd schwere Arbeiten ausschliessen, keine Zwangshaltung und dauerndes Bücken erforderten, bestehe eine Arbeitsfähigkeit von 100 %. Damit sei die Wartefrist von einem Jahr durchgehender Arbeitsfähigkeit von 40 % nicht erfüllt (BVGer act. 1, Beilage 2). Bei der Beurteilung des Gesundheitszustandes stützte sich die Vorinstanz insbesondere auf das von der Krankentaggeldversicherung in Auftrag gegebene rheumatologische Gutachten von Dr. med. G. _____ vom 24. November 2015 sowie die Stellungnahme des RAD vom 21. Juni 2016 (act. 101-1 ff.).

5.3 Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend (BVGer act. 1), die Einschätzung von Dr. med. G. _____ im Gutachten vom 24. November 2015 stünde in offenkundigem und erheblichem Widerspruch zu derjenigen mehrerer Fachmediziner, welche die Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit einstimmig auf 100 % eingestuft hätten. Sodann sei für eine angepasste Tätigkeit die Arbeitsfähigkeit von Prof. Dr. med. I. _____ auf 30 % bzw. von PD Dr. med. J. _____ auf maximal 50 % eingeschätzt worden. Dr. med. G. _____ habe sich in seinem Gutachten mit diesen abweichenden Einschätzungen nicht auseinandergesetzt, sodass das Gutachten den Anforderungen an medizinische Berichte gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht genüge. Beim Gutachten von Dr. med. G. _____ lägen erhebliche Zweifel vor, sodass auch die Beurteilung des RAD vom 21. Juni 2016, welche sich ausschliesslich wohlwollend zur Qualität des Gutachtens äussere, nicht geteilt werden könne. Zudem sei der Sachverhalt bisher ausschliesslich versicherungsintern beurteilt worden, was die grundsätzlich erforderliche Unabhängigkeit einer medizinischen Beurteilung vermissen lasse.

Ausgehend davon, dass vier verschiedene Fachärzte dem Beschwerdeführer seit Juli 2014 eine 100 %-ige Arbeitsunfähigkeit in seinem angestammten Beruf attestieren, sei das Wartejahr entgegen der angefochtenen Verfügung sehr wohl erfüllt. Bei einer attestierten Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit von 30 % bis 50 %, sei bei der Festlegung des Invaliditätsgrades ein leidensbedingter Abzug vorzunehmen. Der Beschwerdeführer sei gelernter Maurer und verfüge über keine weitere Ausbildung. Es sei daher davon auszugehen, dass er seine Restarbeitsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nur mit unterdurchschnittlichem erwerblichem Erfolg verwerten könne. Ebenfalls wirke sich das Teilzeitpensum bei Männer negativ aus und habe eine Einkommenseinbusse zur Folge, sodass ein leidensbedingter Abzug in vollem Umfang von 25 % gerechtfertigt sei.

Ergänzend führte der Beschwerdeführer aus (BVGer act. 9), dass die von der Vorinstanz erwähnte Aggravation anlässlich der Begutachtung nicht im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung überprüft worden sei, zumal sich der Begriff "Aggravation" im gesamten Gutachten nicht finden lasse. Des Weiteren sei die Frage einer Umschulung offensichtlich nicht abschliessend geprüft worden. Die Vorinstanz anerkenne eine Restarbeitsfähigkeit von 20 % und halte deswegen die Verhältnismässigkeit einer Umschulung für fraglich. Der Hinweis auf die fehlende subjektive Eingliederungsfähigkeit gehe schon deswegen fehl, da der entsprechende Bericht

des Care Managements der Taggeldversicherung vom 5. März 2015 stamme und daher schon nahezu zwei Jahre zurückliege (BVGer act. 13).

5.4 Demgegenüber macht die Vorinstanz im Wesentlichen geltend, dem Gutachten von Dr. med. G. _____ komme voller Beweiswert zu (BVGer act. 7). Beim Gutachten handle es sich um versicherungsexternes Gutachten, da Dr. med. G. _____ nicht in einem Anstellungsverhältnis zur Taggeldversicherung stehe. Ein solches Gutachten sei geeignet, auch im IV-Verfahren den vollen Beweis zu erbringen. Die abweichende Beurteilung der behandelnden Ärzte führe nicht bereits dazu, dass ein Gutachten als nicht schlüssig anzusehen sei. Vorliegend habe Dr. med. G. _____ anlässlich der Begutachtung deutliche Hinweise auf aggravierendes Verhalten feststellen können. Dies habe auch aufgrund von Beobachtungen ausserhalb des Untersuchungszimmers bestätigt werden können. Der Fokus behandelnder Ärzte liege im Normalfall nicht darin, aggravierendes Verhalten aufzudecken. Die abweichende Beurteilung von Dr. med. G. _____ lasse sich daher durch das aggravierende Verhalten erklären. Auch bildgebend hätten sich keine relevanten Befunde bzw. keine organischen Korrelate für die Beschwerden feststellen lassen. Angesichts der Hinweise auf aggravierendes Verhalten erscheine die von Dr. med. G. _____ attestierte volle Arbeitsfähigkeit für angepasste Tätigkeiten plausibel. Selbst wenn man die attestierte Arbeitsfähigkeit als Maurer ausser Acht liesse, ergäbe sich kein rentenberechtigender Invaliditätsgrad. Der geforderte Leidensabzug von 25 % sei bei einer aggravierenden Person unangemessen.

Ergänzend führte die Vorinstanz aus, dass bei einer Arbeitsfähigkeit von 80 % in der angestammten Tätigkeit die Verhältnismässigkeit einer Umschulung fraglich sei (BVGer act. 11 und 15). Sodann sei die Aggravation im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sorgfältig überprüft worden. Ausserdem beziehe sich das vom Beschwerdeführer erwähnte Urteil des Bundesgerichts 9C_296/2016 auf den Fall, dass eine psychosomatische Schmerzstörung vorliege. Beim Beschwerdeführer sei indessen keine solche Diagnose aktenkundig. Ausserdem müsse auch bei solchen Beschwerden eine gewisse Konsistenz bestehen. Der Umstand, dass es sich bei den behandelnden Ärzten um Wirbelsäulenchirurgen handle, spreche nicht vornherein gegen die Feststellungen von Dr. med. G. _____, zumal auch Wirbelsäulenerkrankungen in das Fachgebiet der Rheumatologie fielen.

6.

6.1 Hinsichtlich des von der Krankentaggeldversicherung in Auftrag gegebenen Gutachtens von Dr. med. G. _____ ist zunächst festzuhalten, dass ein solches Gutachten – trotz Nichterfüllung der Voraussetzungen nach Art. 44 ATSG – im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu berücksichtigen ist. Praxisgemäss spricht ein von der Krankentaggeldversicherung in Auftrag gegebenes Gutachten nicht gegen dessen Beweiswert im Verfahren betreffend Prüfung eines Rentenanspruchs nach IVG (Urteil des Bundesgerichts [BGer] 8C_71/2016 vom 1. Juli 2016 E. 5.2). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kommt einem von einer Krankentaggeldversicherung eingeholten Gutachten jedoch der Beweiswert versicherungsinterner ärztlicher Feststellungen zu (Urteil des BGer 8C_71/2016 vom 1. Juli 2016 E. 5.2).

Die Rechtsprechung hat für versicherungsinterne Gutachten Richtlinien für die Beweiswürdigung aufgestellt. Den Berichten und Gutachten versicherungsinterner Ärztinnen und Ärzte kommt nach der Rechtsprechung Beweiswert zu, sofern sie als schlüssig erscheinen, nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei sind und keine Indizien gegen ihre Zuverlässigkeit bestehen (BGE 134 V 231 E. 5.1 mit Hinweis auf BGE 125 V 351 E. 3b/bb/ee). Trotz dieser grundsätzlichen Beweiseignung kommt den Berichten versicherungsinterner medizinischer Fachpersonen praxisgemäss nicht dieselbe Beweiskraft zu wie einem gerichtlichen oder im Verfahren nach Art. 44 ATSG vom Versicherungsträger veranlassten Gutachten unabhängiger Sachverständiger. Soll ein Versicherungsfall ohne Einholung eines externen Gutachtens entschieden werden, so sind an die Beweiswürdigung strenge Anforderungen zu stellen. Bestehen auch nur geringe Zweifel an der Zuverlässigkeit und Schlüssigkeit der versicherungsinternen ärztlichen Feststellungen, so sind ergänzende Abklärungen vorzunehmen (BGE 139 V 225 E. 5.2; BGE 135 V 465 E. 4.4 mit Hinweisen; Urteil des BGer 8C_348/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 2.4). Dies gilt es bei der nachfolgenden Würdigung des umstrittenen Gutachtens zu berücksichtigen.

6.2 Der Beschwerdeführer wurde im Auftrag der Krankentaggeldversicherung am 20. November 2015 rheumatologisch von Dr. med. G. _____, Facharzt für Rheumatologie, Physikalische Medizin und Rehabilitation, untersucht und begutachtet (act. 86-1 ff.). Als Facharzt Rheumatologie erfüllt er die fachlichen Voraussetzungen eines Sachverständigen gemäss den Leitlinien der SGR für die Rheumatologische Begutachtung (*nachfolgend:*

Leitlinien Rheumatologie; abrufbar unter www.rheuma-net.ch -> Fachinformationen -> Leitlinien, Ziff. 2.4, Seite 2; zuletzt abgerufen am 25. April 2018). Anzuführen ist, dass (chronische) Schmerzen des Bewegungsapparates grundsätzlich auch Teil des rheumatologischen Fachgebiets sind (vgl. etwa Urteil des BGer Urteil 9C_203/2010 vom 21. September 2010 E. 4.1.). Der Umstand alleine, dass es sich bei den beiden Ärzten Prof. Dr. med. I. _____ und PD Dr. med. J. _____ um Wirbelsäulenchirurgen handelt, spricht jedenfalls (auch unter dem Aspekt der freien Beweiswürdigung) noch nicht gegen den Beweiswert des Gutachtens.

Im Gutachten vom 24. November 2015 wurden folgende Diagnosen gestellt: Möglich abgelaufener Lumbago (Hexenschuss) nach abrupter Drehbewegung; persistierende unspezifische Lumbalgie und Pseudoischialgie rechtsbetont; Schmerzausweitung, Tendenz mit grotesker Fehllhaltung und Ruhigstellung des rechten Armes; ausgeprägtes inadäquates und demonstratives Verhalten bei der Präsentation und der Untersuchung (act. 86-10). Auf die Frage, welche Diagnosen die Arbeitsfähigkeit beeinflussen, antwortete Dr. med. G. _____, dass er anlässlich der Begutachtung keine "reelle Diagnose", welche die Arbeitsfähigkeit beeinflusse, habe feststellen können (act. 86-11). Aufgrund seiner heutigen Beobachtungen komme er zu einer anderen divergierenden Einschätzung der Arbeitsfähigkeit in der angestammten oder einer alternativen Tätigkeit. Er schliesse sich jedoch der Beurteilung des Centre Hospitalier K. _____ vom 1. Oktober 2014 an, wonach eine Arbeitsunfähigkeit bis 31. Oktober 2014 (*recte*: 31. August 2014, vgl. act. 49-6) bestanden habe. Die übermässige Präsentation und Bezeichnung von Beschwerdesymptomatik sowie die Inkonstanz der Angaben bzw. Bewegungsdefizite lasse die Annahme zu, dass keine organischen Befunde vorlägen, um das präsentierte Krankheitsbild zu erklären. In beiden MRI-Untersuchungen vom Januar und August 2015 seien keine relevanten Befunde festgestellt und auch keine Erklärung für die angegebene Schmerzsymptomatik gefunden worden. In diesem Sinn habe er keine Diagnose feststellen können, welche die Arbeitsfähigkeit beeinflusse.

Die objektiven Befunde seien sehr subjektiv gefärbt und grösstenteils im Sinn eines inadäquaten Verhaltens bedingt gewesen. Die Überempfindlichkeit bei Berührung der Rückenmuskulatur bleibe ungeklärt. Ebenfalls die demonstrative Schonhaltung des rechten Armes und die Begrüssung mit der linken Hand dürften als unecht interpretiert werden. Auch das Tragen eines Lendenmieders über die Oberkleider gelte als unpassend. Somit seien und blieben die festgestellten Schmerzangaben subjektiv (act. 86-11).

Der Beschwerdeführer sei von Beruf Maurer und habe auch in der Verschalung gearbeitet. Diese Tätigkeit sei etwas körperbelastender als jene als reiner Mauer. Er sehe jedenfalls keine absolute Arbeitsunfähigkeit. Schliesslich sei das Heben von 15 – 20 kg problemlos zumutbar. Auch Mauern erstellen dürfte heute kein Problem sein. Bei Dispens von Heben von schweren Lasten (schwere Schalelemente) dürfte eine Arbeitsfähigkeit von 80 % gegeben sein, wobei 20 % bereits für Dispens von Heben schwerer Lasten berechnet worden sei. In einer dem Rücken angepassten Tätigkeit unter Vermeiden von Heben schwerer Lasten, Zwangshaltung der Wirbelsäule, häufiges Arbeiten in repetitiv oder dauernd gebückter Haltung, bestehe eine volle Arbeitsfähigkeit. Als solche Tätigkeit wären Arbeiten als Magazinier, Lagerist, Stapelfahrer, Kontrolleur und vieles mehr zu nennen (act. 89-12).

6.3 Mit ergänzender Stellungnahme zu Handen der Taggeldversicherung führte Dr. med. G. _____ am 16. Januar 2016 aus, dass der Bericht von Dr. med. H. _____, worin dem Beschwerdeführer eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % bis zum 31. Dezember 2015 attestiert worden sei, keine neuen Perspektiven, welche eine Änderung seiner Einschätzung notwendig machen würde, beinhalte (act. 100-7 ff.). Im Schreiben von Dr. med. L. _____ vom 11. Dezember 2015 habe er lesen können, dass es dem Beschwerdeführer nicht möglich sei, seine Tätigkeit vor dem 3. Januar 2016 wieder aufzunehmen. Es handle sich somit allerhöchstens um eine Verschiebung der Arbeitsfähigkeit von vier Wochen. Nebenbei erwähnte Dr. med. G. _____, dass er in seinem Gutachten auf die Einnahme von Opioid- und Codeinpräparaten hingewiesen habe. Er habe den Beschwerdeführer darauf hingewiesen, dass solche Präparate zur Abhängigkeit führen könnten. Nun finde er in den Dokumenten ein neues Rezept, vermutlich vom November 2015, in dem Targin und Oxynorm zu gleicher Zeit verschrieben worden seien. Eine solche Medikation in dieser Kombination und Dosierung sei absolut kontraproduktiv. Die Abhängigkeit sei so gut wie gesichert und die Demotivation sowie Antriebslosigkeit des Beschwerdeführers sei programmiert. Solange der Beschwerdeführer diese Medikamente konsumiere, bleibe die Arbeitswilligkeit und –motivation massiv eingeschränkt.

6.4 Mit einer weiteren ergänzenden Stellungnahme vom 11. August 2016 zu Handen der Taggeldversicherung hielt Dr. med. G. _____ daran fest, dass auch die weiteren aktuellen medizinischen Berichte von Dr. med. H. _____ nichts an seiner Einschätzung gemäss Gutachten ändere (act. 107-2 ff.). Die in diesen Berichten genannte Diagnose einer Diskushernie

mit ischiatischer Irritation und Schmerzen mit Auswirkung auf die Funktion der Wirbelsäule sei in den früheren Berichten nicht beschrieben worden. Einen entsprechenden MRI-Befund, welcher diese Diagnose beschreibe, könne er nicht finden. Wie im Gutachten erwähnt, zeige die MRI der LWS vom 3. Januar 2015 lediglich eine gewisse Dehydratation der Bandscheibe L4/L5 und L5/S1 ohne eindeutige Protrusion und eindeutige Nervenwurzelkompression. Somit habe aufgrund dieser Untersuchung kein Hinweis für eine Diskushernie bestanden.

6.5 Mit Stellungnahme vom 1. Februar 2016 hielt RAD-Arzt Dr. med. E._____, Facharzt für Allgemeinmedizin FMH, Zertifizierter medizinischer Gutachter SIM, gestützt auf das Gutachten fest, dass die Diagnosen persistierende unspezifische Lumbalgie und Pseudoischialgie rechtsbetont sowie Schmerzausweitung mit Tendenz zu grotesker Fehlhaltung und Ruhigstellung des rechten Armes sich auf die Arbeitsfähigkeit auswirkten. Ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit seien demgegenüber die möglich abgelaufene Lumbago (Hexenschuss) nach abrupter Drehbewegung unter Heben einer schweren Last sowie ausgeprägtes inadäquates und demonstratives Verhalten bei der Präsentation und der Untersuchung (act. 86-2 ff.). Das Gutachten sei für die geklagten Beschwerden umfassend. Die Schlussfolgerungen seien plausibel und kongruent mit der Beurteilung des Centre Hospitalier K._____, das bereits am 1. September 2014 wieder eine vollständige Arbeitsfähigkeit attestiert hätte. Auffallend sei die Aggravation oder bewusstseinsnahe Simulation, wie sie im Gutachten entnommen werden könne (act. 88-3). So habe der Beschwerdeführer anlässlich der Begutachtung die Praxis etwa mit einem grotesken, hinkenden Gang schräg nach vorne links betreten. Das rechte Bein sei nur geschleppt worden, der rechte Arm sei ruhig gestellt worden (wie gelähmt). Er habe im Warteraum nicht absitzen können. Bei der Begrüssung habe er dem Gutachter aus unerklärlichen Gründen die linke Hand und nicht die rechte Hand gegeben (gemäss SUVA-Bericht vom 6. Mai 2010 ist der Beschwerdeführer Rechtshänder; act. 6.45). Auf Nachfrage des Gutachters, weshalb er ihm die linke Hand gegeben habe, hätte der Beschwerdeführer gesagt, dass das Handgeben mit der rechten Hand Schmerzen an der ganzen Wirbelsäule auslöse. Von der Praxis bis zum Lift sei der Beschwerdeführer absolut normal gelaufen. Kein Hinken und kein krummer Gang. Zufällig habe der Gutachter den Beschwerdeführer nach der Begutachtung ausserhalb der Praxis angetroffen. Das Gangbild sei eher sportlich gewesen, kein Hinken, unauffälliger Abrollmechanismus beider Füsse, keine Krummhaltung, Armschwingung absolut normal. Die Röntgenbilder habe er mit der linken Hand gehalten. Die Prüfung der Standartindikatoren seien in diesem

Fall summarisch vorgenommen worden. Wie dargelegt hätte sich aufgrund der durchgeführten Begutachtung deutliche Anzeichen einer Aggravation oder bewusstseinsnahen Simulation ergeben. Die gutachterlich festgestellte Arbeitsfähigkeit sei auch nach Prüfung der Standardindikatoren vollumfänglich nachvollziehbar (act. 88-4).

6.6 Nachdem der Beschwerdeführer gegen den Vorbescheid vom 23. Februar 2016 Einwand erhoben hatte, nahm RAD-Arzt Dr. med. E. _____ am 21. Juni 2016 erneut Stellung (act. 101-1 ff.). Darin setzte er sich mit den abweichenden Beurteilungen der behandelnden Ärzte auseinander. Insgesamt kam er zum Schluss, dass die widersprüchlichen attestierten tiefen bis nicht vorhandenen Arbeitsfähigkeiten von den Behandlern oder Konsiliarern abgegeben worden seien. Dabei seien die subjektiv vorgebrachten Beschwerden in die Beurteilung miteinbezogen worden. Allein durch objektivierbare Befunde, liessen sich die hohen Arbeitsunfähigkeiten nicht nachvollziehen. Im Gutachten seien die subjektiv vorgebrachten Klagen und das Verhalten einer kritischen Würdigung unterzogen worden. Dr. med. G. _____ lege im Gutachten detailliert und nachvollziehbar dar, dass das Beschwerdebild relativ bewusstseinsnah massiv ausgeweitet werde und daher nicht (1:1) in die Arbeitsunfähigkeit einbezogen werden könne.

6.7 In seiner Stellungnahme vom 5. Juli 2018 hält der Beschwerdeführer daran fest, dass die vom Beschwerdeführer geklagten Beschwerden sowohl von PD Dr. med. J. _____ als auch von Dr. med. H. _____ als objektivierbar bezeichnet wurden (BVGer act. 21). Des Weiteren wird die Vorgehensweise von Dr. med. G. _____ anlässlich der Begutachtung kritisiert. Diese entspreche nicht einer ergebnisoffenen Untersuchung gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach BGE 141 V 281. Die Begutachtung sei in rauer Art und Weise durchgeführt worden, weswegen der Beschwerdeführer teilweise Angst gehabt habe, vom Gutachter an schmerzhaften Stellen berührt zu werden. Das Verhalten des Beschwerdeführers sei teilweise auf sein Gefühl der ungerechten Behandlung durch Dr. med. G. _____ zurückzuführen. Von diesem habe er sich zu keinem Zeitpunkt ernst genommen gefühlt. Ebenfalls sei der Lendenmieder so getragen worden, wie es ihm von der behandelnden Ärztin beschrieben worden sei. Sodann könne er sich an eine Begegnung mit dem Gutachter ausserhalb des Hauses nicht erinnern und glaube auch nicht daran, dass eine solche stattgefunden habe. Der Rechtsvertreter erinnere sich an andere Berichte von Dr. med. G. _____, in denen ähnliche Episoden aufgeführt worden seien, die von den Betroffenen jeweils bestritten worden seien. Dem Rechtsvertreter sei der in der Zwischenzeit offensichtlich nicht mehr

auftretende Gutachter als Experte bekannt, welcher vor allem Exploranden aus dem französischen Gebiet eher abschätzig behandle und jeweils Berichte erstelle, die demjenigen über den Beschwerdeführer glichen.

6.8 Mit Stellungnahme vom 13. August 2018 führte die IV-Stelle D. _____ im Wesentlichen aus (BVGer act. 23), dass sich Aussagen zur Untersuchung kaum unmittelbar überprüfen liessen. Es stelle sich jedoch die Frage, weshalb nicht bereits in der Beschwerde geltend gemacht worden sei, dass der Gutachter die Untersuchung in rauer Art und Weise durchgeführt vorgenommen habe. In diesem Zusammenhang sei auch auf das Prinzip der Aussage der ersten Stunde hinzuweisen. Es treffe sodann nicht zu, dass der Gutachter den von ihm untersuchten Personen aus Frankreich stets von vornherein Aggravation oder Schmerzausweitung unterstellt habe. Es gehöre zu den Aufgaben eines Gutachters, Diskrepanzen zwischen dem gezeigten Verhalten und dem sonstigen, während der Untersuchung beobachteten Verhalten festzustellen und medizinisch zu werten. Der Gutachter habe sodann die geschilderten Diskrepanzen nicht nur ausserhalb der Praxis sondern auch während der Untersuchung feststellen können. Dass der Beschwerdeführer sich nicht daran erinnern könne, dem Gutachter ausserhalb der Praxis begegnet zu sein, spiele daher keine Rolle, zumal er den Gutachter nicht unbedingt bemerkt haben müsse. Der Gutachter habe objektive Gründe für seine Beurteilung genannt, nämlich dass die MRI vom Januar 2015 und Juni 2015 keine Befunde gezeigt hätten, welche die geklagten Beschwerden hätten erklären können. Abschliessend sei darauf hinzuweisen, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung bei somatischen Leiden bisher kein strukturiertes Beweisverfahren mit Prüfung der Standardindikatoren voraussetzte. Dass sich der Beschwerdeführer wegen eines psychischen Leidens in fachärztlicher psychiatrischer Behandlung befinde, sei bisher nicht bekannt. Dr. med. M. _____ habe damals im mitgebrachten MRI eine deutliche Spinalkanalstenose erkennen können. Demgegenüber habe Prof. Dr. med. I. _____ in seinem Bericht zum MRI vom 1. Juli 2015 der LWS vom 3. Januar 2015 keine eindeutige Protrusion oder Nervenwurzelkompression erkennen können. Er habe zwar ein neues MRI empfohlen. Ein solches sei bisher anscheinend nicht angefertigt worden zu sein. Sollte ein neues MRI vorliegen, werde beantragt, dass der Beschwerdeführer den entsprechenden Bericht ediere.

7.

7.1 Rechtsprechungsgemäss liegt regelmässig dann kein versicherter Gesundheitsschaden vor, wenn die Leistungseinschränkung auf Aggravation oder einer ähnlichen Konstellation beruht. Dies trifft namentlich zu, wenn: eine erhebliche Diskrepanz zwischen den geschilderten Schmerzen oder Einschränkungen und dem gezeigten Verhalten oder der Anamnese besteht; intensive Schmerzen angegeben werden, deren Charakterisierung jedoch vage bleibt; keine medizinische Behandlung und Therapie in Anspruch genommen wird, demonstrativ vorgetragene Klagen auf den Sachverständigen unglaubwürdig wirken oder wenn schwere Einschränkungen im Alltag behauptet werden, das psychosoziale Umfeld jedoch weitgehend intakt ist. Nicht per se auf Aggravation weist blosses verdeutlichendes Verhalten hin (BGE 141 V 281 E. 2.2.1). Dies galt auch bereits vor der Einführung der Indikatorenrechtsprechung gemäss BGE 141 V 281 und BGE 143 V 418, welche Aggravation zu den sogenannten Ausschlussgründen zählt.

7.2 Die Grenzziehung zwischen anspruchsausschliessender Aggravation und blosser das Wesen der Schmerzstörung mitprägender Verdeutlichungstendenz ist heikel und bedarf in jedem Einzelfall einer sorgfältigen Prüfung. Eine Aggravation zeichnet sich aus durch eine Übertreibung oder Ausweitung von Beschwerden, indem tatsächlich vorhandene Symptome zur Erreichung eines Ziels (im hier interessierenden Kontext die Zuspicherung einer Rente) verstärkt werden. Grundsätzlich lässt sich sagen, dass umso eher von Aggravation auszugehen ist, je mehr Hinweise auf eine absichtliche, gesteuerte und in diesem Sinne "bewusste" Symptomerzeugung bestehen. Dabei sind nicht nur die von den medizinischen Sachverständigen festgestellten Diskrepanzen zwischen subjektiver Beschwerdeschilderung und objektivierbaren Befunden von Bedeutung, sondern auch diesbezügliche Beobachtungen der einen längeren Zeitraum überblickenden behandelnden Ärzte. Von Relevanz sind sodann (fremdanamnestische) Hinweise auf das Verhalten der versicherten Person im Alltag, insbesondere auch im ausserberuflichen Bereich. Erst wenn auf dieser Grundlage Klarheit darüber besteht, dass nach plausibler ärztlicher Beurteilung die Anhaltspunkte auf eine Aggravation eindeutig überwiegen und die Grenzen eines bloss verdeutlichenden Verhaltens klar überschritten sind, ohne dass das aggravorische Verhalten auf eine verselbständigte, krankheitswertige psychische Störung (vgl. BGE 127 V 294 E. 5a) zurückzuführen wäre,

fällt eine versicherte Gesundheitsschädigung ausser Betracht und ein Rentenanspruch ist ausgeschlossen (Urteil des BGer 9C_899/2014 vom 29. Juni 2015 E. 4.2.1-4 in: SVR 2015 IV Nr. 38 S. 121).

7.3

7.3.1 Soweit zu beurteilen ist, ob beim Beschwerdeführer eine anspruchsausschliessender Aggravation vorliegt, trifft es – wie der Beschwerdeführer ausführt – zu, dass Dr. med. G._____ im Gutachten nicht explizit von Aggravation gesprochen hat. Dennoch hat er anlässlich der Begutachtung eine übermässige Präsentation und Bezeichnung von Beschwerdesymptomatik sowie Inkonstanz der Angaben bzw. Bewegungsdefizite und inadäquates Verhalten beobachten können (vgl. etwa vorstehende E. 6.2 und 6.5). Gemäss Dr. med. G._____ lägen keine organischen Befunde vor, um das präsentierte Krankheitsbild zu erklären (act. 88-11). In seiner Stellungnahme vom 1. Februar 2016 führte RAD-Arzt Dr. med. E._____ so dann aus, dass die Aggravation oder bewusstseinsnahe Simulation wie dem Gutachten entnommen werden könne, auffallend sei (act. 88-3).

7.3.2 Die Annahme eines aggravatorischen Verhaltens bzw. einer bewusstseinsnahe Simulation beruht vorliegend einzig auf den Beobachtungen im Gutachten von Dr. med. G._____. Beobachtungen behandelnder Ärzte wurden indessen nicht berücksichtigt. Prof. Dr. med. J._____, Facharzt für Chirurgie, hielt die subjektiv beklagten Beschwerden für objektivierbar und attestierte dem Beschwerdeführer eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % in seiner angestammten Tätigkeit und eine solche von 30 % in einer adaptierten Tätigkeit (act. 49-4). Ebenfalls führte Prof. Dr. med. I._____ in seinem Bericht vom 1. Juli 2015 aus, die Beschwerden seien eindeutig nach einer muskulären Anspannung akut aufgetreten und auch glaubhaft (act. 71-4; vgl. auch die Stellungnahme vom 3. November 2015, worin Prof. Dr. med. I._____ dem Beschwerdeführer in seinem angestammten Beruf eine volle Arbeitsunfähigkeit bzw. in einer adaptierten eine solche von 50 % attestierte; act. 84-2). Hinweise auf Aggravation lassen sich diesen medizinischen Berichten nicht entnehmen. Offenbar schloss auch die Hausärztin des Beschwerdeführers, Dr. med. H._____, nicht auf aggravatorisches Verhalten, attestierte sie ihm doch durchwegs Arbeitsunfähigkeiten (act. 74-4, 78-4, 100-11 ff., 100-3).

7.3.3 Über das Verhalten des Beschwerdeführers im Alltag wurde im Gutachten lediglich festgehalten, dieser mache am Tag nichts ausser Lesen

und Malen, wobei angemerkt wurde, dass er dazu den rechten Arm verwende. Gemäss den Leitlinien Rheumatologie (vgl. Leitlinien der SGR für die Rheumatologische Begutachtung; abrufbar unter www.rheuma-net.ch -> Fachinformationen -> Leitlinien, Ziff. 3.2, Seite 4; zuletzt abgerufen am 25. April 2018) bringt die minutiöse Erfassung des Tagesablaufs wichtige Hinweise auf die Auswirkungen des Leidens in den verschiedenen Lebensbereichen. Eine solche minutiöse Erfassung des Tagesablaufs lässt das Gutachten vermissen. Gerade auch sie wäre jedoch ein wichtiger Bestandteil für die Beurteilung, ob vorliegend von Aggravation ausgegangen werden kann (vgl. vorstehende E. 7.2).

In den Akten ergaben sich Diskrepanzen zur sozialen Anamnese. In einigen Aktenstücken wurde der Zivilstand als verheiratet angegeben bzw. von der Ehefrau des Beschwerdeführers gesprochen (vgl. etwa act. 6.44-3, 6.46-1, 6.33 f., 6.23-1, 6.19-1, 6.6-1, 9.7-1). In anderen Akten wurde der Zivilstand *ledig* vermerkt oder angegeben (vgl. etwa act. 31-1, 41-1, 46.16-1, 46.6-1, 86-8 [nicht verheiratet], BVGer act. 4). Im Gutachten von Dr. med. G._____ wurde sodann vermerkt, der Beschwerdeführer wohne in einer 5-Zimmerwohnung im 3. Stock (act. 86-6, währenddem der Beschwerdeführer im Formular "Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege" angab, er habe keine Auslagen für Miete und Nebenkosten, da er im Haus seiner Eltern wohne (BVGer act. 4). Mit Stellungnahme vom 5. Juli 2018 führte der Beschwerdeführer aus, er sei nicht verheiratet und habe stets im Haus seiner Eltern gelebt. Die Beziehung zu seiner Partnerin sei seit einem halben Jahr vollständig aufgelöst (BVGer act. 21).

Gemäss den Leitlinien Rheumatologie ist zudem auch der berufliche Werdegang zu erfassen (vgl. Leitlinien der SGR für die Rheumatologische Begutachtung; abrufbar unter www.rheuma-net.ch -> Fachinformationen -> Leitlinien, Ziff. 3.2, Seite 4; zuletzt abgerufen am 25. April 2018). Diesbezüglich wurde im Gutachten lediglich angegeben, dass der Beschwerdeführer seit 1998 in der Schweiz lebe und offenbar durch ein Personalbüro an verschiedene Firmen vermittelt worden sei. Zuletzt habe er bei der Firma N._____ als Schaler und Maurer mit einem Pensum von 100 % gearbeitet (act. 86-8). Tatsächlich war der Beschwerdeführer gemäss IK-Auszug erstmals 1990 in der Schweiz tätig, wobei er im Jahr 2003 und danach in den Jahren 2008 und 2009 bzw. im Jahr 2010 von Personalverleihgesellschaften angestellt wurde (Arbeitseinsätze von 1 bis maximal 10 Monate; vgl. act. 48-2 ff.). Gemäss Angaben im Lebenslauf arbeitete der Beschwerdeführer 1989 zudem als Maurer (Gruppenchef) in Frankreich, bevor er 1990 erstmals in der Schweiz tätig war. Des Weiteren war er von

1992 bis 2003 Baustellenchef bei der Firma "O. _____" in (...). Von 2004 bis 2007 war der Beschwerdeführer selbstständigerwerbend mit der Firma "P. _____". In der Zeit von 2007 bis 2011 gab er wiederum eine Tätigkeit als Baustellenchef an (act. 36-1). Die Tätigkeiten gemäss Lebenslauf gab der Beschwerdeführer dem Gutachter offenbar nicht an. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass der Gutachter hinsichtlich des beruflichen Werdegangs Nachfragen gestellt bzw. diesen vollständig erstellt hätte. Gemäss Stellungnahme vom 5. Juli 2018 ist das Unternehmen "P. _____" seit dem 7. September 2007 nicht mehr aktiv und wurde aufgelöst. Eine Ausbildung als Baustellenchef (Chef de chantier) habe er nicht, sondern lediglich im Jahr 2013 in einer Firma als solcher gearbeitet. Der Beschwerdeführer sei ausgebildeter Maurer/Schaler, was er in der Unternehmung seines Vaters 1986 erlernt habe (BVGer act. 21).

7.3.4 Andererseits ist zumindest der Verdacht auf aggravatorisches Verhalten aufgrund der Beobachtungen anlässlich der Begutachtung und insbesondere auch (zufällig) ausserhalb der Praxis, aufgrund konkreter Indizien nicht von der Hand zu weisen, zumal bildgebend im aktuellsten MRI vom 10. August 2015 keine Zeichen posttraumatischer Veränderungen und kein Nachweis neuronaler Affektion festgestellt werden konnten (act. 82-2), wobei allein das Fehlen eines organischen Korrelates für die Annahme von Aggravation noch keineswegs genügt (Urteil des BGer 9C_899/2015 vom 29. Juni 2015 E. 4.3.1). Hinzu kommt, dass auch im Rahmen des SUVA-Verfahrens im Zusammenhang mit dem Unfall vom 16. März 2010 veranlassten medizinischen Unterlagen die beklagten Beschwerden am linken Arm als nicht konsistent beurteilt wurden (act. 12.2-3). Auch im Bericht der Clinique Q. _____ vom 10. Mai 2011 konnte keine signifikante Atrophie festgestellt werden (act. 9.3-3). RAD-Arzt Dr. med. E. _____ hielt in seiner Stellungnahme vom 5. Dezember 2011 sodann fest, dass eine grosse Diskrepanz zwischen Nichtgebrauch der Hand, bzw. des linken Armes und dem anatomischen Erscheinungsbild ohne jegliche Atrophie bestehe (act. 19-2). Offenbar konnte der Beschwerdeführer später auch wieder in seinem angestammten Beruf arbeiten, obwohl er anlässlich der Kreisärztlichen Untersuchung vom 11. August 2011 schmerzbedingt einen hochgradigen funktionellen Ausschluss der linken oberen Extremität beklagt hatte, für die sich jedoch keine organische Ursache finden konnte (act. 12.2-1 ff.).

7.3.5 Wie bereits erwähnt, kann Aggravation auch auf eine verselbständigte, krankheitswertige psychische Störung zurückgeführt werden (vgl.

vorstehende E. 7.2). Aus psychiatrischer Sicht findet sich in den Akten einzig das im Rahmen des SUVA-Verfahrens eingeholte psychiatrische Konsilium der Clinique Q. _____ vom 18. April 2011 (act. 9.3-6 f). Im pluridisziplinären Bericht der Clinique Q. _____ vom 10. Mai 2011 wurde aus psychiatrischer Sicht eine Angststörung in Form von Panikattacken mit Agoraphobie festgehalten, die punktuell mit einer anxiolytischen Medikation (Alprazolam) behandelt werde (act. 9.3-3). Der Beschwerdeführer leide an Schlafstörungen und er zeige eine etwas starke Erregbarkeit. Hinweise auf eine depressive Störung hätten sich nicht gezeigt. Es wurde die Fortführung einer Psychotherapie empfohlen (act. 9.3-6 f.). Im kreisärztlichen Bericht vom 11. August 2011 wurde sodann festgehalten, dass es sich bei den (damaligen) Beschwerden an der linken Extremität um ein psychosomatisches Problem handle. Aus diesem Grund hat der bereits damals involvierte RAD-Arzt Dr. med. E. _____ am 5. Dezember 2011 wohl auch die Empfehlung einer psychiatrischen Begutachtung abgegeben, die in der Folge jedoch nicht stattfand, da der Beschwerdeführer der Begutachtung mehrmals unentschuldig fernblieb (act. 19-1 f, 23-1). Diesbezüglich macht der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme vom 5. Juli 2018 geltend, er habe nie ein Aufgebot zu einer psychiatrischen Untersuchung erhalten. Wäre er zu einer solchen Untersuchung aufgeboten worden, hätte er sich zur Untersuchung begeben. Es seien möglicherweise postalische Gründe dafür verantwortlich. Die Angststörung in Form von Panikattacken sei ca. alle 3 Monate aufgetreten, was auch heute noch der Fall sei. Eine entsprechende Medikation erfolge in diesen Phasen auch heute noch (BVGer act. 21).

7.3.6 Für das Gericht ist es vorliegend nicht nachvollziehbar, dass RAD-Arzt Dr. med. E. _____ im Rahmen des aktuellen IV-Verfahrens nicht eine ergänzende psychiatrische Begutachtung für notwendig hielt, liegen doch für die aktuell geklagten Beschwerden gemäss der Einschätzungen im Gutachten wiederum keine organischen Ursachen vor. Eine psychosomatische Problematik, wie sie bereits im ersten IV-Verfahren vermutet wurde, ist aufgrund der Aktenlage jedoch nicht auszuschliessen. Des Weiteren fällt auf, dass RAD-Arzt Dr. med. E. _____ entgegen dem Gutachten die Diagnosen persistierende unspezifische Lumbalgie und Pseudoischialgie rechtsbetont sowie Schmerzausweitung mit Tendenz zu grotesker Fehlhaltung und Ruhigstellung des rechten Armes und Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit auflistete (act. 88-2) und anschliessend eine "summarische" Prüfung der Standartindikatoren vornahm. Implizit ging RAD-Arzt Dr. med. E. _____ damit von einem syndromalen Beschwerdebild aus, das unter die neue Indikatorenrechtsprechung gemäss BGE 141 V

281 fällt. Anzuführen ist, dass die "summarische" Prüfung der Standardindikatoren vorliegend nicht arte legis erfolgte, lässt sich doch nicht erkennen, dass die Indikatoren rechtsgenügend überprüft worden wären. Differenzialdiagnostische Überlegungen, ob allenfalls ein syndromales Beschwerdebild vorliegen könnte, finden sich – trotz der Vorakten aus dem ersten IV-Verfahren, wobei nicht ersichtlich ist, ob die Vorakten dem Gutachter Dr. med. G. _____ überhaupt zur Verfügung standen – weder im Gutachten, noch in den Stellungnahmen von RAD-Arzt Dr. med. E. _____, obwohl Letzterer die Beschwerden im ersten IV-Verfahren noch als psychosomatisch erachtete und daher eine psychiatrische Begutachtung für notwendig hielt. Ohnehin setzen unklare Beschwerdebilder, wie etwa eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung, eine fachärztlich (psychiatrisch) gestellte Diagnose nach einem wissenschaftlich anerkannten Klassifikationssystem voraus, sodass eine psychiatrische Begutachtung angezeigt gewesen wäre. Ebenso wenig finden sich Überlegungen zu der aktenkundigen Angststörung bzw. wird diese mit keinem Wort erwähnt.

7.3.7 Völlig unberücksichtigt blieben sodann die Äusserungen von Dr. med. G. _____ zum Medikamentenkonsum. Offensichtlich erachtete er die Einnahme von Opioid- und Codeinpräparaten als problematisch, da diese zur Abhängigkeit führen können. In seiner ergänzenden Stellungnahme hielt er fest, dass die Kombination und Dosierung von Targin und Oxynorm zur gleichen Zeit absolut kontraproduktiv sei. Die Abhängigkeit sei so gut wie gesichert und die Demotivation sowie Antriebslosigkeit seien programmiert (act. 100-8). Folglich mass Dr. med. G. _____ dem Medikamentenkonsum des Beschwerdeführers Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit bei und ging sogar von einer Abhängigkeit aus.

7.3.8 Unter diesen Umständen kann auch nicht – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – unbesehen auf die Arbeitsfähigkeitsschätzungen von PD. Dr. med. J. _____ und Prof. Dr. I. _____ abgestellt werden. Diese Berichte können zwar hinsichtlich der Frage der Aggravation Hinweise geben, hinsichtlich einer allfällig mitursächlichen psychosomatisch/psychiatrischen Komponente, können diese Berichte jedoch nicht herangezogen werden. Ebenso wenig reichen die von Dr. med. H. _____ attestierten Arbeitsunfähigkeiten zur Beurteilung eines Rentenanspruchs aus, handelt es sich dabei doch um einfache Arztzeugnisse ohne jegliche Begründung.

7.4 Nach dem Dargelegten wurde im vorliegend zu beurteilenden Verfahren der rechtserhebliche Sachverhalt nicht rechtsgenügend abgeklärt und

gewürdigt (Art. 43 ff. ATSG sowie Art. 12 VwVG). Die Vorinstanz begründet die Aggravation ausschliesslich mit den Beobachtungen anlässlich der versicherungsinternen Begutachtung im somatischen Bereich. Wie vorstehend gezeigt, weisen dieses Gutachten sowie die in der Folge von RAD-Arzt Dr. med. E. _____ erfolgten Stellungnahmen und Einschätzungen Mängel auf. Insbesondere lassen sie eine umfassende Beurteilung und allseitige Untersuchung des medizinischen Sachverhalts in psychosomatischer/psychiatrischer Hinsicht vermissen. Unter diesen Umständen ist es dem Gericht nicht möglich, die von der Rechtsprechung geforderte sorgfältige Prüfung der von der Vorinstanz geltend gemachten Aggravation zu beurteilen und es ist die bereits zu einem früheren Zeitpunkt für erforderlich gehaltene psychiatrische Begutachtung nachzuholen. Da bei versicherungsinternen Gutachten und Berichten bereits geringe Zweifel an der Zuverlässigkeit und Schlüssigkeit der versicherungsinternen ärztlichen Feststellungen ausreichen, um eine ergänzende Abklärung vorzunehmen, erscheint vorliegend eine ergänzende Abklärungen in Form einer bidisziplinären rheumatologischen und psychiatrischen Begutachtung (gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Indikatorenrechtsprechung nach vgl. BGE 141 V 208, BGE 143 V 409 und 143 V 418) angezeigt. Dabei werden auch die Stellungnahme des Beschwerdeführers zu den Diskrepanzen im medizinischen Sachverhalt vom 5. Juli 2018 bzw. der IV-Stelle D. _____ vom 13. August 2018 zu berücksichtigen sein (BVGer act. 22, 23). Eine Rückweisung der Sache in Nachachtung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 43 Abs. 1 ATSG) an die Vorinstanz zur weiteren Abklärung ist unter diesen Umständen angezeigt und möglich, da sich die Notwendigkeit weiterer Abklärungen daraus ergibt, dass massgebliche Fragen völlig ungeklärt blieben (BGE 137 V 210 E. 4.2) und vorliegend nicht ein Administrativgutachten, sondern ein (versicherungsinternes) Gutachten einer Krankentaggeldversicherung zu prüfen war (vgl. dazu Urteil des BVGer C-3362/2013 vom 16. Februar 2016 E. 10.2 f.).

7.5 Die Beschwerde vom 23. August 2016 ist daher insoweit gutzuheissen, als die angefochtene Verfügung vom 12. Juli 2016 aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, damit diese, nach erfolgten Abklärungen der rechtserheblichen Tatsachen im Sinne der Erwägungen, neu verfüge. Freilich wird dabei auch die Frage der Eingliederung zu klären sein, sofern die Voraussetzungen dazu gegeben sein sollten (zum Anspruch auf berufliche Eingliederungsmassnahmen aus dem europäischen Koordinationsrecht vgl. Urteil des BVGer C-3952 vom 16. November 2017 E. 6; zur Eingliederungsfähigkeit vgl. statt vieler Urteil des BGer 9C_231/2015 vom 17. September 2015 E. 4.2).

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

8.1 Die Verfahrenskosten sind in der Regel von der unterliegenden Partei zu tragen. Da eine Rückweisung praxisgemäss als Obsiegen der beschwerdeführenden Partei gilt, sind dem Beschwerdeführer keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Ebenso wenig sind bei der Vorinstanz Verfahrenskosten zu erheben (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG; BGE 132 V 215 E. 6.1).

8.2 Der obsiegende, anwaltlich vertretene 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. 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 ist eine Parteientschädigung von Fr. 2'800.– (inkl. Auslagen, ohne Mehrwertsteuer [vgl. dazu Urteil des BVGer C-6173/2009 vom 29. August 2011 mit Hinweis]; Art. 9 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 10 Abs. 2 VGKE) gerechtfertigt.

8.3 Die mit Zwischenverfügung vom 12. Oktober 2016 bewilligte unentgeltliche Rechtspflege wird bei diesem Verfahrensausgang gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird dahingehend gutgeheissen, dass die angefochtene Verfügung vom 12. Juli 2016 aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, damit diese nach den erfolgten Abklärungen im Sinn der Erwägungen über den Rentenanspruch neu verfüge.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Dem Beschwerdeführer wird eine von der Vorinstanz zu leistende Parteientschädigung von Fr. 2'800.– zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

David Weiss

Matthias Burri-Küng

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 Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: