



---

Abteilung II  
B-6533/2011

## Urteil vom 15. August 2012

---

Besetzung

Richter Frank Seethaler (Vorsitz),  
Richter Michael Peterli, Richterin Vera Marantelli,  
Gerichtsschreiberin Karin Behnke.

---

Parteien

A.\_\_\_\_\_, Fischerstrasse 5, DE-79576 Weil am Rhein,  
vertreten durch Dr. Claude Jeanneret,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Invalidenrente (Rentenanspruch).

**Sachverhalt:****A.**

Der 1958 geborene A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführer), kroatischer Staatsangehöriger, wohnhaft in Deutschland in Weil am Rhein, war von 1994 bis 2006 in der Schweiz erwerbstätig, zuletzt bis zum 30. November 2006 als LKW-Fahrer im Kanton Zürich, und entrichtete entsprechend die Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV). Am 12. März 2007 meldete er sich zum Bezug einer Invalidenrente an. Aufgrund von erwerblichen und medizinischen Abklärungen und einer MEDAS-Beurteilung durch das ABI, ärztliches Begutachtungsinstitut, Basel, sprach die IV-Stelle für Versicherte im Ausland (nachfolgend Vorinstanz) dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 4. Juni 2008 für die Zeit vom 1. Februar 2007 bis zum 31. Januar 2008 gestützt auf einen Invaliditätsgrad von 100% eine befristete, ganze ordentliche Rente zu. Die gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 25. Oktober 2010 ab.

**B.**

Am 31. Juli 2008 reichte der Beschwerdeführer ein Revisionsgesuch ein und machte eine Verschlimmerung seines gesundheitlichen Zustandes geltend. Mit Vorbescheid vom 3. Februar 2011 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit, er habe ab Juli 2008 (Zeitpunkt der Verschlechterung) gestützt auf einen Invaliditätsgrad von 54% Anspruch auf eine halbe Rente. Dagegen liess der Beschwerdeführer am 3. März 2011 Einwände erheben und ein neues Gutachten beantragen. Am 16. Juli 2011 erstattete Dr. med. und Dr. sc. nat. ETH B.\_\_\_\_\_, Fachärztin FMH für Innere Medizin, spez. Rheumaerkrankungen, St. Gallen, auftrags der IV-Stelle des Kantons Zürich ein Gutachten. Am 20. Juli 2011 erging auftrags der IV-Stelle des Kantons Zürich ein psychiatrisches Gutachten durch die Klinik C.\_\_\_\_\_ (Dr. med. D.\_\_\_\_\_, Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie). Mit Verfügung vom 24. Oktober 2011 wies die Vorinstanz den Anspruch auf eine Rente ab, da dem Beschwerdeführer gestützt auf die beiden Gutachten eine adaptierte Tätigkeit im Umfang von 80% zumutbar sei

**C.**

Gegen diese Verfügung liess der Beschwerdeführer am 2. Dezember 2011 durch seinen Rechtsvertreter beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben. Er beantragte, es sei ihm in Gutheissung der Beschwerde ab Juli 2008 mindestens eine halbe Invalidenrente auszurich-

ten. Im Eventualstandpunkt beantragte er die Rückweisung der Angelegenheit zur weiteren Abklärung und Neubeurteilung an die Vorinstanz. Ferner ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und unentgeltlichen Verbeiständung durch seinen Rechtsvertreter. Zur Begründung machte er geltend, Dr. med. B. \_\_\_\_\_ sei Fachärztin für Innere Medizin und Rheumatologie und daher nicht in der Lage, die Beschwerden des Bewegungsapparates zu untersuchen. Dafür würde es eines orthopädischen Facharztes bedürfen. Das psychiatrische Gutachten von Dr. med. D. \_\_\_\_\_ sei aufgrund ethnischer Animositäten vor-eingenommen. Der leidensbedingte Abzug von 15% sei zu niedrig. Es wäre mindestens ein 20%iger Abzug gerechtfertigt.

**D.**

Mit Verfügung vom 12. Januar 2012 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Gesuche um unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Verbeiständung gut.

**E.**

In ihrer Vernehmlassung vom 24. Januar 2012 beantragte die Vorinstanz gestützt auf die Stellungnahme der kantonalen IV-Stelle vom 2. Dezember 2011 die Abweisung der Beschwerde. Hinsichtlich der fachmedizinischen Qualifikation von Dr. med. B. \_\_\_\_\_ verwies die IV-Stelle auf die Stellungnahme des RAD vom 20. September 2011. Auch die Vorwürfe bezüglich der "ethnischen Animositäten" seien nicht stichhaltig. Es sei auf jeden Fall ein 80%iges Pensum berücksichtigt worden. Der leidensbedingte Abzug von 15% sei grosszügig.

**F.**

Mit Replik vom 28. Februar 2012 hielt der Beschwerdeführer an seinen Anträgen und deren Begründung gemäss seiner Beschwerde fest.

**G.**

Die Vorinstanz verzichtete am 21. März 2012 unter Verweis auf die Stellungnahme der kantonalen IV-Stelle am 20. März 2012 ausdrücklich auf die Erstattung einer Duplik.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) in Verbindung mit Art. 33 lit. d VGG und Art. 69 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG, SR 831.20) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden von Personen im Ausland gegen Verfügungen der IVSTA. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor.

**1.2** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das VGG nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 37 VGG). Gemäss Art. 3 lit. d<sup>bis</sup> VwVG bleiben in sozialversicherungsrechtlichen Verfahren die besonderen Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG, SR 830.1) vorbehalten. Gemäss Art. 2 ATSG sind die Bestimmungen dieses Gesetzes auf die bundesgesetzlich geregelten Sozialversicherungen anwendbar, wenn und soweit die einzelnen Sozialversicherungsgesetze es vorsehen. Nach Art. 1 IVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die Invalidenversicherung anwendbar (Art. 1a bis 70 IVG), soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht. Dabei finden nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln in formellrechtlicher Hinsicht mangels anderslautender Übergangsbestimmungen grundsätzlich diejenigen Rechtssätze Anwendung, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2).

**1.3** Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtenen Verfügungen berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung, sodass er im Sinne von Art. 59 ATSG beschwerdelegitimiert ist.

**1.4** Da die Beschwerde im Übrigen frist- und formgerecht (Art. 60 ATSG und Art. 52 VwVG) eingereicht wurde, ist grundsätzlich darauf einzutreten (vgl. aber E. 3 hiernach).

### **2.**

Vorab ist zu prüfen, welche Rechtsnormen im vorliegenden Verfahren zur Anwendung gelangen.

**2.1** Der Beschwerdeführer ist kroatischer Staatsangehöriger. Nach Art. 4 des Abkommens vom 9. April 1996 zwischen der Schweizerischen Eidgen-

nossenschaft und der Republik Kroatien über Soziale Sicherheit (SR 0.831.109.291.1) stehen die Staatsangehörigen der Vertragsstaaten in ihren Rechten und Pflichten aus den in Art. 2 genannten Rechtsvorschriften, zu welchen die schweizerische Bundesgesetzgebung über die Invalidenversicherung gehört, einander gleich, soweit nichts anderes bestimmt ist. Bestimmungen, die hinsichtlich der Voraussetzungen des Anspruchs auf eine schweizerische Invalidenrente von dem in Art. 4 des Abkommens aufgestellten Grundsatz der Gleichstellung der jeweiligen Staatsangehörigen abweichen, finden sich weder im Abkommen selbst noch in den seither getroffenen schweizerisch-kroatischen Vereinbarungen.

**2.2** In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtsätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (BGE 130 V 329 E. 2.3). 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*; BGE 130 V 445). Nach der Rechtsprechung stellt das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung einer Streitsache in der Regel auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung (hier: 24. Oktober 2011) eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweisen). Tatsachen, die jenen Sachverhalt seither verändert haben, sollen im Normalfall Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung sein (BGE 121 V 362 E. 1b).

**2.3** Bei den materiellen Bestimmungen des IVG und der IVV ist auf die Fassung gemäss den am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Änderungen (5. IV-Revision; AS 2007 5129 und AS 2007 5155) abzustellen. Noch keine Anwendung findet vorliegend das am 1. Januar 2012 in Kraft getretene erste Massnahmepaket der 6. IV-Revision (für das IVG: Fassung vom 18. März 2011 [AS 2011 5659]).

### **3.**

**3.1** Gemäss Art. 8 ATSG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 IVG ist Invalidität die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit als Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall.

Art. 7 ATSG definiert die Erwerbsunfähigkeit als durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachten und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibenden ganzen oder teilweisen Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht

kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt. Arbeitsunfähigkeit ist die durch 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).

**3.2** Anspruch auf eine ganze Invalidenrente besteht bei einem IV-Grad von mindestens 70%, auf eine Dreiviertelsrente bei mindestens 60%, auf eine halbe Rente bei mindestens 50% sowie auf eine Viertelsrente bei mindestens 40% (Art. 28 Abs. 1 IVG [4. IV-Revision] und Art. 28 Abs. 2 IVG [5. IV-Revision]). Gemäss Art. 28 Abs. 1<sup>ter</sup> IVG (in den seit 1. Januar 2003 bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassungen) beziehungsweise Art. 29 Abs. 4 IVG (in der seit 1. Januar 2008 gültigen Fassung [5. IV-Revision]) werden Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50% entsprechen, nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt Art. 28 Abs. 1<sup>ter</sup> IVG nicht eine blosse Auszahlungsvorschrift, sondern eine besondere Anspruchsvoraussetzung dar (BGE 121 V 264 E. 6c). Eine Ausnahme von diesem Prinzip gilt seit dem 1. Juni 2002 für Schweizer Bürger und Staatsangehörige der Europäischen Gemeinschaft. Diesen Personen wird bei einem Invaliditätsgrad ab 40% eine Rente ausgerichtet, wenn sie in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft Wohnsitz haben (BGE 130 V 253 E. 2.3 und 3.1). Die einschlägige Bestimmung der seit 1. Januar 2008 gültigen Fassung (Art. 29 Abs. 4 IVG [5. IV-Revision]) wurde zwar neu formuliert, hat aber inhaltlich keine Änderung erfahren, weshalb die hierzu entwickelte Rechtsprechung übernommen und weitergeführt werden kann.

**3.3** Für die Bestimmung des Invaliditätsgrades wird das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (sogenanntes Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (sogenanntes Valideneinkommen; Art. 16 ATSG). Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung (und im Beschwerdeverfahren das Gericht) auf Unterlagen angewiesen, die der Arzt und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in wel-

chem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten der Versicherte arbeitsunfähig ist. Im Weiteren sind die ärztlichen Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen dem Versicherten konkret noch zugemutet werden können. Es sind demnach nicht nur die Erwerbsmöglichkeiten im angestammten Beruf, sondern auch in zumutbaren Verweisungstätigkeiten zu prüfen (BGE 115 V 134 E. 2, 114 V 314 E. 3c mit Hinweisen; ZAK 1991 S. 319 E. 1c).

**3.4** Nach der Rechtsprechung ist beim Einkommensvergleich unter Verwendung statistischer Tabellenlöhne zu berücksichtigen, dass gesundheitlich beeinträchtigte Personen, die selbst bei leichten Hilfsarbeitertätigkeiten behindert sind, im Vergleich zu voll leistungsfähigen und entsprechend einsetzbaren Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen lohnmässig benachteiligt sind und deshalb in der Regel mit unterdurchschnittlichen Lohnansätzen rechnen müssen. Sodann ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass weitere persönliche und berufliche Merkmale einer versicherten Person, wie Alter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Nationalität oder Aufenthaltskategorie sowie Beschäftigungsgrad Auswirkungen auf die Lohnhöhe haben können. In BGE 126 V 75 ff. hat das Eidgenössische Versicherungsgericht die bisherige Praxis dahin gehend präzisiert, dass die Frage, ob und in welchem Ausmass Tabellenlöhne herabzusetzen sind, von sämtlichen persönlichen und beruflichen Umständen des konkreten Einzelfalls (leidensbedingte Einschränkung, Alter, Dienstjahre, Nationalität/Aufenthaltskategorie und Beschäftigungsgrad) abhängig ist. Der Einfluss sämtlicher Merkmale auf das Invalideneinkommen ist nach pflichtgemäßem Ermessen gesamthaft zu schätzen, wobei der Abzug auf höchstens 25% zu begrenzen ist (BGE 129 V 481 Erw. 4.2.3 mit Hinweisen).

**3.5** Die Verwaltung und im Beschwerdefall das Gericht haben die medizinischen Unterlagen nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung – wie alle anderen Beweismittel – frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Dies bedeutet für das Gericht, dass es alle Beweismittel, unabhängig, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden hat, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruches gestatten. Insbesondere darf es bei einander widersprechenden medizinischen Berichten den Prozess nicht erledigen, ohne das gesamte Beweismaterial zu würdigen und die Gründe anzugeben, warum es auf die eine und nicht auf die andere medizinische These abstellt. Hinsichtlich des Beweiswertes eines Arztberichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Un-

tersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen der Expertin oder 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 Stellungnahme als Bericht oder Gutachten (BGE 125 V 351 E. 3a, BGE 122 V 157 E. 1c).

#### 4.

**4.1** Die Vorinstanz stützte sich bei ihrer Beurteilung auf folgende Gutachten ab:

**4.1.1** Dr. med. und Dr. sc. nat. ETH B.\_\_\_\_\_ erhob in ihrem Gutachten vom 16. Juli 2011 folgende rheumatologische Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit:

Lumbospondylogene Schmerzen links bei

- Status nach lumbalen Wurzelkompressionssyndrom L5 links mit
  - operativer Behandlung am 26.03.2007
    - Facettengelenksdenervierung, Foraminotomie L5 links und Wurzeldekompression mit
    - Narbengewebe um die Nervenwurzeln L5 links und S1 links
    - geringen degenerativen Veränderungen sowie geringe Chondrose und Bandscheibenprotrusion L4/L5 ohne Rezidivhernie und ohne Foraminalstenose (MRI 06/2010)
- mit Ventroglissement von L5 gegenüber S1 um etwa 4mm Grad I nach Meyerding und geringes Retroglissement von L4 gegenüber L5
  - seit Jahren im wesentlichen unverändert
    - Röntgen 08/2007 gegenüber Röntgen 06/2011
  - Ohne Segmentinstabilität (funktionelles Röntgen 06/2011)

- Klinisch ohne radikuläre Zeichen

Ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit seien der Nikotinabusus, ferner die arterielle Hypertonie (mit adäquater medikamentöser Therapie und geringer Koronarsklerose ohne bedeutsame Einengungen und normaler systolischer linksventrikulärer Funktion; ED/12/2010), die Adipositas Grad II (BMI 36.6 kg/m<sup>2</sup>), die Hypothyreose (Status nach Radiojod-Therapie am 19.07.2006 wegen eines dekompensierten autonomen Adenom des linken Schilddrüsenlappens mit adäquater medikamentöser Substitution; TSH normal), der Status nach Urothel-Karzinom der Harnblase (pTO, G1) mit transurethraler Resektion am 25. Januar 2011. Zur Begründung ihres Befunds führte sie aus, der Beschwerdeführer klage über starke lumbale Schmerzen mit Ausstrahlung in das linke Bein bis zum Fuss, er könne deshalb nicht lange sitzen und nicht lange stehen. In der klinischen Untersuchung sei die Adipositas Grad II der wesentlichste Befund. Die Beweglichkeit der LWS sei in allen Richtungen leicht eingeschränkt. Der sitzend durchgeführte SLUMP-Test sei beidseits normal. Diskrepant dazu sei ein angeblich pathologischer Lasègue links bei 40° mit weichem Anschlag. Dies weise auf ein Artefakt bei dem Lasègue-Manöver hin. Andere radikuläre Zeichen seien nicht vorhanden. In den bildgebenden Untersuchungen der LWS fänden sich Narbengewebe um die Nervenwurzeln L5 links und S1 links sowie geringe degenerative Veränderungen mit Chondrose und Bandscheibenprotrusion L4/L5. Eine Rezidivhernie sowie Foraminal- oder Spinalkanalstenosen seien nicht vorhanden. Ausserdem bestünden seit Jahren im wesentlichen unverändert ein Ventroglissement von L5 gegenüber S1 um vier Millimeter (Grad I nach Meyerding) und ein geringes Retroglissement von L4 gegenüber L5. Die funktionelle Röntgenuntersuchung der LWS am 6. Juni 2011 habe nirgends eine segmentale Instabilität gezeigt. Die ausgedehnte kardiologische Kontrolle 12/2010 habe eine geringe Koronarsklerose ohne bedeutsame Einengungen und eine normale linksventrikuläre Funktion ergeben. Im Januar 2011 sei ein kleines Harnblasen-Karzinom (pTO, G1) transurethral in toto abgetragen worden. Die Kontrolle im Mai 2011 habe kein Rezidiv gezeigt. Die ausgedehnte Blutuntersuchung habe keinen wesentlichen pathologischen Befund ergeben. Ein Diabetes mellitus sei nicht nachweisbar. Die Schilddrüse sei adäquat substituiert. Die vorhandenen Befunde erklärten das Ausmass der Beschwerden nicht. Der Beschwerdeführer könne eine adaptierte Tätigkeit zu 100% ausüben. Die Gebrauchsspuren an den Fingerkuppen des Daumens und Zeigefingers beidseits erkläre der Beschwerdeführer mit dem regelmässigen Velofahren, was eine plausible Erklärung sei. Er sei nun in der Lage, lang andauernd Velo zu fahren. Von den vier in seinem Blut/Urin geprüften Medikamenten seien beide Herzmittel im therapeutischen Bereich vorhanden. Dagegen fehle vom Schmerzmittel Ibuflam und vom Antidepressivum Amitriptylin jede Spur. Bei der langen Eliminations-

halbwertszeit des Stoffwechselprodukts Nortriptylin vom Amitriptylin von 30 Stunden habe er dieses Medikament schon mindestens mehrere Tage lang nicht mehr eingenommen. Es scheine, dass der Beschwerdeführer seine Herzkrankheit wie verordnet behandle. Seine übrigen Beschwerden schätze er dagegen nicht als derart gravierend ein, dass er die medizinischen Massnahmen korrekt durchführen würde. Da er zu seinem Medikamentengebrauch falsche Angaben mache, vermindere dies seine Glaubwürdigkeit. Der Beschwerdeführer sei durch die eingeschränkte Funktion der LWS limitiert. Das längere Verharren in vornüber geneigter Haltung – ob stehend oder sitzend – sei zu vermeiden, ebenso unerwartete, asymmetrische Lasteinwirkungen. Eher günstig seien wechselbelastende Tätigkeiten. Der Beschwerdeführer könne Lasten bis zehn Kilogramm heben oder tragen (leichtes Belastungsniveau). Tätigkeiten, die dem oben angegebenen Profil entsprächen, könne er ohne Einschränkungen ganztags zu 100% ausüben. Die angestammte Tätigkeit könne er nicht mehr ausüben, denn er müsse dabei zu schwere Lasten tragen. Für eine adaptierte Tätigkeit sei der Beschwerdeführer nie langfristig arbeitsunfähig gewesen. Der Beschwerdeführer habe bei der Untersuchung weder ein Schmerzmittel noch ein Antidepressivum verwendet. Seine medikamentöse Therapie habe daher ein grosses Optimierungspotential. Das Übergewicht erhöhe die Belastungen auf die Gelenke und löse dadurch vermehrte Schmerzen aus. Eine Normalisierung des Gewichts sei wünschbar. Das maximale Normalgewicht des Beschwerdeführers sei 77.2 kg (BMI 24.9 kg/m<sup>2</sup>). Auch das Rauchen schade seiner Gesundheit, weshalb dem Beschwerdeführer geraten worden sei, damit aufzuhören. Die berufliche Eingliederung könne ab sofort auf die übliche Art erfolgen. Die Prognose sei gut. Es sei wahrscheinlich, dass er eine adaptierte Tätigkeit langfristig ausüben könne. Die Herzbefunde seien trotz erheblicher Risikofaktoren überraschend gering, wie die ausführliche kardiologische Untersuchung vom 23. Dezember 2010 und dem folgenden Tag mit Echokardiographie und Koronarangiographie ergeben habe. Ein frischer oder durchgemachter Herzinfarkt sei nicht vorhanden gewesen. Das kleine Blasen-Karzinom habe am 25. Januar 2011 mit einer transurethralen Resektion vollständig entfernt werden können. Weder der Herzbefund noch das Blasenkarzinom bewirkten eine lang andauernde Verschlechterung seiner Arbeitsfähigkeit.

**4.1.2** Dr. med. D.\_\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie FMH, stellte in seinem Gutachten vom 20. Juli 2011 folgende Diagnose mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit: Rezidivierende depressive Störung, gegenwärtig leichte Episode mit somatischen Symptomen (ICD-10: F33.81). Ohne Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit sei die anhaltende somatoforme Schmerzstörung (ICD-10: F45.4). Zur Begründung führte Dr. med. D.\_\_\_\_\_ aus, beim Exploranden seien aufgrund der anamnestischen Angaben weder eine gene-

tische Vulnerabilität noch Persönlichkeitsfaktoren für die Entwicklung der psychiatrischen Erkrankungen festzustellen. Die Kindheit bzw. Persönlichkeitsentwicklung des Beschwerdeführers sei ohne gravierende traumatische Ereignisse erfolgt. Er sei regelrecht eingeschult worden, habe acht Jahre die Primarschule absolviert und eine dreijährige Automechanikerlehre abgeschlossen. Damit könnten sowohl Intelligenzminderung als auch Verhaltensstörungen oder sonstige psychische Probleme mit Krankheitswert in der Kindheit und im Pubertätsalter ausgeschlossen werden. Der Explorand sei militärtauglich gewesen und habe im Heimatland einen 15-monatigen Militärdienst absolviert, was auch gegen psychische Probleme mit Krankheitswert im Früherwachsenenalter spreche. Der Beschwerdeführer sei im Erwachsenenalter über Jahre den sozialen Anforderungen ohne Probleme gewachsen gewesen, er habe jahrelang eine konstante Arbeitsleistung erbracht, habe konstante zwischenmenschliche Beziehungen gepflegt, die anhaltenden Störungen der Impuls- oder Affektkontrolle seien weder anamnestisch erhoben noch aktenmässig dokumentiert, womit sich auch keine Hinweise auf prämorbid vorbestehende psychische Probleme mit Krankheitswert im Erwachsenenalter ergäben. Der Explorand sei seit den Kriegswirren im Heimatland 1991 mehreren psychischen Belastungen ausgesetzt gewesen. Insbesondere die zerrüttete Ehe und massive Existenzängste bei schweren Einsamkeitsgefühlen sprächen für die somatoforme Schmerzkomponente bzw. Entwicklung einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung. Ausserdem sei es beim Exploranden seit 2006 im Rahmen der Anpassungsproblematik zur Entwicklung der rezidivierenden depressiven Störungen (vor allem somatischer Art) mit typischen Symptomen von Spannungen, Sorgen, Verzweiflung und anhaltenden Schmerzen gekommen. Anlässlich der psychiatrischen Untersuchung bei der Begutachtungsstelle ABI Basel vom 15. Januar 2008 sei eine leichte depressive Episode diagnostiziert worden, die er anlässlich seiner Untersuchung vom 20. Juni 2011 bestätigen könne. Im Bericht vom behandelnden Psychiater Dr. med. Ringel vom 25. Januar 2011 sei eine Dysthymia dokumentiert, wobei der Explorand aufgrund der anamnestischen Angaben in den letzten Jahren kaum symptomfreie Phasen gehabt habe, weshalb er diese Diagnose nicht bestätigen könne. Der Beschwerdeführer sei aber trotz depressiver Symptomatik in den letzten Jahren stets fähig gewesen, mit den wesentlichen Anforderungen des täglichen Lebens fertig zu werden, was einerseits das Kriterium einer Dysthymia erfüllen würde, aber doch eher eine anhaltende leichte depressive Symptomatik ohne Einschränkung der psychokognitiven Funktionen bestätige. Anlässlich der Exploration vom 20. Juni 2011 habe der Explorand leichte, formale Denkstörungen, Gedankeneinengung auf seine Existenzsorgen und eine leicht reduzierte affektive Schwingungsfähigkeit aufgewiesen, weshalb ihm eine ca. 20%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert werden könne. Für die 80%ige Arbeitsfähigkeit aus psychiatrischer Sicht sprächen

vollständig erhaltene Konzentrationsfähigkeit, Merkfähigkeit, Auffassungsvermögen, Gedächtnisfunktionen, Gedankenfluss, Antrieb und Psychomotorik. Der Explorand stehe seit 2006 in regelmässiger psychiatrischer Behandlung, die zwar bei belastender psychosozialer Situation keine vollständige Rückbildung der depressiven Symptome bewirkt habe, jedoch eine Verschlechterung und Chronifizierung der psychischen Probleme ganz klar habe verhindern können. Deswegen sollten zur Erhaltung der 80%igen Arbeitsfähigkeit die etablierten therapeutischen Massnahmen, allerdings mit Ausbau der antidepressiven Medikation konsequent fortgesetzt werden. Der Beschwerdeführer sei sowohl in der bisherigen als auch in einer adaptierten Tätigkeit zu 80% arbeitsfähig.

**4.2** Am 14. Mai 2009 erging ein orthopädisches Gutachten von Dr. med. E.\_\_\_\_\_, Orthopädische Chirurgie FMH/FMCH, welches zum positiven Vorbescheid mit in-Aussicht-Stellung einer halben Rente führte. Dr. med. E.\_\_\_\_\_ diagnostizierte ein chronifiziertes sensorisches Schmerzsyndrom L4-L5 links (seit 2007), einen Status nach Facettengelenksdenervierung, Foraminotomie und Wurzeldekompression L5-S1 links (März 2007), degenerative Veränderungen der unteren LWS mit Verdacht auf leichte Instabilität und eine somatoforme Schmerzstörung und Depression. Zur Begründung führte er aus, im Vergleich zur Begutachtung vom 21. Februar 2008 (ABI) habe sich die Situation in den Sommermonaten 2008 leicht verschlechtert mit etwas Schmerzzunahme und relativ konstanter sensibler Symptomatik L4-L5 links. Der Medikamentenkonsum habe sich etwas erhöht, ebenfalls die Einnahme von Antidepressiva. Bei der Befragung seien relativ konstante ausstrahlende Kreuzschmerzen geschildert worden mit deutlich verkürzter Steh-, Geh- und Sitzleistung. Die klinische Untersuchung ergebe ein relativ hartnäckiges sensorisches Syndrom L4-L5 links mit positivem Lasègue-Zeichen und eingeschränkter LWS-Beweglichkeit. Deswegen reduziere er die Einschätzung der Arbeitsfähigkeit in angepasster Tätigkeit von 80% auf 60% bis 70%. In der bisherigen Tätigkeit bestehe in Übereinstimmung mit allen behandelnden und begutachtenden Ärzten keine verwertbare Arbeitsfähigkeit mehr. In angepasster Tätigkeit attestiere er aktuell eine 60%ige bis 70%ige Arbeitsfähigkeit mit folgendem Belastungs- und Ressourcenprofil: Leichte bis mittelschwere Tätigkeit, vornehmlich ausgeübt in Wechselbelastung mit relativ raschem Wechselrhythmus, mit Tragen und Heben von Gegenständen bis maximal 8kg pro Seite, ohne länger dauernde vorübergeneigte Haltung und ohne asymmetrische Lasteinwirkungen. In Übereinstimmung mit dem behandelnden Orthopäden bestehe jetzt die Indikation einer Spondylodese L4 bis S1. Nach der üblichen Rehabilitationszeit, d.h. vier bis fünf Monate nach der Operation bestehe in angepasster Tätigkeit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit wieder volle Arbeitsfähigkeit. Aktuell sei die Fortsetzung der Einnahme von Analgetika und

Antiphlogistika mit Physiotherapie angezeigt. Die Beurteilung im Gutachten des ABI vom Februar 2008 sei im Wesentlichen nachvollziehbar. Seit Juli 2008 sei es tatsächlich zu einer gewissen Verschlechterung gekommen, welche in den Befunden festgehalten und mit früher verglichen werde. Allerdings reduziere sich dadurch die Einschätzung der Arbeitsfähigkeit in angepasster Tätigkeit um 10% bis 20%.

**4.3** Der Beschwerdeführer erhebt Einwände gegen die begutachtenden Ärzte Dres. med. D.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_.

**4.3.1** Der Beschwerdeführer macht einerseits geltend, er sei Kroat und Dr. med. D.\_\_\_\_\_ sei Serbe, so dass nicht von einer objektiven und unvoreingenommenen Begutachtung seiner psychischen Beschwerden durch diesen Arzt ausgegangen werden könne; die Animositäten zwischen den Ethnien bestünden weiterhin. Das Eidgenössische Versicherungsgericht (heute Bundesgericht) hat bereits wiederholt festgehalten, die Tatsache allein, dass ein Gutachter aus Serbien stamme, reiche nicht für eine Befangenheit bei der Beurteilung von Versicherten anderer Ethnien aus dem früheren Jugoslawien aus (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts I 712/00 vom 14. Februar 2002). Das Gutachten von Dr. med. D.\_\_\_\_\_ ist umfassend, berücksichtigt die geklagten Beschwerden, erging in Kenntnis der Anamnese und legt nachvollziehbar dar, warum der Beschwerdeführer aus psychiatrischer Sicht in einer adaptierten Tätigkeit um 20% eingeschränkt ist, so dass grundsätzlich darauf abgestellt werden kann.

**4.3.2** Der Beschwerdeführer macht ferner geltend, Dr. med. B.\_\_\_\_\_ sei als Internistin und Rheumatologin nicht in der Lage, seine orthopädischen Leiden zu beurteilen. Es ist in der Tat nicht nachvollziehbar, weshalb der Beschwerdeführer nicht durch einen Orthopäden begutachtet wurde, da ein orthopädisches Leiden vorliegt. Als Internistin war Dr. med. B.\_\_\_\_\_ immerhin in der Lage, zu beurteilen, dass die Befunde des Herzens und auch das Blasenkarzinom keine Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit hätten. Zwar setzte sich Dr. med. B.\_\_\_\_\_ kurz mit dem Gutachten von Dr. med. E.\_\_\_\_\_ vom 14. Mai 2009 (E. 4.2 hiervor) auseinander. Dabei hielt sie u.a. fest, Dr. med. E.\_\_\_\_\_ stütze sich in seinem Gutachten wesentlich auf die Angaben Exploranden ab, die er unfiltriert übernehme. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, da Dr. med. E.\_\_\_\_\_ ausführt, es sei gestützt auf seine Befunderhebung zu einer gewissen Verschlechterung im Sommer 2008 gekommen. Die beiden Gutachten (von Dr. med. B.\_\_\_\_\_ und Dr. med. E.\_\_\_\_\_ ) kommen nicht zum gleichen Schluss. Es ist dem Bundesverwaltungsgericht nicht möglich, zu beurteilen, auf welches Gutachten eher abzu-

stellen ist. Die Vorinstanz hat daher eine erneute Begutachtung durch einen Orthopäden zu veranlassen.

**4.4** Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, es sei ein leidensbedingter Abzug von mindestens 20% zu berücksichtigen anstelle des Abzugs von 15%, so ist ihm entgegen zu halten, dass diese Frage beim vorliegenden Verfahrensausgang offengelassen werden kann. Es ist jedoch auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Oktober 2010 hinzuweisen, in welchem ein leidensbedingter Abzug von 15% als genügend hoch erachtet wurde (C-4530/2008 E. 7.2).

## **5.**

Aufgrund der dem Gericht vorliegenden medizinischen Unterlagen lässt sich somit nicht beurteilen, ob, seit wann und in welchem Umfang Anspruch auf eine Invalidenrente besteht. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung hat das Gericht, das den Sachverhalt als ungenügend abgeklärt erachtet, die Wahl, die Sache zur weiteren Beweiserhebung an die Verwaltung zurückzuweisen oder selber die nötigen Instruktionen vorzunehmen (ZAK 1987 S. 264 E. 2a). Bei festgestellter Abklärungsbedürftigkeit verletzt die Rückweisung der Sache an die Verwaltung als solche weder den Untersuchungsgrundsatz noch das Gebot eines einfachen und raschen Verfahrens. Anders verhielte es sich nur dann, wenn die Rückweisung an die Verwaltung einer Verweigerung des gerichtlichen Rechtsschutzes gleichkäme (beispielsweise dann, wenn aufgrund besonderer Gegebenheiten nur ein Gerichtsgutachten bzw. andere gerichtliche Beweismassnahmen geeignet wären, zur Abklärung des Sachverhalts beizutragen, vgl. BGE 137 V 210 E. 4.4), oder wenn die Rückweisung nach den konkreten Umständen als unverhältnismässig bezeichnet werden müsste (BGE 122 V 163 E. 1d). Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, die der Rückweisung der Sache zur weiteren Abklärung an die Vorinstanz entgegenstehen würden.

## **6.**

Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu erneuter Abklärung (mit noch offenem Ausgang) praxisgemäss (BGE 132 V 215 E. 6.1) für die Frage der Auferlegung der Gerichtskosten wie auch der Parteientschädigung als volles Obsiegen gilt, unabhängig davon, ob sie überhaupt beantragt, oder ob das entsprechende Begehren im Haupt- oder Eventualantrag gestellt wird (Urteil Bger 1C\_397/2009 vom 26. April 2010 E. 6, Urteil BGer 1C\_78/2009 vom 31. August 2010 E. 12.1).

**6.1** Die Verfahrenskosten hat in der Regel die unterliegende Partei zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der unterliegenden Vorinstanz sind allerdings keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

**6.2** Der Beschwerdeführer hat gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. 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. Unter Berücksichtigung des gebotenen Aufwandes erscheint eine Entschädigung von Fr. 2'000.- (inkl. Auslagen, ohne Mehrwertsteuer, vgl. Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 des Mehrwertsteuergesetzes vom 12. Juni 2009 [MWSTG, SR 641.20]) angemessen.

#### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird insoweit gutgeheissen, als die Verfügung vom 24. Oktober 2011 aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, damit diese ein neues Gutachten durch einen Orthopäden einholt und nach erfolgter Abklärung im Sinne der Erwägungen über den Leistungsanspruch neu verfüge.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**3.**

Rechtsanwalt Dr. iur. Claude Jeanneret, Aesch, wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (\_\_\_\_\_; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Frank Seethaler

Karin Behnke

**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: 6. September 2012