



---

Abteilung III  
C-1152/2008  
{T 0/2}

## **Urteil vom 11. Mai 2009**

---

Besetzung

Richter Michael Peterli (Vorsitz),  
Richter Johannes Frölicher,  
Richterin Madeleine Hirsig,  
Gerichtsschreiberin Sandra Tibis.

---

Parteien

L.\_\_\_\_\_, Frankreich,  
vertreten durch Advokatin lic. iur. Kathrin Bichsel,  
Blumenrain 3, Postfach, 4001 Basel,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

IV (Rente).

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

Der am (...) 1953 geborene, geschiedene, in Frankreich wohnhafte, französische Staatsbürger L.\_\_\_\_\_ hat zwischen 1972 und 2007 in der Schweiz als Maler gearbeitet und in dieser Zeit Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung entrichtet (act. 3 und 6). Mit Gesuch vom 16. Januar 2007 hat er sich bei der Eidgenössischen Invalidenversicherung zum Bezug von Leistungen angemeldet (act. 2).

**B.**

Mit Vorbescheid vom 18. Juni 2007 (act. 12) hat die IV-Stelle der Sozialversicherungsanstalt Aarau (nachfolgend: IV-Stelle Aarau) L.\_\_\_\_\_ mitgeteilt, sein Invaliditätsgrad betrage 30% und somit liege bei ihm keine rentenbegründende Invalidität vor.

Mit Schreiben vom 28. Juli 2007 (act. 13) teilte L.\_\_\_\_\_ der IV-Stelle Aarau mit, er sei mit dem Vorbescheid nicht einverstanden, da der Entscheid des französischen Versicherers immer noch ausstehend sei.

Mit Schreiben vom 8. November 2007 (act. 18) informierte die IV-Stelle Aarau L.\_\_\_\_\_, dass sein Leistungsgesuch in Frankreich abgewiesen worden sei und sie – gemäss Ankündigung im Vorbescheid – ebenfalls eine abweisende Rentenverfügung erlassen werde, sofern er gegen den französischen Entscheid keine Einsprache erhoben habe. L.\_\_\_\_\_ machte in der Folge nicht geltend, er habe beim französischen Versicherer Einsprache erhoben, sondern sandte der IV-Stelle Aarau am 7. Januar 2008 (Posteingang IV-Stelle; act. 19) lediglich eine Kopie des französischen Rentenbescheids zu.

**C.**

Mit Verfügung vom 15. Januar 2008 (act. 22) hat die IV-Stelle für Versicherte im Ausland (nachfolgend: IV-Stelle) das Leistungsbegehren von L.\_\_\_\_\_ abgewiesen, da ihm gemäss den medizinischen Abklärungen eine Tätigkeit als Maler noch zu 70% und eine angepasste Tätigkeit zu 80% zumutbar sei.

Die IV-Stelle legte ihrem Entscheid im Wesentlichen das von der SWICA, der Taggeldversicherung des Beschwerdeführers, bei Dr. med. B.\_\_\_\_\_, Facharzt für Rheumatologie, Physikalische Medi-

zin und Rehabilitation, in Auftrag gegebene Gutachten vom 3. Januar 2007 (act. 6) zu Grunde. Dieser stellte beim Beschwerdeführer Folgendes fest: (1) einen Status nach Diskusoperation C3/C4 mit Cage-Einlage sowie C4/C5 mit Diskusprothese am 6. September 2006, bei degenerativer Veränderung im Sinne von Osteochondrosen und Unkarthrosen sowie Spinalkanalstenose und Zervikobrachialgie links, (2) ein unspezifisches Lumbovertebralsyndrom bei Diskopathien L5/S1 mit Protrusion der Bandscheibe aber keine lumbale Diskushernie und kein enger Spinalkanal, (3) einen Status nach Diskushernienoperation lumbal 1960, zur Zeit klinisch unauffällig, (4) eine vasovagale Synkope bei welcher die Ohnmacht sehr wahrscheinlich psychogen bedingt sei, (5) ein unsicheres Verhalten bei unsicheren Zukunftsperspektiven und (6) eine ambivalente Stellungnahme zur Arbeitswilligkeit.

#### **D.**

Gegen die Verfügung vom 15. Januar 2008 hat L.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer), vertreten durch Advokatin Kathrin Bichsel, am 22. Februar 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht. Der Beschwerdeführer beantragte die Rückweisung zur weiteren Abklärung des Sachverhalts an die IV-Stelle, eventualiter die Zusprechung einer Dreiviertelsrente seit dem 1. März 2007, subeventualiter eine halbe Invalidenrente, alles unter ordentlicher und ausserordentlicher Kostenfolge. Der Beschwerdeführer machte geltend, die IV-Stelle stütze ihren Entscheid auf ein Gutachten, das vom Vertrauensarzt der SWICA erstellt worden sei. Dabei handle es sich einerseits um ein Parteigutachten und andererseits sei ihm weder Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Gutachterfragen noch zum Stellen von Zusatzfragen eingeräumt worden. Zudem sei der Gutachter aufgrund seiner Aussagen im Gutachten als befangen anzusehen. Daraus ergebe sich, dass gestützt auf die vorhandenen Akten ein Entscheid nicht möglich sei.

#### **E.**

Mit Vernehmlassung vom 14. August 2008 beantragte die IV-Stelle unter Hinweis auf die Stellungnahme der IV-Stelle Aarau vom 12. August 2008 sowie die Beurteilung von Dr. med. G.\_\_\_\_\_, RAD Aarau, vom 9. Juli 2008 (act. 26) die Abweisung der Beschwerde. Sie machte geltend, der Beschwerdeführer lege keine neuen medizinischen Akten ins Recht, weshalb auf die vorhandenen Unterlagen abzustellen sei. Die vorhandenen Unterlagen seien alle berücksichtigt worden und gestützt auf diese sei eine Restarbeitsfähigkeit von 70% (in der

Tätigkeit als Maler) respektive von 80% (in einer Verweistätigkeit) festgestellt worden; weitere Abklärungen seien nicht mehr nötig.

**F.**

Mit Eingabe vom 20. Oktober 2008 reichte der Beschwerdeführer weitere Arztberichte ein und stellte ferner das Ergebnis einer für den 18. November 2008 geplanten Untersuchung in Aussicht.

**G.**

Mit Replik vom 1. Dezember 2008 reichte der Beschwerdeführer einen Arztbericht ein und hielt an seinen Rechtsbegehren fest. Mit Eingabe vom 15. Januar 2009 wurden zwei weitere Arztberichte eingereicht.

**H.**

Mit Duplik vom 23. Februar 2009 (recte: 16. Februar 2009) beantragte die IV-Stelle die Abweisung der Beschwerde. Sie führte aus, der Sachverhalt sei genügend abgeklärt; weitere Abklärungen seien nicht nötig. Die vom Beschwerdeführer anlässlich der Replik eingereichten Unterlagen seien für den Gesundheitszustand bis zum Erlass der Verfügung nicht massgeblich und seien erst im Rahmen einer allfälligen Revision zu berücksichtigen.

**I.**

Der mit Verfügung vom 11. März 2008 eingeforderte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 400.-- wurde fristgerecht geleistet.

## **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 vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden von Personen im Ausland gegen Verfügungen der IV-Stelle für Versicherte im Ausland. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor.

**1.2** Aufgrund von Art. 3 lit. d<sup>bis</sup> des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) findet das VwVG keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) anwendbar ist. Gemäss Art. 1 Abs. 1 IVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die Invalidenversicherung (Art. 1a-26<sup>bis</sup> IVG und 28 bis 70 IVG) anwendbar, soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

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

**1.4** Gemäss Art. 60 Abs. 1 ATSG ist die Beschwerde innert 30 Tagen nach Eröffnung der Verfügung einzureichen. Vorliegend datiert die angefochtene Verfügung vom 15. Januar 2008, und die Beschwerde wurde am 22. Februar 2008 bei der schweizerischen Post aufgegeben. Gemäss der bei der Post eingeleiteten Nachforschung über das Zustellungsdatum der Verfügung konnte nicht mehr nachvollzogen werden, wann dem Beschwerdeführer die Sendung zugestellt worden ist. Aus diesen Gründen ist zu Gunsten des Beschwerdeführers davon auszugehen, dass die Beschwerde rechtzeitig erhoben worden ist.

**1.5** Da die Beschwerde im Übrigen formgerecht (Art. 52 Abs. 1 VwVG) eingereicht und der einverlangte Kostenvorschuss fristgerecht geleistet wurde, ist auf die Beschwerde einzutreten.

## 2.

**2.1** Der Beschwerdeführer rügt vorliegend, beim Gutachten der SWICA handle es sich um ein Parteigutachten und zudem sei ihm keine Gelegenheit eingeräumt worden, sich zur Person des Gutachters oder zu den Fragen an den Gutachter zu äussern. Im Übrigen sei der Gutachter nicht unparteilich, da im Gutachten einige tendenziös abgefasste Textpassagen zu finden seien. Schliesslich wies er darauf hin, dass dem Gutachten nicht zu entnehmen sei, in welcher Sprache die Befragung stattgefunden habe und ob allenfalls ein Dolmetscher beigezogen worden sei. Einer Befragung auf deutsch könne er nämlich nicht genügend folgen; er habe sich dementsprechend vom Gutachter nicht richtig verstanden gefühlt.

Die IV-Stelle hat sich zu diesem Vorwurf nicht geäussert.

**2.2** In Bezug auf die Rüge des Beschwerdeführers, der begutachtende Arzt sei befangen gewesen, weshalb seinen Feststellungen kein Beweiswert zukomme, ist Folgendes festzuhalten.

Art. 44 ATSG sieht vor, dass der Versicherungsträger, der zur Abklärung des Sachverhalts ein Gutachten einholen muss, der Partei den Namen des oder der entsprechenden Sachverständigen bekannt gibt. Die Partei kann den Gutachter aus triftigen Gründen ablehnen und kann Gegenvorschläge machen. Gemäss Rechtsprechung zu Art. 44 ATSG ist der versicherten Person vorgängig mitzuteilen, von wem das Gutachten durchgeführt wird. Allfällige Einwände sind gegenüber dem Sozialversicherer geltend zu machen, welcher darüber vor der eigentlichen Begutachtung zu befinden hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts U 145/06 vom 31. August 2007 E. 3.2 und 6.2, BGE 132 V 376 E. 8.4 und 9). Ausstands- oder Ablehnungsgründe müssen nach der Rechtsprechung so früh wie möglich geltend gemacht werden. Wird die sachverständige Person nicht unverzüglich als befangen abgelehnt, sobald die betroffene Person vom Ablehnungsgrund Kenntnis erhält, verwirkt sie den Anspruch auf spätere Anrufung der entsprechenden Verfahrensgarantie (vgl. BGE 132 V 93 E. 7.4.2 m.w.H.).

Das von der IV-Stelle beigezogene Gutachten wurde nicht von ihr selbst sondern von der SWICA veranlasst. Es handelt sich vorliegend somit nicht um die Konstellation gemäss Art. 44 ATSG. Da das Gutachten bereits vorlag, war die IV-Stelle berechtigt, es ihrem Entscheid

zu Grunde zu legen. Sofern die anlässlich der Abklärungen eines anderen Sozialversicherers in Auftrag gegebenen Gutachten den Anforderungen an unabhängige und schlüssige Gutachten erfüllt sind, spricht nichts gegen deren Verwendung im schweizerischen IV-Verfahren. Eine Verpflichtung, den Gutachter dem Beschwerdeführer im IV-Verfahren (erneut) bekannt zu geben, obwohl nur das bereits bestehende Gutachten verwendet und kein neues angeordnet wird, kann aus dieser Bestimmung nicht abgeleitet werden. Allfällige Ablehnungs- und Ausstandsgründe hätten im Verfahren der SWICA geltend gemacht werden müssen. Im Übrigen bringt der Beschwerdeführer keine relevanten Einwände gegen den Gutachter vor, da er ihm lediglich pauschal vorwirft, er sei generell versicherungsfreundlich und voreingenommen. In Bezug auf die vom Beschwerdeführer angesprochenen Verständnisschwierigkeiten ist festzuhalten, dass der Gutachter offensichtlich nicht den Eindruck hatte, der Beschwerdeführer verstehe seine Fragen nicht, ansonsten er dies im Gutachten bestimmt erwähnt hätte. Im Übrigen ist auch nur schwer vorstellbar, dass der Beschwerdeführer, welcher während 34 Jahren in der Schweiz gearbeitet hat, einer Befragung auf Deutsch nicht folgen könnte oder zumindest in der Lage wäre, den Gutachter auf bestehende Verständnisschwierigkeiten aufmerksam zu machen. Schliesslich ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer anlässlich des Gespräches mit der französischen Arbeitslosenversicherung vom 9. Mai 2007 angegeben hat, deutsch zu sprechen (vgl. act. 11). Die Einwände des Beschwerdeführers sind einerseits nicht ausreichend begründet und zielen andererseits wohl insbesondere darauf ab, ein für ihn ungünstiges Gutachten als unverwertbar erscheinen zu lassen. Das Gutachten entspricht den Anforderungen an ein unabhängiges Gutachten und ist zur Beurteilung des Anspruchs des Beschwerdeführers demzufolge beizuziehen.

### **3.**

Zunächst sind die zur Beurteilung der Streitsache massgebenden gesetzlichen Grundlagen und die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze darzulegen.

**3.1** Die Beschwerdeführenden können im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts sowie Unangemessenheit des Entscheids rügen (Art. 49 VwVG).

**3.2** Nach der Rechtsprechung stellt das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung einer Streitsache in der Regel auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Entscheidung eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweis). Tatsachen, die jenen Sachverhalt seither verändert haben, sollen im Normalfall Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung sein (BGE 121 V 362 E. 1b). Weiter sind in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten (BGE 130 V 329).

**3.2.1** Bei den materiellen Bestimmungen des IVG und der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201) ist auf die Fassung gemäss den am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Änderungen (5. IV-Revision) abzustellen.

**3.2.2** Der Beschwerdeführer ist französischer Staatsangehöriger und wohnt in Frankreich, weshalb das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedsstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) zu beachten ist. Nach Art. 1 Abs. 1 des auf der Grundlage des Art. 8 FZA ausgearbeiteten und Bestandteil des Abkommens bildenden (Art. 15 FZA) Anhangs II ("Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit") des FZA in Verbindung mit Abschnitt A dieses Anhangs wenden die Vertragsparteien untereinander insbesondere die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (SR 0.831.109.268.1; nachfolgend: Verordnung Nr. 1408/71), und die Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (SR 0.831.109.268.11; nachfolgend: Verordnung Nr. 574/72), oder gleichwertige Vorschriften an. Dabei ist im Rahmen des FZA auch die Schweiz als "Mitgliedstaat" im Sinne dieser Koordinierungsverordnungen zu betrachten (Art. 1 Abs. 2 Anhang II des FZA).

Nach Art. 40 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1408/71 ist die vom Träger eines Staates getroffene Entscheidung über die Invalidität eines Antrag-

stellers für den Träger eines anderen betroffenen Staates nur dann verbindlich, wenn die in den Rechtsvorschriften dieser Staaten festgelegten Tatbestandsmerkmale der Invalidität in Anhang V dieser Verordnung als übereinstimmend anerkannt sind. Eine solche anerkannte Übereinstimmung besteht für das Verhältnis zwischen einzelnen EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz nicht. Der Invaliditätsgrad bestimmt sich daher auch im Geltungsbereich des FZA nach schweizerischem Recht (BGE 130 V 253 E. 2.4).

**3.3** Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG). Die Invalidität kann Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein (Art. 4 Abs. 1 IVG). Erwerbsunfähigkeit ist 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 (Art. 7 Abs. 1 ATSG). 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).

**3.4** Nach Art. 43 Abs. 1 ATSG prüft der Versicherungsträger die Begehren, nimmt die notwendigen Abklärungen von Amtes wegen vor und holt die erforderlichen Auskünfte ein.

**3.4.1** Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung (und im Beschwerdefall das Gericht) auf Unterlagen angewiesen, die ärztliche und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes oder der Ärztin ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten die versicherte Person arbeitsunfähig ist. Im Weiteren sind die ärztlichen Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen der versicherten Person noch zugemutet werden können (BGE 125 V 256 E. 4, 115 V 133 E. 2; AHI-Praxis 2002 S. 62 E. 4b/cc).

**3.4.2** Die Verwaltung und im Beschwerdefall das Gericht haben die medizinischen Unterlagen nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung – wie alle anderen Beweismittel – frei, das heisst 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 Untersuchungen 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, 122 V 157 E. 1c).

Gleichwohl erachtet es die Rechtsprechung mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung als vereinbar, Richtlinien für die Beweiswürdigung in Bezug auf bestimmte Formen medizinischer Berichte und Gutachten aufzustellen (vgl. hierzu BGE 125 V 352 E. 3b; AHI 2001 S. 114 E. 3b; Urteil des Bundesgerichts vom 24. Januar 2000 [I 128/98] E. 3b). So ist den im Rahmen des Verwaltungsverfahrens eingeholten Gutachten externer Spezialärzte, welche aufgrund eingehender Beobachtungen und Untersuchungen sowie nach Einsicht in die Akten Bericht erstatten und bei der Erörterung der Befunde zu schlüssigen Ergebnissen gelangen, bei der Beweiswürdigung volle Beweiskraft zuzuerkennen, solange nicht konkrete Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen (BGE 125 V 353 E. 3b/bb, mit weiteren Hinweisen). Berichte der behandelnden Ärzte schliesslich sind aufgrund deren auftragsrechtlicher Vertrauensstellung zum Patienten mit Vorbehalt zu würdigen (BGE 125 V 353 E. 3b/cc). Dies gilt für den allgemein praktizierenden Hausarzt wie auch für den behandelnden Spezialarzt (Urteil des Bundesgerichts vom 20. März 2006 [I 655/05] E. 5.4 mit Hinweisen).

**3.4.3** Gemäss Art. 40 der Verordnung Nr. 574/72 hat der Träger eines Mitgliedstaates bei der Bemessung des Grades der Erwerbsminderung die von den Trägern der anderen Staaten erhaltenen ärztlichen Unterlagen und Berichte sowie die verwaltungsmässigen Auskünfte zu berücksichtigen. Jeder Träger behält jedoch die Möglichkeit, durch einen Arzt oder eine Ärztin seiner Wahl die antragstellende Person untersuchen zu lassen.

**3.5** Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG haben Versicherte Anspruch auf eine Viertelsrente, wenn sie zu mindestens 40 % invalid sind, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50 % besteht ein Anspruch auf eine halbe Rente, bei mindestens 60 % auf eine Dreiviertelsrente und bei mindestens 70 % auf eine ganze Rente.

**3.6** Der Rentenanspruch entsteht gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG frühestens in dem Zeitpunkt, in dem die versicherte Person mindestens zu 40 % bleibend erwerbsunfähig (Art. 7 ATSG) geworden ist (lit. a) oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40 % arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen war (lit. b).

#### **4.**

Zu prüfen bleibt, ob die IV-Stelle den Anspruch des Beschwerdeführers auf Leistungen der Invalidenversicherung zu Recht verneint hat.

**4.1** Der Beschwerdeführer macht geltend, der Sachverhalt sei ungenügend abgeklärt; fehle doch in den Akten eine neuro-chirurgische Abklärung, welche Aufschluss über die geklagten Gedächtnisschwierigkeiten, den Schwindel und die Gleichgewichtsstörungen geben könnte. Aufgrund der Komplexität des Beschwerdebildes sei zusätzlich ein psychiatrisches Gutachten einzuholen.

**4.2** Die IV-Stelle macht demgegenüber geltend, der Beschwerdeführer habe mit der Beschwerde keine neuen Fakten und Unterlagen ins Recht gelegt, die eine neue Beurteilung rechtfertigen würden. Es seien bereits umfangreiche Abklärungen getroffen worden und die gesamten Akten seien dem RAD zur Beurteilung vorgelegt worden. Dieser komme zum Schluss, dass beim Beschwerdeführer lediglich eine Arbeitsunfähigkeit von 30% in der früheren Tätigkeit als Maler respektive eine Arbeitsunfähigkeit von 20% in einer angepassten Tätigkeit vorliege, weshalb die Beschwerde abzuweisen sei.

**4.3** Nachfolgend ist zu prüfen, welche gesundheitlichen Einschränkungen die Ärzte beim Beschwerdeführer festgestellt haben und ob diese Auswirkungen auf seine Arbeitsfähigkeit haben.

**4.3.1** Das rheumatologische Gutachten von Dr. med. B. \_\_\_\_\_ vom 3. Januar 2007 stützt sich auf die von ihm erhobenen Befunde, die Angaben des Beschwerdeführers, das vorhandene Röntgendossier des Beschwerdeführers sowie auf bereits vorliegende Berichte von Arztbesuchen und Untersuchungen. Er stellte folgende Diagnosen: (1) einen Status nach Diskusoperation C3/C4 mit Cage-Einlage sowie C4/C5 mit Diskusprothese am 6. September 2006, bei degenerativer Veränderung im Sinne von Osteochondrosen und Unkarthrosen sowie Spinalkanalstenose und Zervikobrachialgie links, (2) ein unspezifisches Lumbovertebralsyndrom bei Diskopathien L5/S1 mit Protrusion der Bandscheibe aber keine lumbale Diskushernie und kein enger Spinalkanal, (3) einen Status nach Diskushernienoperation lumbal 1960, zur Zeit klinisch unauffällig, (4) eine vasovagale Synkope bei welcher die Ohnmacht sehr wahrscheinlich psychogen bedingt sei, (5) ein unsicheres Verhalten bei unsicheren Zukunftsperspektiven und (6) eine ambivalente Stellungnahme zur Arbeitswilligkeit. Aufgrund der gut gelungenen zweietägigen HWS-Operation am 6. September 2006 bestehe zwar noch eine Einschränkung, welche aber in diesem Ausmass als normal einzustufen sei. Ansonsten bestehe kaum eine nennenswerte Sensibilitätsstörung und die Muskeltrophik sei erhalten. Einschränkungen bei der Arbeit als Maler bestünden beim Beschwerdeführer lediglich durch das HWS-Problem. Dies sei vor allem bei forcierten Rotationen oder Retroflexionsstellungen der Fall. Für Arbeiten mit den oberen Extremitäten, bei Belastung der unteren Extremitäten sowie beim in die Hocke gehen bestehe keine relevante Einschränkung. Die Lendenwirbelsäule sei voll belastbar. Dies bedeute für die Tätigkeit als Maler, dass lediglich Überkopfarbeiten ungeeignet seien, sonstige Malerarbeiten an Wänden, Türen, Zargen oder "am Böckli" seien vollumfänglich möglich. Die Einschränkung der Arbeitsfähigkeit durch Vermeidung von Überkopfarbeiten schätze er auf 30%, jedoch bei ganztägiger Präsenz. Eine angepasste Tätigkeit als Berater in Do-it-yourself-Betrieben (Malerabteilung), im Lager (Heben bis 15kg), als Magazinier oder in sonstigen, seinen Fähigkeiten entsprechenden Tätigkeiten sei ihm zu mindestens 80% zumutbar. Ferner äusserte der Gutachter aufgrund der vorhandenen Umstände (überdurchschnittlich häufige Arztbesuche sowie Aussagen des Beschwerdeführers) Zweifel an der Reintegrationswilligkeit des Beschwerdeführers.

**4.3.2** Dr. med. G.\_\_\_\_\_, FMH Rehabilitation und Rheumatologie, hielt in seiner RAD-Stellungnahme vom 9. Juli 2008 fest, beim Beschwerdeführer sei die Arbeitsfähigkeit primär aus rheumatologischer Sicht zu beurteilen, weshalb das Gutachten von Dr. med. B.\_\_\_\_\_, massgebend sei. Es sei nachvollziehbar, dass der Beschwerdeführer in der angestammten Tätigkeit als Maler Überkopfarbeiten aufgrund der dadurch bedingten Zwangshaltung, die bei ihm zu Schwindel führen könnte, verzichten müsse und daher in dieser Tätigkeit von einer Leistungsminderung von 30% auszugehen sei. Wogegen bei den anderen im Gutachten von Dr. med. B.\_\_\_\_\_ beschriebenen Tätigkeiten, bei welchen in der Regel eine Wechselbelastung gewährleistet sei, eine Arbeitsfähigkeit von zumindest 80% vorliege. Sowohl der Umstand, dass anlässlich der Feststellung des rheumatologisch-neurologischen Status vom 3. Dezember 2006 keine neurologischen Ausfälle hätte erhoben werden können, als auch die Unauffälligkeit des Schädel-MRI vom 5. Dezember 2006 deute darauf hin, dass die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit korrekt vorgenommen worden sei und keine Störung des Zentralnervensystems vorliege. Anlässlich einer psychiatrischen Begutachtung im Rahmen der Kurzhospitalisation im Dezember 2006 sei beim Beschwerdeführer keine psychische Erkrankung festgestellt worden, weshalb auch aus dieser Sicht keine weitere Einschränkung der Arbeitsfähigkeit resultiere. Ferner dränge sich aufgrund der vorliegenden Angaben keine polydisziplinäre Begutachtung auf.

**4.3.3** Der Hausarzt des Beschwerdeführers, Dr. W.\_\_\_\_\_, attestierte dem Beschwerdeführer mit Zeugnis vom 24. November 2008 Einschränkungen der Leistungsfähigkeit (aufgrund der Wirbelsäulenproblematik und insbesondere auch wegen Gedächtnisstörungen, Konzentrationsproblemen und Wortfindungsstörungen) in einem Ausmass, welches ihn als definitiv arbeitsunfähig erscheinen lasse. Er begründet allerdings in keiner Weise, wieso und inwiefern diese Störungen ihn in seiner Arbeit als Maler beeinträchtigen könnten.

**4.3.4** Dem Bericht von Dr. T.\_\_\_\_\_, Centre Hospitalier de H.\_\_\_\_\_, vom 8. Dezember 2008 ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer an einer Diskushernie im Bereich C6-C7 leide. Der Beschwerdeführer bemängelt, dass diese Diagnose im Bericht von Dr. med. B.\_\_\_\_\_ nicht enthalten sei. Dieser Bericht sei deshalb nicht vollständig. Er übersieht dabei jedoch, dass es beispielsweise auch im Bericht vom 22. Oktober 2008 von Dr. C.\_\_\_\_\_ ebenso

wenig Hinweise auf das Vorliegen einer Diskushernie in diesem Bereich gibt. Es ist daher mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass diese Diskushernie erst nach dem Verfügungszeitpunkt (15. Januar 2008) entstanden und somit für die vorliegende Beurteilung nicht relevant ist, sondern im Rahmen einer allfälligen Revision zu prüfen wäre.

**4.4** Die anlässlich des Beschwerdeverfahrens eingereichten Arztzeugnisse, sind jeweils sehr kurz gehalten und enthalten keine begründeten Angaben zu den Tätigkeiten, welche dem Beschwerdeführer noch möglich sind respektive inwiefern Einschränkungen bestehen. Aus diesen Attesten lassen sich, abgesehen von der festgestellten Diskushernie in C6-C7, zudem keine weiteren Diagnosen entnehmen, welche nicht schon im ausführlichen und schlüssig begründeten Gutachten von Dr. med. B.\_\_\_\_\_ berücksichtigt worden sind. Diese Kurzberichte vermögen daher die Feststellungen des Gutachtens von Dr. med. B.\_\_\_\_\_ nicht umzustossen, weshalb nicht darauf abzustellen ist.

Aus medizinischer Sicht ist der Sachverhalt somit bis zum Verfügungszeitpunkt hinreichend abgeklärt, gehen doch die Ärzte übereinstimmend davon aus, der Beschwerdeführer leide vorwiegend an einer (Hals-)Wirbelsäulenproblematik und zeitweise an einer vasovagalen Synkope. Dem Gutachten von Dr. med. B.\_\_\_\_\_ ist zu entnehmen, dass die Tätigkeit als Maler dem Beschwerdeführer grundsätzlich noch ganztätig ohne Leistungseinbusse möglich ist, dass er aber auf Überkopfarbeiten und forcierte Rotationen der Halswirbelsäule verzichten sollte. Der Beschwerdeführer ist somit lediglich diesbezüglich eingeschränkt; alle weiteren Tätigkeiten aus seinem vielfältigen Aufgabenspektrum (vgl. Protokoll des Gesprächs vom 9. Mai 2007 [act. 11]) sind ihm ohne Einschränkungen in qualitativer und quantitativer Hinsicht möglich. Weder aus den Angaben des Beschwerdeführers noch aus sonstigen Quellen geht hervor, dass die Arbeit eines Malers zu 30% aus Überkopfarbeiten und forcierten Rotationen der Halswirbelsäule besteht. Weshalb die IV-Stelle vorliegend von einer Arbeitsunfähigkeit von ca. 30% ausgeht, ist deshalb nicht nachvollziehbar. Unter Berücksichtigung des vielfältigen beruflichen Aufgabenspektrums des Beschwerdeführers, erscheint es jedoch wahrscheinlich, dass die Einschränkung des Beschwerdeführers je nach Aufgabenzuweisung (wie z.B. Arbeiten "am Böckli") sogar eher geringer ist. Er ist nämlich in der Lage, vollschichtig und ohne Einschränkungen seine Arbeit zu verrich-

ten, sofern er gewisse Tätigkeiten (z.B. Malen an einer Decke) vermeidet. Die Einschätzung der IV-Stelle kann insofern bestätigt werden, dass die geschätzte Arbeitsunfähigkeit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit maximal 30% beträgt. Da eine Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf in dieser Höhe ohnehin nicht rentenrelevant ist und diese Feststellungen bei einer Abweisung des Leistungsgesuchs im Übrigen auch nicht in Rechtskraft erwachsen, erübrigen sich weitere Abklärungen zur Bestimmung, ob die Arbeitsunfähigkeit nun gerade 30% oder eben weniger beträgt.

## 5.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerde mangels Vorliegens einer rentenbegründenden Invalidität abzuweisen ist.

## 6.

**6.1** Gemäss Art. 69 Abs. 1<sup>bis</sup> in Verbindung mit Art. 69 Abs. 2 IVG (in der seit dem 1. Juli 2006 gültigen Fassung) ist das Beschwerdeverfahren bei Streitigkeiten um die Bewilligung oder die Verweigerung von IV-Leistungen vor dem Bundesverwaltungsgericht kostenpflichtig. Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG sind die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen, wobei der geleistete Kostenvorschuss zu berücksichtigen ist. Da der Beschwerdeführer unterlegen ist, hat er die Verfahrenskosten zu tragen. Diese sind nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert im Rahmen von 200-1'000 Franken festzulegen (Art. 69 Abs. 1<sup>bis</sup> IVG). Für das vorliegende Verfahren sind die Verfahrenskosten auf Fr. 400.-- festzusetzen. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 400.-- verrechnet.

**6.2** Der obsiegenden Partei kann von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Als Bundesbehörde hat die IV-Stelle jedoch keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Der unterliegende Beschwerdeführer hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (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 in der Höhe von Fr. 400.-- verrechnet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Michael Peterli

Sandra Tibis

**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: