Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-1122/2010

Urteil vom 11. Juni 2012

Besetzung

Richterin Franziska Schneider (Vorsitz),
Richterin Madeleine Hirsig-Vouilloz, Richter Michael Peterli,
Gerichtsschreiberin Sabine Uhlmann.

Parteien

X._____,
vertreten durch Dr. iur. Willi Egloff, Fürsprecher,
Beschwerdeführer,

gegen

IV-Stelle für Versicherte im Ausland IVSTA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Rentengesuch, Verfügung vom 19. Januar 2010.

Sachverhalt:

A.
Der am _____ 1965 geborene X._____ (Versicherter oder Beschwerdeführer), spanischer Staatsangehöriger war von 1982 bis 2005 in der Schweiz hauptsächlich im Tunnelbau als Bauarbeiter tätig und entrichtete ab dem Jahr 1983 (mit Unterbrüchen) Beiträge an die obligatorische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (act. 6, 41). Nach seiner Rückkehr in sein Heimatland war er von Februar 2006 bis Februar 2008 wiederum im Tunnelbau erwerbstätig (act. 10, 41). Am 13. Februar 2008 wurde das Arbeitsverhältnis aus betrieblichen Gründen aufgelöst (act. 12). Seitdem war der Versicherte nicht mehr erwerbstätig.

Mit Schreiben vom 22. Mai 2008 übermittelte der spanische Sozialversicherungsträger der IV-Stelle für Versicherte im Ausland IVSTA (eingegangen am 28. Mai 2008) mittels Formular E 204 den Antrag des Versicherten auf eine Invaliditätsrente (gemäss Ziff. 14 vermerktes Antragsdatum 24. April 2008) inkl. der Formulare E 205, E 207 und E 213 (act. 1-4, 40).

Zur Prüfung des Leistungsgesuchs nahm die IVSTA verschiedene Unterlagen zu den Akten (act. 8-40).

In Würdigung der Arztberichte kam Dr. H._____, IV-Stellenarzt, in seiner Stellungnahme vom 5. Dezember 2008 zum Schluss, aufgrund der Akten lasse sich eine andauernde Arbeitsunfähigkeit, wenn überhaupt, frühestens ab 6. März 2008 nachweisen. Die Dokumentation sei mangelhaft und müsse ergänzt werden (act. 42).

Mit Schreiben vom 3. Februar 2009 beauftragte die IVSTA das Zentrum für medizinische Begutachtung in B._____ ZMB mit der polydisziplinären Begutachtung insbesondere in psychiatrischer, rheumatologischer, neurologischer, orthopädischer und dermatologischer Hinsicht (act. 43).

In der Folge wurde der Beschwerdeführer im ZMB vom 29. Juni 2009 bis 3. Juli 2009 durch die Dres. A._____, R._____, C._____, O._____ und V._____ polydisziplinär allgemein, internistisch, rheumatologisch, neurologisch und psychiatrisch begutachtet (Gutachten vom 10. September 2009, act. 53).

Die Gutachter stellten folgende die Arbeitsfähigkeit beeinflussende Diagnosen: Chronisches cervicovertebrales Schmerzsyndrom mit leichter ra-

dikulärer Symptomatik ohne Parese in C5 rechts bei nachgewiesener kleiner Diskushernie C4/C5 paramedian, leichte Diskushernie mediolateral beidseits - links betont C5/C6, chronisches Lumbovertebralsyndrom mit residueller sensomotorischer radikulärer Läsion S1 links und nachweisbarer Diskushernie L1/L2, chronisches Schlafapnoesyndrom mit CPAP-Gerät versorgt; als Diagnosen ohne Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit nannten die Gutachter beidseitiges Carpaltunnelsyndrom, Verdacht auf Restless legs-Syndrom und Syndrom der periodischen Beinbewegungen im Schlaf (PLMS), Adipositas (BMI 32), Atopie mit Hypersensibilität auf Luftpollen, leichtgradige depressive Episode und akzentuierte, perfektionistische Persönlichkeitszüge. Die Gutachter kamen zum Schluss, in der bisherigen Tätigkeit bestehe eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit ab Februar 2008, in einer Verweisungstätigkeit sei der Versicherte jedoch zu 100% arbeitsfähig.

Dr. H._____, IV-Stellenarzt, bezifferte in seiner Stellungnahme vom 9. Oktober 2010 die Arbeitsfähigkeit seit dem 1. Februar 2008 in der bisherigen Tätigkeit auf 0% und in einer Verweisungstätigkeit als Magaziner, Fahrer, Reparateur oder Kassier auf 100% (act. 57).

Nach Durchführung des Einkommensvergleichs bei einem ermittelten Invaliditätsgrad von aufgerundet 27% teilte die IVSTA mit Vorbescheid vom 30. Oktober 2009 mit, das Leistungsbegehren müsste abgewiesen werden (act. 58, 59).

B.
Mit Verfügung vom 19. Januar 2010 wies die IVSTA das Leistungsbegehren ab (act. 65).

C.
Gegen diese Verfügung liess der Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt W. Egloff, mit Eingabe vom 23. Februar 2010, gleichentags der Post übergeben, Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht einreichen, die Aufhebung der Verfügung und die Zusprechung einer halben Rente beantragen; eventualiter sei die Sache zur ergänzenden Abklärung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Beschwerdeführer machte im Wesentlichen geltend, Dr. G._____ (Arztbericht vom 21. Januar 2010) wie auch Dr. P._____ (Arztbericht vom 8. Januar 2010) seien zum Schluss gekommen, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner psychischen Erkrankung nicht mehr in der Lage sei, eine normale Erwerbstätigkeit auszuüben. Der B._____ Gutachter hingegen erkläre, zwischen

seiner Beurteilung und derjenigen der spanischen Ärzte liege keine wesentliche Diskrepanz vor, komme aber dann zum Schluss, dass der Beschwerdeführer nur leicht depressiv und in seiner Arbeitsfähigkeit nicht beeinträchtigt sei. Zu bemerken sei, dass die psychiatrische Untersuchung in italienischer Sprache stattgefunden habe, obwohl der Beschwerdeführer nur über rudimentäre italienische Kenntnisse verfüge. Die sprachlichen Probleme seien denn auch ein Grund für die unterschiedliche medizinische Beurteilung und deren Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit bzw. die Feststellungen über eine mögliche Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit. Diesbezüglich liege eine unrichtige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts vor. Des Weiteren monierte der Beschwerdeführer, die Verfügung enthalte keine nachvollziehbare Begründung für den errechneten Invaliditätsgrad und bei den ihm zugestellten Verfahrensakten befinde sich keine Berechnung des Invaliditätsgrades. Die spanische Sozialversicherung sei von einem erzielten Einkommen von rund € 35'750.- im Jahr 2007 ausgegangen; bei den in der Verfügung genannten Verweisungstätigkeiten könne höchstens ein monatliches Einkommen von maximal € 1000.- erzielt werden, woraus eine Erwerbsunfähigkeit von über 55% resultiere. Deshalb bestehe ab 1. Februar 2009 ein Anspruch auf eine halbe Rente. Mit der Beschwerde liess der Beschwerdeführer verschiedene Unterlagen einreichen, unter anderem ein Urteil des spanischen Arbeitsgerichts vom 29. Januar 2009, mit welchem dem Beschwerdeführer bei einem Invaliditätsgrad von 55% ab 19. Mai 2008 eine Invalidenrente zugesprochen wurde (BVGer act. 1).

D.

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 28. Juni 2010 die Abweisung der Beschwerde und Bestätigung der angefochtenen Verfügung. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, betreffend die geltend gemachten sprachlichen Probleme sei darauf hinzuweisen, dass einerseits die rheumatologische Begutachtung in der spanischen Sprache erfolgt sei, sich andererseits der Psychiater ein umfassendes Bild über die Leiden des Exploranden, der bereitwillig auf die Fragen geantwortet habe, habe machen können. Aufgrund dieser Angaben, in Berücksichtigung der gesamten Vorakten, einer ausführlichen Anamnese und eigenen Abklärungen sei sodann das ZMB-Gutachten erstellt worden, das nachvollziehbar und schlüssig sei, weshalb darauf abgestellt werden könne. Zu bemerken sei, dass das Gutachten aufgrund der mangelhaften medizinischen Dokumentation aus Spanien in Auftrag gegeben worden sei. Bezüglich der Durchführung des Einkommensvergleichs sei mangels internationaler, statistischer Angaben für Spanien zu Recht von der Lohn-

strukturerhebung des Bundesamtes für Statistik ausgegangen worden (BVGer act. 5).

E.
Der mit Zwischenverfügung vom 6. Juli 2010 einverlangte Kostenvorschuss von Fr. 400.- ging beim Bundesverwaltungsgericht am 19. August 2010 ein (BVGer act. 6, 9).

F.
Mit Replik vom 7. September 2010 liess der Beschwerdeführer an seinen Rechtsbegehren vollumfänglich festhalten. Im Wesentlichen wiederholte er die bereits mit der Beschwerde gemachten Ausführungen. Ausserdem machte er explizit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, namentlich der Begründungspflicht, geltend. Weder das Urteil des spanischen Sozialversicherungsgerichts noch die Berichte der spanischen Ärzte seien im ZMB-Gutachten gewürdigt worden (BVGer act. 11).

G.
In ihrer Duplik vom 6. Oktober 2010 beantragte die Vorinstanz weiterhin die Abweisung der Beschwerde und Bestätigung der angefochtenen Verfügung (BVGer act. 13).

H.
Mit Verfügung vom 20. Oktober 2010 schloss die Instruktionsrichterin den Schriftenwechsel ab (BVGer act. 14).

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf die Beschwerde einzutreten ist (BVGE 2007/6 E.1 mit Hinweisen).

1.1. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 19. Januar 2010 stellt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern kein Ausnahmetatbestand erfüllt ist (Art. 31, 32 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 172.32]). Zulässig sind Beschwerden gegen Verfügungen von Vorinstanzen gemäss Art. 33 VGG. Die IV-Stelle für

Versicherte im Ausland ist eine Vorinstanz im Sinn von Art. 33 Bst. d VGG (vgl. auch Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 [IVG, SR 831.20]), und eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2. Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat an dessen Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Abs. 1 VwVG; vgl. auch Art. 59 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG, SR 830.1]). Er ist daher zur Beschwerde legitimiert.

1.3. Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG; vgl. auch Art. 60 ATSG). Nachdem auch der Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt worden ist, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.
Streitig und damit zu prüfen ist vorliegend, ob die Vorinstanz das Leistungsbegehren des Beschwerdeführers um Ausrichtung einer Invalidenrente zu Recht abgewiesen hat oder ob der Beschwerdeführer entsprechend seinem Antrag Anspruch auf eine halbe Rente hat bzw. ob der rechtserhebliche Sachverhalt genügend abgeklärt ist.

2.1. Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich Über- bzw. Unterschreitung oder Missbrauch des Ermessens), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (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.
Nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht in der Regel diejenigen Rechtssätze massge-

bend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2), unter Vorbehalt der spezialgesetzlichen Übergangsbestimmungen.

3.1. Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt. Das VwVG findet aufgrund von Art. 3 Bst. d^{bis} VwVG jedoch keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das ATSG anwendbar ist. Nach Art. 2 des ATSG sind die Bestimmungen des ATSG anwendbar, soweit die einzelnen Sozialversicherungsgesetze des Bundes dies vorsehen. Nach Art. 1 Abs. 1 IVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die Invalidenversicherung (Art. 1*a*-26bis und 28-70) anwendbar, soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

3.2. In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtsvorschriften anwendbar, die bei Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (BGE 134 V 315 E. 1.2; BGE 130 V 329 E. 2.3).

3.2.1. Der Beschwerdeführer ist Staatsangehöriger von Spanien und hat dort seinen Wohnsitz, so dass vorliegend die folgenden Erlasse anwendbar sind: das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Freizügigkeitsabkommen, nachfolgend FZA, SR 0.142.112.681), die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (nachfolgend: Verordnung [EWG] Nr. 1408/71; SR 0.831.109.268.1) sowie die Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (nachfolgend: Verordnung [EWG] Nr. 574/72; SR 0.831.109.268.11) (vgl. Art. 80*a* IVG). 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).

Noch keine Anwendung finden die am 1. April 2012 in Kraft getretene Verordnung Nr. 883/2004 und die Durchführungsverordnung (EG)

Nr. 987/2009, die die Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und Nr. 574/72 ersetzen.

Soweit dieses Abkommen, insbesondere dessen Anhang II, der die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit regelt (Art. 8 FZA), und dessen Ausführungserlasse keine abweichenden Bestimmungen vorsehen, ist mangels einer einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen bzw. abkommensrechtlichen Regelung die Ausgestaltung des Verfahrens sowie die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen einer schweizerischen Invalidenrente grundsätzlich Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung (BGE 130 V 253 E. 2.4). Daraus folgt, dass die Verwaltung und im Beschwerdefall das Gericht den Leistungsanspruch des Beschwerdeführers gemäss Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 grundsätzlich nach den für schweizerische Staatsangehörige geltenden Regeln zu beurteilen haben.

Nach der ständigen Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts sind für die richterliche Beurteilung grundsätzlich die tatsächlichen Verhältnisse zur Zeit des Erlasses der angefochtenen Verfügung massgebend (BGE 132 V 368 E. 6.1 mit Hinweisen; THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Aufl., Bern 2003, S. 489, Rz. 20).

Sachverhaltsänderungen, die nach dem massgebenden Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Entscheides eingetreten sind, können im vorliegenden Beschwerdeverfahren grundsätzlich nicht berücksichtigt werden. Allerdings können Tatsachen, die den Sachverhalt seither verändert haben, unter Umständen Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung bilden (BGE 121 V 362 E. 1b mit weiteren Hinweisen).

3.3. Im vorliegenden Verfahren sind die Bestimmungen des ATSG in der Fassung vom 6. Oktober 2006, in Kraft seit 1. Januar 2008 (5. IV-Revision, AS 2007 5129 bzw. AS 2007 5155) anwendbar, bzw. in der Fassung vom 6. Oktober 2000 für die Prüfung eines allfälligen Leistungsanspruchs zwischen dem 1. Januar 2003 und dem 31. Dezember 2007 (vgl. auch UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich Basel Genf 2009, Art. 82 Rz. 5), sowie die Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV, SR 830.11).

Das IVG ist grundsätzlich in der Fassung vom 6. Oktober 2006, in Kraft seit dem 1. Januar 2008 anwendbar (5. IV-Revision; AS 2007 5129; BBl 2005 4459), bzw. pro rata temporis vom 1. Januar 2004 bis 31. Dezember

2007 in der Fassung vom 21. März 2003 (4. IV-Revision; AS 2003 3837 3835; BBl 2001 3205); ferner die Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201) seit dem 1. Januar 2008 in der Fassung vom 28. September 2007 (5. IV-Revision; AS 2007 5155) bzw. vom 1. Januar 2004 bis 31. Dezember 2007 in der Fassung vom 21. Mai 2003 (4. IV-Revision; AS 2003 3859). Vorliegend noch nicht anwendbar ist die IV-Revision 6a, in Kraft seit dem 1. Januar 2012 (6. IV-Revision, erstes Massnahmepaket; AS 2011 5659; BBI 2010 1817).

4.

4.1. In formeller Hinsicht macht der Beschwerdeführer eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, namentlich der Begründungspflicht, geltend, da die Verfügung vom 19. Januar 2010 nicht hinreichend begründet sei. Einerseits moniert er, die Vorinstanz habe nicht dargelegt, wie sie den Invaliditätsgrad von 27% berechnet habe, bzw. in den Akten befinde sich kein Einkommensvergleich; andererseits wendet der Beschwerdeführer replikweise ein, die Vorinstanz habe die spanischen Berichte wie auch das Urteil des spanischen Sozialversicherungsgerichts nicht gewürdigt und sich einzig mit dem Hinweis auf das ZMB-Gutachten über alle abweichenden Meinungen hinweggesetzt.

4.1.1. Gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG müssen schriftliche Verfügungen grundsätzlich immer begründet werden. Bei der Begründungspflicht handelt es sich um einen Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, Rz. 838). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll die Begründungspflicht verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und es dem Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Dies ist nur dann möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihre Verfügung stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (Urteil des Bundesgerichts I 3/05 vom 17. Juni 2005 E. 3.1.3 mit Hinweisen, BGE 124 V 180 E. 1a, BGE 118 V 56 E. 5b).

4.1.2. Die Vorinstanz hat in der auf Italienisch abgefassten, angefochtenen Verfügung die gesetzlichen Grundlagen (Art. 28 IVG und Art. 6, 7, 8 und 16 ATSG) genannt und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, in der bisherigen Tätigkeit bestehe eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit, in einer angepassten, leichten, gewinnbringenden Verweisungstätigkeit liege jedoch 100%-ige Arbeitsfähigkeit vor. Bei einem ermittelten Invaliditätsgrad von 27% bestehe kein Rentenanspruch.

Diese Begründung genügt den Anforderungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht, denn die Vorinstanz hat offensichtlich nicht in nachvollziehbarer Weise dargelegt, aufgrund welcher Erwägungen sie das Leistungsgesuch abgewiesen hat. Sie hat insbesondere weder das Abklärungsresultat der gesundheitlichen Begutachtung mit der Beurteilung der zumutbaren Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit und in Verweisungstätigkeiten, noch die Höhe der massgeblichen Validen- und Invalideneinkommen der mit Ermittlung des Invaliditätsgrads bekanntgegeben. Dem Beschwerdeführer war es unter diesen Umständen nicht möglich, sich ein Bild der vorinstanzlichen Überlegungen zu machen und zu erkennen, wie die Vorinstanz zu einem Invaliditätsgrad von 27% gekommen war. Die Vorinstanz ist ihrer Begründungspflicht daher nicht hinreichend nachgekommen, worin eine erhebliche Verletzung des rechtlichen Gehörs zu erblicken ist.

4.1.3. Nach ständiger Praxis kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Die Heilung eines allfälligen Mangels soll aber die Ausnahme bleiben (Urteil des Bundesgerichts I 193/04 vom 14. Juli 2006, BGE 127 V 431 E. 3d aa, BGE 126 I 68 E. 2, BGE 126 V 130 E. 2b; SVR 2008 IV Nr. 6 S. 15 E. 3.5). Von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung ist im Sinne einer Heilung des Mangels selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 132 V 387 E. 5.1, 116 V 182 E. 3d; SVR 2008 IV Nr. 6 S. 15 E. 3.5; vgl. auch RKUV 1998 U 309 S. 461 f. E. 4c).

Nach Erlass der anspruchsabweisenden Verfügung hat der Anwalt des Beschwerdeführers um Akteneinsicht ersucht. Wie er in der Beschwerde vom 23. Februar 2010 und in der Replik 7. September 2010 geltend gemacht hat, befand sich bei den Vorakten keine Berechnung des Invaliditätsgrads, weshalb ihm weder das der Berechnung des Invaliditätsgrads zugrunde gelegte Valideneinkommen noch das Invalideneinkommen bekannt waren. Das Gericht hat keine Veranlassung, an dieser Darstellung des Rechtsvertreters zu zweifeln, hätte der Rechtsvertreter doch seine Beschwerdebegründung in Kenntnis des von der Vorinstanz vorgenommenen Einkommensvergleichs aufgrund der einschlägigen Eckwerte aufgebaut. Es ist überdies gerichtsnotorisch, dass die Vorinstanz kein Aktenverzeichnis führt und ihre Akten nur bei Einreichung an das Gericht nummeriert. Die Ausführungen des Anwalts, wonach nicht ersichtlich sei, wie der Invaliditätsgrad von 27% berechnet worden sei, sind daher durchaus glaubwürdig.

4.1.4. Es gehört zum Kerngehalt des rechtlichen Gehörs, dass der Verfügungsadressat vor Erlass eines ihm nachteiligen Verwaltungsaktes zum Beweisergebnis Stellung nehmen kann. Das Akteneinsichtsrecht ist eng mit dem Äusserungsrecht verbunden, gleichsam dessen Vorbedingung. Die versicherte Person kann sich nur dann wirksam zur Sache äussern und geeignete Beweise führen oder bezeichnen, wenn ihr die Möglichkeit eingeräumt wird, die Unterlagen einzusehen, auf welche sich die Behörde bei ihrer Verfügung gestützt hat (BGE 132 V 387 E. 3.1, 115 V 297 E. 2e; ZAK 1990 S. 99 E. 4a; RKUV 1992 U 152 S. 198 E. 2c). Der Anspruch auf rechtliches Gehör gebietet, dass die Behörde die Parteien über neue, dem Dossier beigefügte Beweismittel informiert, die für die Entscheidfindung massgebend sind (BGE 128 V 272 E. 5b bb; SVR 2008 UV Nr. 1 S. 2 E. 3.2; ZAK 1991 S. 99 E. 4a).

Die Verletzung des rechtlichen Gehörs wurde daher auch durch die nachträgliche Aktenzustellung durch die Vorinstanz nicht geheilt. Vielmehr stellt die Zustellung der unvollständigen Vorakten, in denen mit dem Einkommensvergleich ein entscheidrelevantes Dokument gefehlt hat, eine erneute, schwere Verletzung des rechtlichen Gehörs dar.

4.2. Des Weiteren rügt der Beschwerdeführer, die psychiatrische Exploration sei auf Italienisch anstatt in seiner spanischen Muttersprache durchgeführt worden. Infolge der sprachlichen Verständigungsprobleme beruhe das Gutachten im Bereich der psychiatrischen Befunde auf einer unrichtigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, weshalb der Be-

schwerdeführer durch eine spanisch sprechende Fachperson erneut psychiatrisch zu begutachten sei.

Demgegenüber bringt die Vorinstanz im Wesentlichen vor, der Psychiater habe sich sehr wohl ein deutliches Erscheinungsbild des Beschwerdeführers machen können; hinsichtlich der subjektiven Beschwerden habe sie auf gezielte und direkte Fragen eine mitteilungsbedürftige Person vorgefunden, die die gestellten Fragen verstanden zu haben schien.

4.2.1. Beim Anspruch auf Übersetzung bzw. auf einen Dolmetscher oder eine Dolmetscherin handelt es sich um ein Teilgehalt des rechtlichen Gehörs (vgl. KIESER, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 42). Es ist grundsätzlich Sache der versicherten Person, frühzeitig den Antrag bei der Verwaltung zu stellen, die medizinischen Abklärungen in ihrer Muttersprache durchzuführen (URS MÜLLER, Das Verwaltungsverfahren in der Invalidenversicherung, Bern 2010, Rz. 1351; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts I 245/00 vom 30. Dezember 2003 und I 58/06 vom 13. Juni 2006 E. 2.4). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der bestmöglichen Verständigung zwischen Versichertem und Gutachter im Rahmen von psychiatrischen Abklärungen besondere Beachtung zu schenken. Eine gute Exploration setze auf beiden Seiten vertiefte Sprachkenntnisse voraus (vgl. Urteil des Bundesgerichts I 245/00 vom 30. Dezember 2003 E. 4.1.2 mit Hinweis auf I 642/01 vom 25. Juli 2003).

4.2.2. Im vorliegenden Fall hat die IVSTA den Beschwerdeführer im Rahmen der Durchführung der medizinischen Begutachtung durch das ZMB mit Schreiben vom 14. April 2009 aufgefordert, vorgängig mitzuteilen, ob seine Deutschkenntnisse ausreichend seien, um die Fragen der Ärzte beantworten zu können (act. 46). Am 15. April 2009 vermerkte ein Sachbearbeiter der IVSTA, er habe den Beschwerdeführer nach seinen Deutschkenntnissen gefragt; dieser spreche keine der drei Landessprachen, weshalb für die Begutachtung ein Übersetzer hinzugezogen werden müsse (act. 47). Die IVSTA teilte dem ZMB mit Schreiben vom 22. April 2009 sodann mit, für die Dauer der Begutachtung werde ein Dolmetscher spanisch-deutsch benötigt (act. 48). Trotz dieser Anweisung wurden die psychiatrischen und neurologischen Begutachtungen in Italienisch durchgeführt. Angaben, in welcher Sprache die internistische Begutachtung erfolgte, sind im Gutachten nicht enthalten, einzig die rheumatologische Untersuchung erfolgte anscheinend in der Muttersprache des Beschwerdeführers. Im Gutachten selber werden sodann widersprüchliche Angaben gemacht, was die sprachliche Verständigung betrifft.

Einerseits gibt Dr. V._____, Facharzt Psychiatrie, an, die Untersuchung in Italienisch durchgeführt zu haben. Der Beschwerdeführer habe ein grosses Mitteilungsbedürfnis gehabt, der Redefluss sei ungehindert gewesen (act. 53, S. 20). Andererseits hat Dr. V._____ an anderer Stelle (vgl. Ziff. 6.3) angegeben, der Beschwerdeführer beherrsche nur seine Muttersprache und ein bisschen Italienisch (act. 53, S. 27).

Bei dieser Ausgangslage und im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. Urteil des Bundesgerichts I 245/00 vom 30. Dezember 2003 E. 4.1.2) hätte die psychiatrische Begutachtung zweifellos nicht in Italienisch durchgeführt werden dürfen. Unter diesen Umständen war keineswegs gewährleistet, dass der Beschwerdeführer die in Italienisch gestellten Fragen des psychiatrischen Gutachters korrekt verstanden hatte und sich präzise ausdrücken konnte. Weshalb einerseits das ZMB die Anordnung der Vorinstanz, einen spanisch-deutschen Dolmetscher für die Begutachtung beizuziehen, nicht befolgt hat, und weshalb andererseits die Vorinstanz ihre Anordnung nicht durchgesetzt hat, kann den Akten nicht entnommen werden.

4.2.3. Demnach stellt im vorliegenden Fall auch die psychiatrische Begutachtung des Beschwerdeführers in italienischer Sprache eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Durchführung von medizinischen Abklärungsmassnahmen in der Muttersprache des Versicherten oder im Beisein eines Übersetzers gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung primär eine Frage der richtigen und vollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts ist (Urteil des Bundesgerichts I 245/00 vom 30. Dezember 2003 E. 4.2.1). Auch dieser Grundsatz wurde daher verletzt.

5.

5.1. Vorliegend hat die Verwaltung das rechtliche Gehör mehrfach in schwerwiegender Weise verletzt. Da aufgrund der mangelhaften Begutachtung der Sachverhalt nicht hinreichend abgeklärt ist, sprechen auch keine prozessökonomischen Gründe für eine Heilung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens. Es ist überdies zu betonen, dass es nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts sein kann, durch die Vorinstanz systematisch begangene Verfahrensmängel im Beschwerdeverfahren zu hei-

len (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-2694/2010 vom 14. September 2010 mit weiteren Hinweisen).

5.2. Die Beschwerde ist deshalb wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs gutzuheissen, und die Verfügung vom 19. Januar 2010 ist aufzuheben. Die Sache ist zum Erlass einer neuen Verfügung an die IVSTA zurückzuweisen und diese ist anzuweisen, die Begutachtung des Beschwerdeführers in dessen Muttersprache durchzuführen oder einen Dolmetscher beizuziehen und dem Beschwerdeführer volle Akteneinsicht zu gewähren. Die Verfügungsbegründung hat ferner folgende Elemente zu enthalten: die massgebenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen, das Abklärungsresultat mit der Beurteilung der zumutbaren Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit und gegebenenfalls in Verweisungstätigkeiten, die Höhe der massgeblichen Validen- und Invalideneinkommen und die Ermittlung des Invaliditätsgrads sowie gegebenenfalls die Begründung des Rentenbeginns.

6.
Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

6.1. Bei diesem Verfahrensausgang werden dem obsiegenden Beschwerdeführer und der Vorinstanz keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 1 e contrario und Art. 63 Abs. 2 VwVG). Der bereits geleistete Kostenvorschuss von Fr. 400.- ist dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten. Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

6.2. Der Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung für Beschwerdeverfahren umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE).

Die Entschädigung des anwaltlich vertretenen Beschwerdeführers wird mangels Einreichung einer Kostennote unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwandes auf pauschal Fr. 2'500.- (inkl. Auslagen) festgesetzt (Art. 14 VGKE) und gemäss Art. 64 Abs. 2 VwVG der Vorinstanz auferlegt. Nicht zu entschädigen ist die Mehrwertsteuer (Art. 5

Bst. b i.V.m. Art. 14 Abs. 3 Bst. c des Mehrwertsteuergesetzes vom 2. September 1999 [MWSTG, SR 641.20], in Kraft gewesen bis 31. Dezember 2010 bzw. Art. 1 Abs. 2 i.V.m. mit Art. 8 des Bundesgesetzes vom 12. Januar 2009, in Kraft seit 1. Januar 2011; Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, und die angefochtene Verfügung vom 19. Januar 2010 wird aufgehoben. Die Sache wird zur Gewährung des rechtlichen Gehörs im Sinn der Erwägungen und zum Erlass einer neuen Verfügung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 400.- wird dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.
Dem Beschwerdeführer wird eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'500.- zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular Zahladresse)
– die Vorinstanz (Ref-Nr._____; Einschreiben)
– das Bundesamt für Sozialversicherungen; Einschreiben)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:	Die Gerichtsschreiberin:
Franziska Schneider	Sabine Uhlmann

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 Rechtsschrift 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: