



---

Abteilung III  
C-1051/2009  
{T 0/2}

## **Urteil vom 31. Mai 2010**

---

Besetzung

Richterin Franziska Schneider (Vorsitz),  
Richterin Elena Avenati-Carpani, Richter Michael Peterli,  
Gerichtsschreiberin Susanne Genner.

---

Parteien

**U.**\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

**IV-Stelle für Versicherte im Ausland IVSTA,**  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Verfügung vom 3. Februar 2009 betr. Invalidenrente.

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

Der am (...) 1952 geborene Beschwerdeführer österreichischer Nationalität arbeitete vom 17. April 2001 bis zum 30. August 2006 als Mineur (Tunnelbauer) in der Schweiz (vgl. Fragebogen für Arbeitgebende vom 28. Juli 2008, act. 12). Er war wohnhaft in A.\_\_\_\_\_  
GR. Am 20. Juli 2006 erlitt er einen Vorwandinfarkt und war ab dem 31. August 2006 krank geschrieben. Nach einer stationären Behandlung vom 7. September 2006 bis zum 9. September 2006 im Krankenhaus X.\_\_\_\_\_  
wurde er gemäss Bericht der Dres. med. T.\_\_\_\_\_, M.\_\_\_\_\_  
und L.\_\_\_\_\_ vom 9. September 2006 (act. 17) kardial stabil und beschwerdefrei nach Hause entlassen. Vom 9. November 2006 bis zum 29. November 2006 absolvierte er ein Rehabilitationsprogramm, welches gemäss Bericht der Dres. med. K.\_\_\_\_\_, N.\_\_\_\_\_  
und B.\_\_\_\_\_ vom 18. Januar 2007 (act. 20) erfolgreich verlief.

**B.**

In der Folge begab sich der Beschwerdeführer wiederholt in ärztliche Behandlung, in deren Verlauf folgende Diagnosen gestellt wurden:

- "Diffuse Schmerzen und Gefühlsstörungen linker Schulter-Arm-Bereich bei Zustand nach Quetschtrauma des linken Unterarms 2005" (vgl. Bericht der Dres. med. W.\_\_\_\_\_  
und R.\_\_\_\_\_ vom 6. Juni 2007, act. 25),
- "reaktiv depr. Syndrom, diskretes CTS links" (vgl. Bericht von Dr. med. J.\_\_\_\_\_  
vom 14. Juni 2007, act. 27),
- "1. kein objektivierbarer Hinweis auf eine belastungsinduzierte Coronarinsuffizienz nach Rekanalisation und Stentimplantation einer Abgangsstenose der LAD bei coronarer 1-Gefässerkrankung  
2. leicht eingeschränkte linksventrikuläre Funktion nach Vorderwandinfarkt 07/2006  
3. V. a. Schlafapnoesyndrom"  
(vgl. Bericht von Dr. med. S.\_\_\_\_\_  
vom 30. Oktober 2007, act. 33),
- "Zustand nach Dekompression und Fusion HWK 5/6 vom 28.08.07.  
Degeneratives Lendenwirbelsäulensyndrom.  
Zustand nach Hinterwandinfarkt 06."  
(vgl. Bericht der Dres. med. I.\_\_\_\_\_  
und E.\_\_\_\_\_ vom 27. November 2007, act. 34).

Der Beschwerdeführer nahm seine Arbeitstätigkeit nicht wieder auf. Das Arbeitsverhältnis wurde per 30. November 2008 durch den Arbeitgeber aufgelöst (vgl. BVGer-act. 8 Beilage 1 Blatt 2 S. 2).

**C.**

Mit am 28. November 2007 beim deutschen Versicherungsträger ein-

gereichten Gesuch (act. 1), eingegangen am 28. Januar 2008 bei der Vorinstanz, beantragte der Beschwerdeführer eine schweizerische Invalidenrente. Im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung hatte der Beschwerdeführer bereits Wohnsitz in Deutschland (Datum der Wohnsitznahme in Deutschland nicht aktenkundig, vgl. aber act. 1 S. 2).

#### **D.**

In der Folge zog die Vorinstanz verschiedene medizinische Berichte betreffend den Gesundheitszustand des Beschwerdeführers zu den Akten. Im Ausführlichen Ärztlichen Bericht gemäss Verordnung (EWG) 1408/71 (Formular E 213) vom 6. März 2008 (act. 36, ärztliche Unterschrift unleserlich) wurden folgende Diagnosen genannt:

1. "Zustand nach Vorderwandinfarkt 07/2006 bei koronarer Eingefässerkrankung.
2. Zustand nach Stent-PTCA der LAD 09/2006.
3. Zustand nach Stent-PCI der instentstenose 12/2006.
4. Mässiggradiges Schlaf-Apnoe-Syndrom.
5. Hypercholesterinämie.
6. Radikuläres C6-Syndrom links bei Zustand nach Dekompression und Fusion HWK 5/6.
7. Degeneratives LWS-Syndrom.
8. Diskretes Carpaltunnelsyndrom links.
9. Leichte depressive Verstimmung."

Zusammenfassend wurde im Bericht Folgendes festgehalten:

"Aufgrund der vorgenannten Leiden kann der jetzt 55-jährige Versicherte dauerhaft in seinem Beruf als Tunnelbauer nicht mehr eingesetzt werden. Denkbar sind auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nur noch leichte bis gelegentlich mittelschwere körperliche Tätigkeiten. Nacht- und Wechselschicht müssen unterbleiben. Keine Exposition in freier nasskalter Witterung. Keine Tätigkeiten unter ständigen Zwangshaltungen. Keine Tätigkeiten über Kopf, keine Tätigkeiten im Akkord. Unter Beachtung dieser Einschränkungen ist auf dem AAM ein Leistungsvermögen von 6 Stunden und mehr gegeben."

#### **E.**

Dr. med. H. \_\_\_\_\_ vom medizinischen Dienst der Vorinstanz nannte in seiner Stellungnahme vom 15. September 2008 (act. 41) folgende Hauptdiagnosen:

- "Kor. Herzkrankheit, 2 x Stenting, erhaltenen Herzleistung,
- Cervicalsyndrom, Spondylodese C5/6,
- Lumbalsyndrom,
- I. reaktive depressiv."

Dr. med. H.\_\_\_\_\_ hielt fest, der abschliessende, sehr ausführliche versicherungsmedizinische Bericht vom 6. März 2008 (E 213) zeige einen erholten Mann mit einer hohen Restarbeitsfähigkeit für angepasste Tätigkeiten. Diese betrage seit August 2006 70 %, seit März 2007 100 % und seit August 2007 noch 70 %. Aus rein kardialer Sicht wäre der Beschwerdeführer für leichte Arbeiten voll einsatzfähig; unter Berücksichtigung der Wirbelsäulenprobleme sei eine Leistungseinschränkung akzeptabel. Als zumutbare Verweisungstätigkeiten nannte Dr. med. H.\_\_\_\_\_ Arbeiten als Hausmeister, Aufseher auf einer Baustelle, Park- oder Museumswächter, Magaziner, Lagerist, Billetverkäufer, Kurier oder Bote sowie kleinere Lieferungen mit Fahrzeug.

**F.**

Mit Einkommensvergleich vom 17. Oktober 2008 (act. 42) ermittelte die Vorinstanz unter Zugrundelegung der von Dr. med. H.\_\_\_\_\_ genannten Beschäftigungsgrade (100 % ab März 2007 bzw. 70 % ab August 2007) eine Erwerbseinbusse von 51.05 % ab März 2007 und von 65.74 % ab August 2007. Sie berücksichtigte dabei einen leidensbedingten Abzug vom Invalideneinkommen in der Höhe von 20 %.

**G.**

Mit Vorbescheid vom 14. Oktober 2008 (act. 43) teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit, ab dem 1. August 2007 bestehe Anspruch auf eine Dreiviertelsrente.

**H.**

Der Beschwerdeführer erhob mit Schreiben vom 1. November 2008 (act. 48) sinngemäss Einwand gegen den Vorbescheid vom 14. Oktober 2008. Er machte geltend, sein Gesundheitszustand habe sich verschlechtert. Zum Beweis reichte er je einen Bericht von Dr. med. P.\_\_\_\_\_ vom 16. Juni 2008 (act. 44), von Dr. med. U.\_\_\_\_\_ vom 25. September 2008 (act. 45) und von Dr. med. V.\_\_\_\_\_ vom 15. Oktober 2008 (act. 46) ein. Der Beschwerdeführer machte zudem geltend, er werde erst am 17. März 2009 an der Lendenwirbelsäule operiert, so dass er sich nicht vor dem Sommer 2009 um einen Arbeitsplatz bemühen könne. Durch seine erneute Erkrankung habe er keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld und keine Chance auf dem Arbeitsmarkt.

**I.**

Dr. med. H.\_\_\_\_\_ vom medizinischen Dienst der Vorinstanz hielt mit Stellungnahme vom 7. Dezember 2008 (act. 51) dafür, die eingereichten ärztlichen Berichte bestätigten degenerative Veränderungen an der Lendenwirbelsäule, keine Diskushernie, auch keinen relevanten engen Spinalkanal. Es sei fraglich, ob aus ärztlicher Sicht die Indikation zu einem Eingriff gegeben und sinnvoll sei. Bezüglich Arbeitsfähigkeit ergebe sich keine Änderung seiner bisherigen Beurteilung, wonach keine Vollinvalidität bestehe.

**J.**

Mit Verfügung vom 3. Februar 2009 (act. 56) sprach die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit Wirkung ab 1. August 2007 eine Dreiviertelsrente zu.

**K.**

Mit Eingabe vom 15. Februar 2009, der deutschen Post übergeben am 17. Februar 2009, focht der Beschwerdeführer die Verfügung vom 3. Februar 2009 beim Bundesverwaltungsgericht an und stellte sinngemäss den Antrag, es sei ihm eine ganze Rente zuzusprechen. Zur Begründung führte er an, er könne die empfohlenen Tätigkeiten nicht ausführen, zumal bereits im folgenden Monat wieder eine Operation der Lendenwirbel stattfinden werde. Im Übrigen könne er den Schilderungen der Vorinstanz nicht folgen, da deren Bescheid keine ärztlichen Befunde beigefügt seien.

**L.**

Die Vorinstanz forderte Dr. med. H.\_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 18. Mai 2009 (act. 109) auf, zur Beschwerde Stellung zu nehmen. Sie wies darauf hin, im Nachgang zur angefochtenen Verfügung habe sich herausgestellt, dass der Beschwerdeführer auch bei der IV-Stelle Graubünden ein Leistungsgesuch gestellt habe und dass diese das Gesuch instruiert habe. Die IV-Stelle Graubünden habe den Beschwerdeführer im November 2008 bei der medizinischen Abklärungsstelle (Servizio Accertamento Medico, nachfolgend: SAM) in C.\_\_\_\_\_ polydisziplinär untersuchen lassen und sei gestützt auf das entsprechende Gutachten (Gutachten von Dr. med. G.\_\_\_\_\_ vom 9. Dezember 2008, act. 97) zur Feststellung gelangt, der Beschwerdeführer sei in Verweisungstätigkeiten voll arbeitsfähig. Nach Durchführung des Einkommensvergleichs, der einen Invaliditätsgrad von 31 % ergeben habe, habe sie dem Beschwerdeführer die Abweisung des

Leistungsbegehrens in Aussicht gestellt. Zum Erlass einer entsprechenden Verfügung sei es dann nicht mehr gekommen. Es stelle sich nun die Frage, ob an der Beurteilung der Vorinstanz (30 %ige Arbeitsunfähigkeit in Verweisungstätigkeiten) festzuhalten sei, oder ob sich die Beurteilung der IV-Stelle Graubünden als plausibler erweise. Gegebenenfalls müsste die Vorinstanz dem Gericht einen Entscheid zu Ungunsten des Beschwerdeführers beantragen. Dr. med. H.\_\_\_\_\_ werde daher gebeten mitzuteilen, ob er nach Kenntnisnahme der von der IV-Stelle Graubünden zusammengetragenen Unterlagen, insbesondere des SAM-Gutachtens, an seiner bisherigen Beurteilung festhalten könne.

#### **M.**

Dr. med. H.\_\_\_\_\_ äusserte sich mit Stellungnahme vom 29. Mai 2009 (act. 110) dahingehend, der Fall sei nicht ganz klar. Gemäss dem SAM-Gutachten vom 9. Dezember 2008 stehe die Einschränkung aus rheumatologischer Sicht gegenüber derjenigen aus kardialer Sicht im Vordergrund. Diesbezüglich decke sich die Beurteilung des SAM-Gutachtens mit seinen bisherigen Stellungnahmen. Nicht ganz folgen könne er der Einschätzung des Rheumatologen Dr. med. D.\_\_\_\_\_, wonach der Beschwerdeführer seit dem 1. September 2006 in Verweisungstätigkeiten unter gewissen Einschränkungen voll arbeitsfähig sei. Der Beschwerdeführer sei im August 2007 an der Halswirbelsäule operiert worden und klage auch über lumbale Beschwerden. Eine cervicale Spondylodese, wie hier im August 2007 durchgeführt, bedinge auch in Verweisungstätigkeiten sicher eine halbjährige, allenfalls teilweise Arbeitsunfähigkeit, weshalb er die 30 %ige Einschränkung angenommen habe. Zudem solle im März 2009 wieder ein Eingriff stattgefunden haben. Auch der behandelnde Arzt beurteile die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers als eingeschränkt. Zusammenfassend handle es sich um einen polymorbiden Mann mit wohl bisher gut behandelter coronarer Krankheit, einer erheblichen degenerativen Wirbelsäulenproblematik mit versteifendem Eingriff cervical und nun möglicherweise auch lumbal. Er bezweifle, ob hier tatsächlich eine uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit in Verweisungstätigkeiten bestehe. Er empfehle, mit Blick auf den erneuten Eingriff einen orthopädisch-neurologischen Verlaufsbericht ab März / April 2009 einzufordern und ihm diesen vorzulegen.

#### **N.**

Die Vorinstanz teilte mit Vernehmlassung vom 10. Juni 2009 mit, sie

sehe von einer Antragsstellung ab. Da sich aufgrund der parallelen Instruktion des Leistungsgesuchs durch die IV-Stelle Graubünden widersprechende medizinische Beurteilungen ergeben hätten, welche seitens der IV-Stelle Graubünden zu einem tieferen Invaliditätsgrad geführt hätten, erscheine die Abänderung der angefochtenen Verfügung zu Ungunsten des Beschwerdeführers als möglich.

#### **O.**

Der Beschwerdeführer, mit Verfügung vom 19. Juni 2009 aufgefordert mitzuteilen, ob er die Beschwerde aufrecht erhalte oder zurückziehe, hielt mit Replik vom 17. Juli 2009 an seinem Antrag fest. Er reichte folgende Unterlagen ein:

- Ärztlicher Entlassungsbericht der Dres. med. F.\_\_\_\_\_ und O.\_\_\_\_\_ vom 8. Juni 2009,
- Entlassungskurzbrief der Dres. med. I.\_\_\_\_\_ und Ö.\_\_\_\_\_ vom 4. April 2008,
- Entlassungsbrief der Dres. med. I.\_\_\_\_\_, Y.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ vom 20. April 2009,
- Operationsbericht von Dr. med. Y.\_\_\_\_\_ vom 30. März 2009.

#### **P.**

Am 25. November 2009 reichte der Beschwerdeführer unaufgefordert medizinische Unterlagen bei der Vorinstanz ein, welche diese dem Bundesverwaltungsgericht mit Schreiben vom 15. Dezember 2009 übermittelte. Die Eingabe enthielt folgende Unterlagen:

- Bericht von Dr. med. Aa.\_\_\_\_\_ vom 5. November 2009,
- Bericht von Dr. med. S.\_\_\_\_\_ vom 11. November 2009,
- Bericht von Dr. med. Bb.\_\_\_\_\_ vom 1. Oktober 2009,
- Entlassungsbrief der Dres. med. E.\_\_\_\_\_ und Cc.\_\_\_\_\_ vom 23. April 2008,
- Bericht der Dres. med. I.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und Ö.\_\_\_\_\_ vom 10. September 2007.

#### **Q.**

Mit Eingabe vom 19. Januar 2010 reichte der Beschwerdeführer ein fachorthopädisches Gutachten ein, welches im Auftrag des Sozialgerichts Koblenz am 23. November 2009 von Prof. Dr. Dr. Q.\_\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädie, Facharzt für physikalische und rehabilitative Medizin, Spezielle orthopädische Chirurgie, erstattet worden war.

#### **R.**

Der im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels erneut konsultierte Dr. med. H.\_\_\_\_\_ vom medizinischen Dienst der Vorinstanz äusserte

sich mit Stellungnahme vom 8. Februar 2010 (act. 112) folgendermassen: Das Gutachten von Prof. Dr. Dr. Q. \_\_\_\_\_ stelle einen überzeugenden und ausführlichen Bericht dar, welcher sowohl die frühere Geschichte als auch die neuere Entwicklung seit Frühjahr 2009 aufzeige. Der Gutachter halte den Beschwerdeführer für gar nicht mehr arbeitsfähig; dem habe er selbst nichts beizufügen. Der Beschwerdeführer sei zweimal an der Wirbelsäule (Halswirbelsäule und Lendenwirbelsäule) operiert worden und weise erhebliche degenerative Veränderungen auf; die Belastbarkeit und Beweglichkeit dieser Wirbelsäule sei relevant eingeschränkt, ab Frühjahr 2009 vermehrt. Dazu kämen die übrigen Leiden (koronare Herzkrankheit, Höreinschränkung, Übergewicht, reaktive Depression). Prof. Dr. Dr. Q. \_\_\_\_\_s Beurteilung von November 2009 stimme grundsätzlich überein mit seiner eigenen vom 15. September 2008; unter Berücksichtigung der zusätzlichen Problematik lumbal und der lumbalen Versteifungsoperation könne er ab Frühjahr 2009 auch in Verweisungstätigkeiten eine 70 %ige Einschränkung der Arbeitsfähigkeit akzeptieren. Somit sei dem Beschwerdeführer bis Februar 2009 eine 30 %ige, seit März 2009 bis heute eine 70 %ige Arbeitsunfähigkeit zu attestieren.

#### **S.**

Die Vorinstanz beantragte mit Duplik vom 25. Februar 2010 die Abweisung der Beschwerde. Der beurteilende Arzt Dr. med. H. \_\_\_\_\_ sei in Berücksichtigung des Gutachtens von Prof. Dr. Dr. Q. \_\_\_\_\_ vom 23. November 2009 und der Befunde der behandelnden Ärzte in Bezug auf die Verhältnisse bis zum Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung vom 3. Februar 2009 zur Bestätigung seiner bisherigen Beurteilung gelangt. Er halte daran fest, dass ab August 2006 im bisherigen Beruf als Mineur eine anhaltende Arbeitsunfähigkeit von 70 % bestehe, und dass ab März 2007 die Arbeitsunfähigkeit in leidensangepassten leichten Verweisungstätigkeiten noch 30 % betragen habe. Neu stelle Dr. med. H. \_\_\_\_\_ aufgrund der replikweise vorgelegten medizinischen Unterlagen ab März 2009 wegen der Verschlimmerung der Rückenbeschwerden auch in leichten Verweisungstätigkeiten eine Arbeitsunfähigkeit von 70 % fest.

Hinsichtlich der Erwerbseinbusse seien die Vorinstanz und die IV-Stelle Graubünden ebenfalls zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt, da die IV-Stelle Graubünden das Valideneinkommen auf dem Durchschnitt mehrerer Jahre berechnet habe, während derer der Be-

schwerdeführer längere unfall- bzw. krankheitsbedingte Arbeitsunterbrüche aufweise, welche sich negativ auf das erzielte Einkommen ausgewirkt hätten. Die Vorinstanz habe demgegenüber zum Vorteil des Beschwerdeführers für das Valideneinkommen auf das Jahr 2004 abgestellt, in dem dieser das höchste Einkommen erzielt habe. Demgemäss habe der Beschwerdeführer während der 30 %igen Arbeitsunfähigkeit in leidensangepassten leichten Verweisungstätigkeiten eine gesundheitlich bedingte Erwerbseinbusse von 66 % erlitten. Nach Ablauf der einjährigen Wartezeit im August 2007 sei demnach ein Anspruch auf eine Dreiviertelsrente entstanden. Da der Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung (vorliegend der 3. Februar 2009) gemäss der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts die zeitliche Grenze der richterlichen Prüfung der Sach- und Rechtslage bilde, sei die Beschwerde abzuweisen.

In Bezug auf den Zeitraum nach dem Erlass der angefochtenen Verfügung dränge es sich auf, die Beschwerde als Revisionsgesuch zu betrachten und dieses nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens der Vorinstanz zur weiteren Behandlung zu überweisen.

#### **T.**

Das mit Replik vom 17. Juli 2009 sinngemäss gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wurde mit Zwischenverfügung vom 7. Januar 2010 abgewiesen.

Dieser Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Der mit Zwischenverfügung vom 7. Januar 2010 einverlangte Kostenvorschuss von Fr. 400.- wurde am 25. Januar 2010 bezahlt.

#### **U.**

Der Schriftenwechsel wurde mit Verfügung vom 4. März 2010 geschlossen.

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

#### **1.**

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

**1.1** Anfechtungsgegenstand bildet die Verfügung der Vorinstanz vom 3. Februar 2009 (act. 56). Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht unter Vorbehalt der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), welche von Vorinstanzen gemäss Art. 33 VGG erlassen wurden.

**1.1.1** Aufgrund der parallelen Instruktion der Leistungsgesuche durch die Vorinstanz und die IV-Stelle Graubünden (vgl. Sachverhalt Bst. L) ist vorab zu prüfen, ob die Vorinstanz zum Erlass der angefochtenen Verfügung zuständig war.

Gemäss Art. 40 Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201) ist für im Ausland wohnende Versicherte unter Vorbehalt von Abs. 2 die IV-Stelle für Versicherte im Ausland zuständig zur Entgegennahme und Prüfung der Anmeldungen. Nach Art. 40 Abs. 3 IVV bleibt die einmal begründete Zuständigkeit der IV-Stelle im Verlauf des Verfahrens erhalten. Art. 40 Abs. 2 IVV regelt die Zuständigkeit der IV-Stellen in Bezug auf Grenzgänger und ist daher vorliegend nicht von Belang. Zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Anmeldung seinen Wohnsitz im Ausland hatte.

In seiner undatierten Anmeldung bei der IV-Stelle Graubünden (act. 57), dort eingegangen am 21. September 2007, nannte der Beschwerdeführer als Wohnort A.\_\_\_\_\_ GR. Unter Ziff. 4 des Gesuchs gab er jedoch an, bis Dezember 1999 in Österreich und seit November 2000 in Deutschland Wohnsitz zu haben. Unter Ziff. 8 des Gesuchs verwies der Beschwerdeführer zudem auf seinen Hausarzt in Dd.\_\_\_\_\_ (DE). Mit undatiertem Schreiben (act. 60), eingegangen bei der IV-Stelle Graubünden am 21. September 2007, teilte der Beschwerdeführer mit, seine persönliche Adresse laute (...) Dd.\_\_\_\_\_. Somit bestehen genügend Hinweise darauf, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der am 28. November 2007 beim deutschen Versicherungsträger eingereichten Anmeldung seinen Lebensmittelpunkt in Deutschland hatte. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Beschwerdeführer gemäss interner Notiz der IV-Stelle Graubünden vom 21. Januar 2008 (act. 75) seine Schriften am 21. Januar 2007 noch in A.\_\_\_\_\_ hatte. Gemäss Art. 13 des Bundesgesetzes vom

6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) bestimmt sich der Wohnsitz einer Person nach den Artikeln 23 – 26 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210). Gemäss Art. 24 Abs. 1 ZGB befindet sich der Wohnsitz einer Person an dem Ort, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer nach seiner Krankschreibung ab dem 31. August 2006 und der ärztlichen Feststellung, er könne in seinem bisherigen Beruf nicht mehr arbeiten, sich dauernd in Deutschland niederlassen wollte. Demzufolge hatte der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Anmeldung am 28. November 2007 Wohnsitz in Deutschland, und die Vorinstanz war gemäss Art. 40 Abs. 1 Bst. b IVV zum Erlass der Verfügung vom 3. Februar 2008 zuständig.

**1.1.2** Der angefochtene Entscheid ist als Verfügung im Sinn von Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG zu qualifizieren, und eine Ausnahme im Sinn von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Die IV-Stelle für Versicherte im Ausland ist eine Vorinstanz im Sinn von Art. 33 Bst. d VGG. Gemäss Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) sind die Verfügungen der IV-Stelle für Versicherte im Ausland direkt beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar. Dieses ist somit für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

**1.2** Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Er ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat an deren Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse im Sinn von Art. 59 ATSG. Er ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert.

**1.3** Die angefochtene Verfügung trägt das Datum vom 3. Februar 2009. Die am 17. Februar 2009 der deutschen Post übergebene Beschwerde wurde somit fristgemäss im Sinn von Art. 60 Abs. 1 ATSG eingereicht. Der Kostenvorschuss wurde innert der gesetzten Frist bezahlt, und auch die Formerfordernisse im Sinn von Art. 52 Abs. 1 VwVG sind erfüllt, so dass auf die Beschwerde einzutreten ist.

## **2.**

Aufgrund der Beschwerdebegehren streitig und damit zu prüfen ist im Folgenden, ob die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers um Zusprechung einer ganzen Rente zu Recht nur teilweise gutgeheissen

hat, indem sie ihm mit Wirkung ab 1. August 2007 eine Dreiviertelsrente zusprach.

**2.1** Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechts-erheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (Art. 49 VwVG). Der Beschwerdeführer macht insbesondere geltend, er sei nicht arbeitsfähig und habe daher Anspruch auf eine ganze Rente. Damit rügt er sinngemäss eine Verletzung von Bundesrecht.

**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. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 212).

### **3.**

Nach der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts ist der rechtserhebliche Sachverhalt im Beschwerdeverfahren vor dem Sozialversicherungsgericht nach den tatsächlichen Verhältnissen zur Zeit des Erlasses der angefochtenen Verfügung zu beurteilen (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweisen, vgl. auch THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Aufl., Bern 2003, S. 489 Rz. 20). Vorliegend bildet somit das Datum der Verfügung vom 3. Februar 2009 die zeitliche Grenze der gerichtlichen Überprüfung.

### **4.**

Im Folgenden ist darzulegen, welche Rechtsnormen im vorliegenden Verfahren zur Anwendung gelangen.

**4.1** Nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht in der Regel diejenigen Rechtssätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2), unter Vorbehalt der spezialgesetzlichen Übergangsbestimmungen.

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<sup>bis</sup> VwVG jedoch keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das ATSG anwendbar ist. Nach Art. 2 ATSG sind die Bestimmungen des ATSG auf die bundesgesetzlich geregelten Sozialversicherungen anwendbar, wenn und soweit die einzelnen Sozialversicherungsgesetze es vorsehen. Gemäss Art. 1 Abs. 1 IVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die Invalidenversicherung (Art. 1a-26<sup>bis</sup> und 28-70) anwendbar, soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

**4.2** In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (BGE 130 V 329 E. 2.3).

**4.2.1** Der Beschwerdeführer ist österreichischer Staatsangehöriger und hat seinen Wohnsitz in Deutschland, so dass vorliegend die folgenden Erlasse anwendbar sind: das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (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. 80a 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). Gemäss Art. 8 Bst. a FZA werden die Systeme der sozialen Sicherheit koordiniert, um insbesondere die Gleichbehandlung aller Mitglieder der Vertragsstaaten zu gewährleisten.

**4.2.2** Am 1. Januar 2008 sind die Änderungen des IVG und des ATSG vom 6. Oktober 2006 sowie der IVV vom 28. September 2007 (5. IV-

Revision, AS 2007 5129 bzw. AS 2007 5155) in Kraft getreten. Ein allfälliger Leistungsanspruch ist für die Zeit vor einem Rechtswechsel aufgrund der bisherigen und ab diesem Zeitpunkt nach den neuen Bestimmungen zu prüfen (vgl. BGE 130 V 445). Gemäss der angefochtenen Verfügung ist der Rentenanspruch am 1. August 2007 entstanden (vgl. E. 6.1). Somit sind in Bezug auf die Entstehung des Anspruchs und dessen Weiterbestehen die bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Bestimmungen des IVG, des ATSG, der IVV und der ATSV heranzuziehen. Soweit sich der Anspruch auf die Zeit nach dem 1. Januar 2008 bezieht, sind die Bestimmungen der erwähnten Erlasse in der seit diesem Datum geltenden Fassung anwendbar.

## **5.**

**5.1** Nach dem ATSG in Verbindung mit dem IVG ist der Begriff "Invalidität" nicht nach medizinischen Kriterien definiert, sondern nach der Unfähigkeit, Erwerbseinkommen zu erzielen (BGE 110 V 273 E. 4a, BGE 102 V 165) oder sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen. Dabei sind die Erwerbs- bzw. Arbeitsmöglichkeiten nicht nur im angestammten Beruf bzw. in der bisherigen Tätigkeit, sondern auch in zumutbaren Verweisungstätigkeiten zu prüfen.

**5.2** Nach Art. 8 Abs. 1 ATSG ist die Invalidität die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit. Art. 4 IVG führt dazu aus, dass die Invalidität Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein kann; nach Art. 4 Abs. 2 IVG gilt die Invalidität als eingetreten, sobald sie die für die Begründung des Anspruchs auf die jeweilige Leistung erforderliche Art und Schwere erreicht hat.

Gemäss Art. 7 ATSG (in der bis am 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung) ist Erwerbsunfähigkeit der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt. Nach dem seit dem 1. Januar 2008 in Kraft stehenden Art. 7 Abs. 2 ATSG sind für die Beurteilung des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu berücksichtigen; eine Erwerbsunfähigkeit liegt zudem nur 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).

**5.3** Anspruch auf eine ganze Rente besteht bei einem Grad der Invalidität von mindestens 70%, auf eine Dreiviertelsrente bei einem solchen von mindestens 60%, auf eine halbe Rente bei einem solchen von mindestens 50% und auf eine Viertelsrente bei einem solchen von mindestens 40% (bis zum 31. Dezember 2007: Art. 28 Abs. 1 IVG; ab 1. Januar 2008: Art. 28 Abs. 2 IVG).

Beträgt der Invaliditätsgrad weniger als 50%, werden die entsprechenden Renten nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben (bis 31. Dezember 2007: Art. 28 Abs. 1<sup>ter</sup> IVG; ab 1. Januar 2008: Art. 29 Abs. 4 IVG). Eine Ausnahme von diesem Prinzip gilt ab 1. Juni 2002 für Schweizer Bürgerinnen und Bürger sowie Angehörige von Mitgliedstaaten der Europäischen Union, welche Anspruch auf Viertelsrenten haben, wenn sie in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union Wohnsitz haben. Nach der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts stellt Art. 28 Abs. 1<sup>ter</sup> IVG (in der bis am 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung) bzw. Art. 29 Abs. 4 IVG nicht eine blosse Auszahlungsvorschrift, sondern eine besondere Anspruchsvoraussetzung dar (BGE 121 V 264 E. 6c).

**5.4** 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 (sog. Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (sog. Valideneinkommen, Art. 16 ATSG).

Der Begriff des ausgeglichenen Arbeitsmarkts ist ein theoretischer und abstrakter Begriff, welcher dazu dient, den Leistungsbereich der Invalidenversicherung von jenem der Arbeitslosenversicherung abzugrenzen. Der Begriff umschliesst einerseits ein bestimmtes Gleichgewicht zwischen dem Angebot von und der Nachfrage nach Stellen;

andererseits bezeichnet er einen Arbeitsmarkt, der von seiner Struktur her einen Fächer verschiedenartiger Stellen offen hält. Nach diesen Gesichtspunkten bestimmt sich im Einzelfall, ob die invalide Person die Möglichkeit hat, ihre restliche Erwerbsfähigkeit zu verwerten und ob sie ein rentenausschliessendes Einkommen zu erzielen vermag oder nicht (BGE 110 V 273 E. 4b; ZAK 1991 S. 320 E. 3b). Daraus folgt, dass für die Invaliditätsbemessung nicht darauf abzustellen ist, ob eine invalide Person unter den konkreten Arbeitsmarktverhältnissen vermittelt werden kann, sondern einzig darauf, ob sie die ihr verbliebene Arbeitskraft noch wirtschaftlich nutzen könnte, wenn die verfügbaren Arbeitsplätze dem Angebot an Arbeitskräften entsprechen würden (AHI 1998 S. 291 E. 3b). Von einer Arbeitsgelegenheit im Sinne von Art. 16 ATSG kann aber dort nicht mehr gesprochen werden, wo die zumutbare Tätigkeit nur in so eingeschränkter Form möglich ist, dass sie der allgemeine Arbeitsmarkt praktisch nicht kennt oder dass sie nur unter nicht realistischem Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers möglich wäre (SVR 2009/1 IV Nr. 8 S. 17 E. 3c, SVR 1996 IV Nr. 70 S. 204 E. 3c, ZAK 1989 S. 322 E. 4).

**5.5** Zu bemerken bleibt, dass aufgrund des im gesamten Sozialversicherungsrecht geltenden Grundsatzes der Schadenminderungspflicht eine in ihrem bisherigen Tätigkeitsbereich dauernd arbeitsunfähige versicherte Person gehalten ist, innert nützlicher Frist Arbeit in einem anderen Berufs- oder Erwerbszweig zu suchen und anzunehmen, soweit sie möglich und zumutbar erscheint (BGE 113 V 22 E. 4a, 111 V 235 E. 2a). Deshalb ist es am behandelnden Arzt bzw. am Vertrauensarzt einer IV-Stelle zu entscheiden, in welchem Ausmass eine versicherte Person ihre verbliebene Arbeitsfähigkeit bei zumutbarer Tätigkeit und zumutbarem Einsatz auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt verwerten kann. Diese sogenannte Verweisungstätigkeit hat sich die versicherte Person anrechnen zu lassen (leidensangepasste Verweisungstätigkeit; ZAK 1986 S. 204 f.), wobei es unerheblich ist, ob sie ihre Restarbeitsfähigkeit tatsächlich verwertet oder nicht.

## **6.**

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Vorinstanz dem Beschwerdeführer zu Recht eine Dreiviertelsrente mit Wirkung ab 1. August 2007 zugesprochen hat.

**6.1** Gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG (in der vorliegend anwendbaren, bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung) entsteht der Rentenanspruch frühestens in dem Zeitpunkt, in dem die versicherte Person mindestens zu 40 Prozent bleibend erwerbsunfähig geworden ist, oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40 Prozent arbeitsunfähig gewesen war. Der Beschwerdeführer war seit dem 31. August 2006 auf unbestimmte Zeit zu 100% krank geschrieben (vgl. Fragebogen für Arbeitgebende vom 28. Juli 2008, act. 12 S. 2) und nahm danach seine Arbeitstätigkeit nicht wieder auf. Sowohl in Bezug auf die coronare Erkrankung als auch auf die Wirbelsäulenproblematik kann von der Annahme ausgegangen werden, dass es sich dabei um labiles Leiden handelt, welches nach der Rechtsprechung erst nach Ablauf der Wartezeit gemäss Art. 29 Abs. 1 Bst. b IVG (in der bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung) den Rentenanspruch auslöst (vgl. Urteil des Bundesgerichts I 163/2005 vom 30. Mai 2005; BGE 119 V 98 E. 4a). Nach der Rechtsprechung entspricht die Arbeitsunfähigkeit gemäss Art. 29 Abs. 1 Bst. b IVG (in der bis am 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung) bei erwerbstätigen Personen der medizinisch festgestellten Einschränkung im bisherigen Beruf (BGE 130 V 97 E. 3.2). Nachdem der Beschwerdeführer ab dem 31. August 2006 in seinem bisherigen Beruf als Mineur in Dr. med. H. \_\_\_\_\_s Stellungnahme vom 8. Februar 2010 (act. 112) zu 70 % und in Prof. Dr. Dr. Q. \_\_\_\_\_s fachorthopädischem Gutachten vom 23. November 2009 zu 100 % arbeitsunfähig eingestuft wurde, ist die Wartezeit gemäss Art. 29 Abs. 1 Bst. b IVG (in der bis am 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung) am 30. August 2007 abgelaufen. Gestützt auf Art. 29 Abs. 2 IVG (in der bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung) wurde die Auszahlung der Rente auf den 1. August 2007 festgesetzt.

**6.2** Da bei der Bemessung des Invaliditätsgrades auf die Unfähigkeit abgestellt wird, auf dem gesamten in Frage kommenden Arbeitsmarkt und nach Durchführung allfälliger Eingliederungsmassnahmen die verbliebene Arbeitsfähigkeit wirtschaftlich zu verwerten (BGE 130 V 97 E. 3.2; BGE 97 V 231 Erw. 2), werden bei der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit nach Ablauf der Wartezeit zumutbare Verweisungstätigkeiten mit einbezogen (vgl. E. 5.1).

**6.2.1** Die Vorinstanz stützt sich bei ihrer Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit auf Dr. med. H. \_\_\_\_\_s Stellungnahme vom 8. Februar

2010 (act. 112), welcher seinerseits auf das im Beschwerdeverfahren eingereichte fachorthopädische Gutachten von Prof. Dr. Dr. Q. \_\_\_\_\_ vom 23. November 2009 Bezug nimmt. Das Gutachten basiert nebst den eingereichten Arztberichten auf einer ambulanten Untersuchung vom 26. Oktober 2009. Prof. Dr. Dr. Q. \_\_\_\_\_ nennt folgende Diagnosen (vgl. Gutachten S. 31 f.):

- "a) von seiten des orthopädischen Fachgebietes:
1. Rezidivierendes Cervicalsyndrom mit Cervico-Cephalgie und Cervico-Brachialgie bds. (von der Halswirbelsäule ausgehendes Schmerzsyndrom mit Schmerzausstrahlung in den Kopf und beide Arme), mit deutlicher Bewegungseinschränkung der HWS – bei ausgeprägten degenerativen Veränderungen und Spondylodese C5/6 (08/2007)
  2. BWS-Syndrom mit Intercostalneuralgie (von der Brustwirbelsäule ausgehendes Schmerzsyndrom mit Schmerzausstrahlung nach beiden Seiten, verbunden mit Engegefühl) – bei Fehlhaltung der BWS
  3. Chronisch rezidivierendes Lumbalsyndrom mit Lumboischialgie bds. (von der Lendenwirbelsäule ausgehendes Schmerzsyndrom mit Schmerzausstrahlung in beide Beine, mit deutlicher Bewegungseinschränkung der Lendenwirbelsäule bei ausgeprägten degenerativen Veränderungen der LWS und Zustand nach Spondylodese L4 – S1
- b) von seiten anderer Fachgebiete, entsprechend den Mitteilungen in den Akten und aufgrund eigener Untersuchung:
4. Coronare Herzkrankheit, Vorderwandinfarkt 07/2006 (Stent-PTCA der LAD 09/2006 und Stent-PTCI der Instentstenose 12/2006)
  5. Reaktives depressives Syndrom
  6. Tinnitus aureum und eingeschränktes Hörvermögen
  7. Schlafapnoe-Syndrom".

Der Gutachter schildert den Gesundheitszustand des Beschwerdeführers in Bezug auf dessen Arbeitsfähigkeit wie folgt: Vor allem wegen den ausgeprägten Veränderungen der Hals- und der Lendenwirbelsäule, dem Zustand nach Spondylodese im Segment von C5/6 und dem Zustand nach versteifender Operation des unteren Lendenwirbelsäulenabschnittes von L4 bis S1 bei fortbestehender Spinalkanalstenose ergebe sich unter Mitberücksichtigung der übrigen Krankheiten nach der von ihm durchgeführten Untersuchung und nach seiner Auffassung beim Beschwerdeführer eine vollständige Erwerbsunfähigkeit (vgl. Gutachten S. 34 f.). Nach den Unterlagen sei davon auszugehen, dass dieser Gesundheitszustand etwa seit Anfang des Jahres 2007 bestehe. Mit einer Änderung im Sinn einer Besserung des gegenwärtigen Zustands in Zukunft sei nicht zu rechnen, eher mit einer langsamen Verschlechterung.

Dr. med. H.\_\_\_\_\_ übernimmt die Einschätzung von Prof. Dr. Dr. Q.\_\_\_\_\_ insofern nicht vollständig, als er keine 100 %ige, sondern eine 70 %ige Arbeitsunfähigkeit und diese erst ab März 2009 annimmt (vgl. Stellungnahme vom 8. Februar 2010, act. 112). Er begründet dies damit, dass sich die lumbale Problematik und die daraus resultierende Belastungs- und Bewegungseinschränkung der Lendenwirbelsäule ab Frühjahr 2009 verstärkt habe. In diesem Zeitraum habe auch die lumbale Versteifungsoperation stattgefunden. Dr. med. H.\_\_\_\_\_ bestätigt seine bisherige Einschätzung, wonach zwischen März 2007 bis Ende Februar 2009 eine 30 %ige Arbeitsunfähigkeit in leidensangepassten Verweisungstätigkeiten bestanden habe. Demgegenüber war der von der SAM beauftragte Rheumatologe Dr. med. D.\_\_\_\_\_ in seinem rheumatologischen Teilgutachten vom 4. November 2008 (act. 96.2) zum Schluss gekommen, der Beschwerdeführer sei im bisherigen Beruf als Mineur ab dem 1. September 2006 zu zwei Dritteln, in einer dem Gesundheitszustand angepassten Tätigkeit zu 100 % arbeitsfähig gewesen (vgl. act. 96.2 S. 6). Der Rheumatologe weist auf das Übergewicht des Beschwerdeführers hin, welches zu einer schmerzhaften Überbelastung der Lendenwirbelsäule bzw. der Gelenke der unteren Gliedmassen führe, wo der Beschwerdeführer eine Hüftarthrose aufweise. Gegen das Übergewicht müsse etwas unternommen werden. Die funktionellen Einschränkungen werden von Dr. med. D.\_\_\_\_\_ als relativ gering eingeschätzt (vgl. act. 96.2 S. 6). Dr. med. H.\_\_\_\_\_ folgt dieser Beurteilung nicht mit der Begründung, der Beschwerdeführer sei im August 2007 an der Halswirbelsäule operiert worden, was die 30 %ige Einschränkung rechtfertige. Er weist zudem darauf hin, auch der behandelnde Arzt in Deutschland beurteile den Beschwerdeführer als beschränkt arbeitsfähig.

**6.2.1** Der Beschwerdeführer seinerseits macht geltend, er sei überhaupt nicht arbeitsfähig. Seine Einwendungen beziehen sich jedoch weitgehend auf die Zeit nach dem Erlass der Verfügung vom 3. Februar 2009 (vgl. Beschwerdeschrift vom 15. Februar 2009, Replik vom 17. Juli 2009, Eingaben vom 25. November 2009 und vom 19. Januar 2010). Dass eine vollständige Arbeitsunfähigkeit bereits seit August 2006 bestanden hat, vermag der Beschwerdeführer nicht darzutun.

**6.2.2** Zwar bescheinigt Prof. Dr. Dr. Q.\_\_\_\_\_ in seinem Gutachten vom 23. November 2009 dem Beschwerdeführer eine volle Arbeitsunfähigkeit seit Anfang 2007 (vgl. Gutachten S. 38 f.); dieser rück-

blickenden Beurteilung steht jedoch die Einschätzung der SAM-Gutachter gegenüber, wonach der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der polydisziplinären Untersuchung am 3. November 2008 voll arbeitsfähig gewesen sein soll. Aufgrund der medizinischen Akten teilt Dr. med. H.\_\_\_\_\_ diese Schlussfolgerung nicht, sondern hält den Beschwerdeführer im Zeitraum zwischen März 2007 und Ende Februar 2009 noch zu 70 % arbeitsfähig. Die Annahme einer 70 %igen Arbeitsunfähigkeit sieht Dr. med. H.\_\_\_\_\_ erst durch die im März 2009 vorgenommene Operation der Lendenwirbelsäule bestätigt. Zusammenfassend erweist sich Dr. med. H.\_\_\_\_\_s vermittelnde Einschätzung als überzeugend, weshalb die Vorinstanz darauf abstellen durfte. Das Bundesverwaltungsgericht hat aufgrund der Akten keine Veranlassung, die Beurteilung der Vorinstanz in Bezug auf die Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers im vorliegend relevanten Zeitraum (30 % ab März 2007 bis zum 3. Februar 2009) in Zweifel zu ziehen. Es ist somit mit der Vorinstanz von einer Arbeitsunfähigkeit von 30 % in leidensangepassten Verweisungstätigkeiten ab März 2007 auszugehen.

**6.3** Was den Einkommensvergleich vom 7. Oktober 2008 (act. 42) betrifft, hat die Vorinstanz für das Valideneinkommen zu Recht auf das Jahr 2004 abgestellt, in dem der Beschwerdeführer – im Gegensatz zu den beiden folgenden Jahren 2005 und 2006 – keine unfall- oder krankheitsbedingten Lohneinbussen erlitten hat. Die Vorinstanz indexierte das Valideneinkommen auf das Jahr 2006 und stellte diesem ein Invalideneinkommen gemäss der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung 2006 gegenüber, welches auf den von Dr. med. H.\_\_\_\_\_ empfohlenen Verweisungstätigkeiten basiert. Da nach der Rechtsprechung für die Festsetzung des Invaliditätsgrades die Verhältnisse im Zeitpunkt des Rentenbeginns massgeblich sind (vgl. BGE 129 V 222), und da der Rentenanspruch des Beschwerdeführers frühestens am 30. August 2007 entstanden ist (vgl. E. 6.1), sind vorliegend das Validen- und das Invalideneinkommen auf das Jahr 2007 zu indexieren. Aufgrund der Jahreststeuerung 2007 von 0.7 % (Quelle: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/05/02.html>) ist von einem Valideneinkommen von Fr. 8'118.95 auszugehen (2006: Fr. 8'062.51). Das Invalideneinkommen von Fr. 4'933.11 ist auf Fr. 4'967.65 aufzurechnen. Unter Berücksichtigung des von der Vorinstanz gewährten leidensbedingten Abzugs von 20 % ergibt sich ein Invaliditätsgrad von 65.74 % ab August 2007, gemäss BGE 130 V 121 zu runden auf 66 %. Die Ermittlung des Invaliditätsgrades für die Zeit

zwischen dem 30. August 2007 (Ablauf der Wartezeit) und dem 3. Februar 2009 (Datum der angefochtenen Verfügung) erweist sich somit als korrekt.

**6.4** Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer zu Recht eine Dreiviertelsrente mit Wirkung ab 1. August 2007 zugesprochen hat. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist daher abzuweisen.

**7.**

Was den Zeitraum nach dem Erlass der angefochtenen Verfügung betrifft, hat die Vorinstanz die Entgegennahme der Beschwerde als Revisionsgesuch im Sinn von Art. 17 Abs. 1 ATSG angekündigt. Die Akten sind somit nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils an die Vorinstanz zu überweisen.

**8.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem unterliegenden Beschwerdeführer die Kosten zu auferlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Sie sind mit dem einbezahlten Kostenvorschuss zu verrechnen.

Dem unterliegenden Beschwerdeführer ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 400.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 400.- verrechnet.

**3.**

Die Akten werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils an die Vorinstanz überwiesen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben mit Rückschein)
- 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

Susanne Genner

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: