



Abteilung III
C-1574/2008
{T 0/2}

Urteil vom 14. Dezember 2009

Besetzung

Richter Michael Peterli (Vorsitz),
Richterin Franziska Schneider,
Richter Johannes Frölicher,
Gerichtsschreiberin Lucie Schafroth.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Abelardo Vazquez Conde,
avenida La Habana, 9-1°, ES-32003 Ourense,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Invalidenrente.

Sachverhalt:**A.**

Der 1960 geborene spanische Staatsbürger A._____ arbeitete in den Jahren 1978 bis 1987 in der Schweiz. In dieser Zeit leistete er Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV; act. 1 und 5). Danach kehrte er nach Spanien zurück und arbeitete dort als Taxifahrer (act. 25). Im Mai 2001 erlitt er dort einen Unfall, wobei er sich eine Fraktur des linken Ellbogens zuzog (act. 26 bis 29, 31 und 32). Am 29. Juli 2002 meldete er sich beim spanischen Versicherungsträger zum Bezug von Leistungen der schweizerischen Invalidenversicherung an. In der Folge wurde das Gesuch an die IV-Stelle für Versicherte im Ausland (nachfolgend: IVSTA) weitergeleitet (Eingang am 16. Oktober 2002; act. 3 bis 7).

B.

Mit Verfügung vom 13. Juni 2003 trat die IVSTA auf das Leistungsbegehren von A._____ nicht ein, da er die geforderten Unterlagen nicht innert der gesetzten Frist eingereicht und damit seine Mitwirkungspflicht verletzt habe (act. 12).

C.

Am 13. Januar 2006 stellte A._____ erneut ein Gesuch um Gewährung einer Invalidenrente, welches am 16. März 2006 bei der IVSTA einging (act. 16 bis 19).

Der IVSTA lagen bei der Prüfung des Leistungsbegehrens diverse medizinische Berichte aus den Jahren 2001, 2002 und 2006 vor, welche A._____ im Wesentlichen eine posttraumatische Deformation des linken Ellbogens mit Schmerzen und Funktionsstörungen sowie eine Depression attestierten (act. 26 bis 29, 31 und 32).

In seiner Stellungnahme vom 11. Januar 2007 stellte Dr. med. B._____ des IV-ärztlichen Dienstes die Diagnosen "posttraumatische Ellbogenarthrose links mit ausgeprägten Bewegungseinschränkungen" und "reaktive Depression" und führte aus, dass der Versicherte mit seiner schweren Verstümmelung des linken Ellbogengelenkes den Beruf als Taxifahrer nicht mehr ausüben könne. Die depressive Symptomatik sei teilweise reaktiv und auch durch die Untätigkeit bedingt. Daher sei A._____ in der bisherigen Tätigkeit seit dem

2. Mai 2001 zu 30% und in Verweisungstätigkeiten seit dem 8. Mai 2001 zu 100% arbeitsfähig (act. 35).

D.

Mit Vorbescheid vom 26. Februar 2007 teilte die IVSTA A._____ mit, dass weder eine bleibende Erwerbsunfähigkeit noch eine ausreichende durchschnittliche Arbeitsunfähigkeit während eines Jahres vorliege. Zwar sei die letzte gewinnbringende Tätigkeit aufgrund des Gesundheitszustandes nicht mehr zumutbar. Die Ausübung einer anderen, leichteren, dem Gesundheitszustand besser angepassten gewinnbringenden Tätigkeit wie zum Beispiel ungelernter Arbeiter, Hilfsarbeiter in einer Werkstatt/Fabrik/Produktion, Park- oder Museumswächter, Verkauf per Korrespondenz/Telefon oder Internet sei jedoch noch in rentenausschliessender Weise zumutbar. Es liege somit keine Invalidität vor, die einen Rentenanspruch zu begründen vermöge, weshalb das Leistungsbegehren voraussichtlich abgewiesen werden müsse (act. 37).

E.

In seinem Einwand vom 2. April 2007 beantragte A._____ im Wesentlichen die formgerechte Zustellung der zu erstellenden Verfügung entsprechend der Anforderungen der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (nachfolgend: Verordnung Nr. 574/72), da er beabsichtige, diese Verfügung nach ordnungsgemässer Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht anzufechten (act. 38).

F.

Mit Verfügung vom 5. Juni 2007 wies die IVSTA im Wesentlichen mit der bereits im Vorbescheid vom 26. Februar 2007 vorgebrachten Begründung das Leistungsbegehren von A._____ ab (act. 41).

G.

In seinem Schreiben vom 9. Juli 2007 teilte A._____ der IVSTA mit, dass er weiterhin beabsichtige, die Verfügung vom 5. Juni 2007 nach erfolgter formgerechter Zustellung anzufechten und beantragte erneut die ordnungsgemässe Eröffnung dieser Verfügung (act. 42).

Mit Eingabe vom 12. November 2007 wiederholte A._____ seinen Antrag auf formgerechte Zustellung der Verfügung vom 5. Juni 2007 (act. 43).

H.

Mit Schreiben vom 29. November 2007 bat die IVSTA den spanischen Versicherungsträger A._____ die Verfügung vom 5. Juni 2007 "so bald als möglich in der vorgesehenen Form" zu eröffnen (act. 44).

I.

Gegen die Verfügung vom 5. Juni 2007, welche ihm am 13. Februar 2008 zugestellt worden sei, erhob A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer), vertreten durch Rechtsanwalt Abelardo Vazquez Conde, mit Eingabe vom 5. März 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der Verfügung und die Gewährung einer Invalidenrente ab dem 13. Januar 2006. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, dass er insbesondere an einer schweren psychischen Erkrankung leide, was auch aus den medizinischen Unterlagen aus Spanien hervorgehe. Wie man "am spanischen Bescheid vom 12. Dezember 2005 erkennen könne", sei er "nach spanischem Sozialversicherungsrecht seit dem 16. September 2005 zu 100% vollinvalid". Die medizinische Bewertung könne nicht durch eine Ferndiagnose des "hauseigenen medizinischen Dienstes des schweizerischen Versicherungsträgers" durchgeführt werden. Mit einer medizinischen Untersuchung in der Schweiz sei er einverstanden. Bei der Beurteilung seien zudem alle medizinischen Berichte aus Spanien zu berücksichtigen. Die IVSTA habe seine physischen und psychischen Erkrankungen gar nicht gewürdigt. Damit sei die IVSTA der ihr obliegenden "Aufklärungspflicht" nicht nachgekommen.

Gleichzeitig reichte er einen Bericht des behandelnden Arztes, Dr. med. C._____, Spezialarzt für Neurologie und Psychiatrie, vom 2. April 2007 zu den Akten. Dieser attestierte ihm eine schwere chronische Angst und Depression, gemischt, eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung sowie eine Arbeitsunfähigkeit von 100% für sämtliche Tätigkeiten.

J.

Mit Zwischenverfügung vom 18. März 2008 forderte der zuständige Instruktionsrichter den Beschwerdeführer auf, einen Kostenvorschuss von Fr. 400.- in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten zu leis-

ten. Der einverlangte Kostenvorschuss ging am 31. März 2008 bei der Gerichtskasse ein.

K.

Mit Vernehmlassung vom 17. Juli 2008 beantragte die IVSTA im Wesentlichen gestützt auf die Stellungnahmen des IV-ärztlichen Dienstes vom 11. Januar 2007 und vom 9. Juli 2008 die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung der angefochtenen Verfügung, da keine Invalidität von anspruchsbegründendem Ausmass bestehe.

In Bezug auf den vom Beschwerdeführer im vorliegenden Beschwerdeverfahren eingereichten psychiatrischen Bericht von Dr. med. C._____ vom 2. April 2007 führte Dr. med. B._____ des IV-ärztlichen Dienstes in seiner Stellungnahme vom 9. Juli 2008 im Wesentlichen aus, dass die "Skores der Depressionsskalen nach Beck und Rasgo" bei einem Rentenbegehren völlig wertlos seien, da es zu leicht sei, immer die entsprechenden schlimmsten möglichen Wertungen anzukreuzen. Würde der Beschwerdeführer tatsächlich an einer schweren Depression mit Suizidgedanken leiden, so hätte der Arzt mit einer Hospitalisation reagieren müssen. Daher halte er an seiner früheren Beurteilung fest, wonach der Beschwerdeführer trotz der leichten bis mässigen depressiven Störung noch eine leichte Verweisungstätigkeit vollschichtig ausüben könne (act. 46).

L.

Der Beschwerdeführer liess sich darauf nicht mehr vernehmen.

M.

Mit Verfügung vom 29. September 2009 forderte der zuständige Instruktionsrichter die IVSTA auf, das Datum der Zustellung der angefochtenen Verfügung nachzuweisen.

In ihrer Stellungnahme vom 7. Oktober 2009 führte die IVSTA aus, dass der Zustellungszeitpunkt angesichts des Zeitablaufs nicht mehr feststellbar sei. Trotz entsprechendem Ersuchen habe sie vom spanischen Versicherungsträger keine Kopie des Formulars E 211 erhalten. Die Angabe des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers, die angefochtene Verfügung sei ihm am 13. Februar 2008 vom spanischen Versicherungsträger zugestellt worden, erscheine plausibel.

N.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unter-

lagen wird – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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 Bst. d VGG und Art. 69 Abs. 1 Bst. 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 Aufgrund von Art. 3 Bst. d^{bis} des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) findet das VwVG keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG, SR 830.1) anwendbar ist. Gemäss Art. 1 Abs. 1 IVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die Invalidenversicherung (Art. 1a-26^{bis} und 28-70 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 5. Juni 2007 und die Beschwerde wurde am 6. März 2008 bei der spanischen Post aufgegeben. Gemäss Stellungnahme der IVSTA vom 7. Oktober 2009 konnte das Zustellungsdatum der angefochtenen Verfügung nicht mehr eruiert werden. Die Beweislast für den Beginn der Frist liegt bei der eröffnenden Behörde (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 1651). Aus diesen Gründen ist zu Gunsten des Beschwerdeführers davon auszugehen, dass ihm die angefochtene Verfügung entsprechend seinen Angaben am

13. Februar 2008 vom spanischen Versicherungsträger zugestellt worden ist. Da gemäss Art. 48 der Verordnung Nr. 574/72 der bearbeitende Träger die Entscheidungen dem Antragsteller in Form einer in dessen Sprache abgefassten zusammenfassenden Mitteilung zustellt und die Rechtsbehelfsfristen erst mit der Zustellung der zusammenfassenden Mitteilung an den Antragsteller zu laufen beginnen, wurde die vorliegende Beschwerde fristgerecht erhoben.

1.5 Da die Beschwerde im Übrigen formgerecht (Art. 52 VwVG) eingereicht und der Kostenvorschuss fristgerecht geleistet wurde, ist darauf einzutreten.

2.

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

2.1 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich im Wesentlichen nach den Vorschriften des VGG, des VwVG (Art. 37 VGG) sowie des ATSG. Dabei finden nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln diejenigen Rechtssätze Anwendung, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2), unter Vorbehalt spezialgesetzlicher Übergangsbestimmungen.

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). 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: 5. Juni 2007) 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).

2.2 Der Beschwerdeführer ist spanischer Staatsangehöriger, 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 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 Antragstellers 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).

Gemäss Art. 40 der Verordnung Nr. 574/72 hat der Träger eines Mitgliedstaates aber bei der Bemessung des Grades der Erwerbsminderung die von den Trägern der anderen Staaten erhaltenen ärztlichen Unterlagen und Berichte sowie Auskünfte der Verwaltung zu berücksichtigen, soweit sie rechtsgenügend ins Verfahren eingebracht werden (vgl. Art. 32 VwVG). Jeder Träger behält jedoch insbesondere die Möglichkeit, durch einen Arzt oder eine Ärztin seiner Wahl die antragstellende Person untersuchen zu lassen.

2.3 Für das vorliegende Verfahren ist deshalb das per 1. Januar 2003 in Kraft getretene ATSG anwendbar. Die darin enthaltenen Formulierungen der Arbeitsunfähigkeit, der Erwerbsunfähigkeit, der Invalidität und der Einkommensvergleichsmethode entsprechen ohnehin den bisherigen, von der Rechtsprechung dazu entwickelten Begriffen in der IV. Demzufolge beanspruchen die diesbezüglich schon herausgebildeten

Grundsätze auch unter der Herrschaft des ATSG weiterhin Geltung (BGE 130 V 343). Bei den materiellen Bestimmungen des IVG und der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV, SR 831.201) ist auf die Fassung gemäss den am 1. Januar 2004 in Kraft getretenen Änderungen (4. IV-Revision; AS 2003 3837) abzustellen. Nicht zu berücksichtigen sind die durch die 5. IV-Revision eingeführten Änderungen, welche am 1. Januar 2008 in Kraft getreten sind (AS 2007 5129). Im Folgenden wird daher, was die materiellen Bestimmungen angeht, jeweils auf die ab 1. Januar 2004 bis Ende 2007 gültig gewesene Regelung Bezug genommen.

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 Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG besteht 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%.

Gemäss Art. 28 Abs. 1^{ter} IVG 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^{ter} 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), was vorliegend der Fall ist.

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 (Bst. a) oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40% arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen war (Bst. b).

3.3 Anspruch auf eine ordentliche Rente haben gemäss Art. 36 Abs. 1 IVG die rentenberechtigten Versicherten, die bei Eintritt der Invalidität während mindestens eines vollen Jahres Beiträge an die schweizerische Sozialversicherung geleistet haben. Meldet sich ein Versicherter mehr als zwölf Monate nach Entstehen des Anspruchs an, so werden die Leistungen in Abweichung von Artikel 24 Absatz 1 ATSG lediglich für die zwölf der Anmeldung vorangehenden Monate ausgerichtet (Art. 48 Abs. 2 IVG). Massgeblich ist das Datum der Einreichung des Gesuchs. Vorliegend wurde das neue Leistungsbegehren am 13. Januar 2006 eingereicht, so dass allfällige Leistungen der IV frühestens ab Januar 2005 ausgerichtet werden können (act. 19).

3.4 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 (so genanntes Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (so genanntes 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 welchem 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).

Nicht als Folgen eines Gesundheitsschadens und damit invalidenversicherungsrechtlich nicht als relevant gelten Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit, welche die versicherte Person bei Aufbietung allen guten Willens, die verbleibende Leistungsfähigkeit zu verwerten, abwenden könnte (BGE 131 V 49 E. 1.2 mit Hinweisen). Aufgrund des im gesamten Sozialversicherungsrecht geltenden Grundsatzes der Schadenminderungspflicht ist ein in seinem bisherigen Tätigkeitsbereich dauernd arbeitsunfähiger Versicherter gehalten, innert nützlicher Frist Arbeit in einem anderen Berufs- oder Erwerbszweig zu suchen und anzunehmen, soweit sie möglich und zumutbar erscheint (BGE 113 V 28 E. 4a, 111 V 239 E. 2a).

Deshalb ist es am behandelnden Arzt bzw. am Vertrauensarzt einer IV-Stelle zu entscheiden, in welchem Ausmass ein Versicherter seine verbliebene Arbeitsfähigkeit bei zumutbarer Tätigkeit und zumutbarem Einsatz auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt verwerten kann. Diese so genannte Verweisungstätigkeit hat sich der Versicherte anrechnen zu lassen (leidensangepasste Verweisungstätigkeit; ZAK 1986 S. 204 f.).

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 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, BGE 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 EVG 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 ist, solange nicht konkrete Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen. Berichte von behandelnden Ärzten sind aufgrund der auftragsrechtlichen Vertrauensstellung zum Patienten hingegen mit Vorbehalt zu würdigen (BGE 125 V 353 E. 3b/bb und cc mit weiteren Hinweisen; Urteil des EVG vom 9. August 2000, I 437/99 E. 4b/bb; Urteil des EVG vom 20. März 2006, I 655/05 E. 5.4 mit Hinweisen).

Bei der Abschätzung des Beweiswerts im Rahmen einer freien und umfassenden Beweiswürdigung dürfen allerdings auch die potentiellen Stärken der Berichte behandelnder Ärzte nicht vergessen werden. Der Umstand allein, dass eine Einschätzung vom behandelnden Mediziner stammt, darf nicht dazu führen, sie von vornherein als unbeachtlich einzustufen; die einen längeren Zeitraum abdeckende und umfassende Betreuung durch behandelnde Ärzte bringt oft wertvolle Erkenntnisse hervor. Auf der anderen Seite lässt es die unterschiedliche Natur von Behandlungsauftrag des therapeutisch tätigen (Fach-)Arztes einerseits und Begutachtungsauftrag des amtlich bestellten fachmedizinischen Experten andererseits (BGE 124 I 170 E. 4) nicht zu, ein Administrativ- oder Gerichtsgutachten stets in Frage zu stellen und zum Anlass weiterer Abklärungen zu nehmen, wenn die behandelnden Ärzte zu anderslautenden Einschätzungen gelangen. Vorbehalten bleiben Fälle, in

denen sich eine abweichende Beurteilung aufdrängt, weil die behandelnden Ärzte wichtige – und nicht rein subjektiver ärztlicher Interpretation entspringende – Aspekte benennen, die im Rahmen der Begutachtung unerkannt oder ungewürdigt geblieben sind (Urteil des Bundesgerichts 9C_24/2008 vom 27. Mai 2008 E. 2.3.2 mit Hinweisen).

4.

Vorliegend ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls seit wann (frühestens ab Januar 2005 [12 Monate vor Eingang des Leistungsbegehrens; vgl. E. 3.3 hiervor]) und in welchem Umfang der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Invalidenrente hat.

4.1

4.1.1 Gemäss den aktenkundigen medizinischen Unterlagen leidet der Beschwerdeführer im Wesentlichen an einer posttraumatischen Deformation des linken Ellbogens mit Schmerzen und Funktionseinschränkungen sowie an einer Depression.

In seinem Bericht vom 4. Oktober 2002 zuhanden des spanischen Versicherungsträgers attestierte Dr. med. D._____ dem Beschwerdeführer eine posttraumatische Ellbogenarthrose mit Schmerzen, Funktionseinschränkungen und Kraftverlust nach Ellbogenfraktur links und kam zum Schluss, dass der Beschwerdeführer nur noch Tätigkeiten ohne häufiges Bücken, Heben und Tragen von Lasten verrichten dürfe. Nach den spanischen Rechtsvorschriften bestehe für die zuletzt ausgeübte Tätigkeit als Taxifahrer eine vollständige Invalidität (vgl. Formular E 213, act. 31).

Am 20. Februar 2006 diagnostizierte Dr. med. D._____ nebst dem zuvor gestellten Befund eine aufgrund des Unfalls und der Unfallfolgen (Schmerzen, Unfähigkeit, gescheiterte Arbeitsversuche, etc.) ausgelöste Depression. Der Beschwerdeführer sei emotional labil, unruhig, nicht belastbar und nicht fähig, bei der Arbeit Verantwortung zu übernehmen. Er lebe sozial zurückgezogen und habe Konzentrationschwierigkeiten. Eine leichte Arbeit ohne häufiges Bücken, Heben und Tragen von Lasten sowie mit wechselnder Körperhaltung und im Sitzen könne der Beschwerdeführer regelmässig und vollzeitlich verrichten. Demgegenüber könne die bisherige Tätigkeit als Taxifahrer nicht mehr ausgeübt werden. Diesbezüglich bestehe eine vollständige Invalidität (vgl. Formular E 213, act. 32).

Gestützt darauf kam Dr. med. B._____ des IV-ärztlichen Dienstes in seiner Stellungnahme vom 11. Januar 2007 zum Schluss, dass der Beschwerdeführer in der bisherigen Tätigkeit seit dem 2. Mai 2001 zu 70% arbeitsunfähig sei, während eine angepasste Tätigkeit weiterhin zu 100% ausgeübt werden könne. Gleichzeitig führte er jedoch aus, dass der Beschwerdeführer "mit seiner schweren Verstümmelung des linken Ellbogengelenkes seinen Beruf als Taxifahrer nicht mehr ausüben" könne (act. 35).

Der behandelnde Arzt des Beschwerdeführers, Dr. med. C._____, diagnostizierte in seinem Bericht vom 2. April 2007 eine schwere, chronische Angst und Depression, gemischt, sowie eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung. Der Beschwerdeführer befinde sich seit dem 3. September 2003 bei ihm in regelmässiger Behandlung. Die psychischen Leiden seien auf die persistenten Schmerzen sowie Gefühle der Nutzlosigkeit und der Hoffnungslosigkeit, welche durch die Irreversibilität seiner traumatischen Verletzungen hervorgerufen worden seien, zurückzuführen. Gegenwärtig sei der Beschwerdeführer traurig, beunruhigt, unaufmerksam, apathisch, unkonzentriert und lebensmüde. Er fühle sich unsicher, sei auf andere angewiesen, habe ein geringes Selbstwertgefühl und leide an Schlaflosigkeit. Die Behandlung sei bisher ohne Erfolg geblieben. Der Beschwerdeführer habe beim Depressionstest nach Beck 42 Punkte erreicht, was für eine schwere Depression spreche. Er sei für sämtliche Tätigkeiten bleibend arbeitsunfähig.

In Bezug auf diesen Bericht von Dr. med. C._____ führte Dr. med. B._____ des IV-ärztlichen Dienstes in seiner Stellungnahme vom 9. Juli 2008 aus, dass die Punkte der Depressionstests nach Beck und Rasgo bei einem Rentenbegehren wertlos seien, da es zu leicht sei, immer die entsprechend schlimmsten möglichen Wertungen anzukreuzen. Mindestens ein entsprechender Kommentar wäre in einer seriösen Expertise zu erwarten gewesen. Wenn tatsächlich eine solch schwere Depression vorläge, hätte ein "verantwortungsvoller" Arzt mit einer Hospitalisation reagieren müssen. Demnach könne der Beschwerdeführer trotz der leichten bis mässigen depressiven Störung noch eine leichte Verweisungstätigkeit vollschichtig ausüben (act. 46).

4.1.2 Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, dass er in einem rentenbegründenden Ausmass arbeitsunfähig sei, was aus den medizinischen Unterlagen aus Spanien klar hervorgehe. Die

IVSTA sei der ihr obliegenden "Aufklärungspflicht" nicht nachgekommen. Sie habe seine schweren psychischen und physischen Leiden ignoriert. Zudem könne eine medizinische Bewertung nicht durch eine Ferndiagnose des "hauseigenen medizinischen Dienstes" des schweizerischen Versicherungsträgers durchgeführt werden, da diese immer oberflächlich, parteiisch und widersprüchlich ausfallen würde. Mit einer medizinischen Untersuchung in der Schweiz sei er einverstanden.

4.1.3 Die Vorinstanz entgegnet im Wesentlichen gestützt auf die Stellungnahmen ihres ärztlichen Dienstes, dass keine Invalidität von anspruchsbegründendem Ausmass vorliege.

4.1.4 In Bezug auf die psychischen Leiden des Beschwerdeführers enthält das Formular E 213 vom 20. Februar 2006 auf Seite 7 das "Einlegeblatt für weitere fachmedizinische Untersuchungen" (act. 32). Entsprechend ist davon auszugehen, dass diese Beurteilung durch einen medizinischen Fachmann erfolgte. Unklar bleibt jedoch, ob es sich dabei um einen Psychiater, einen Psychologen oder gar einen anderen Facharzt handelte. Zudem ist auch die Spezialisierung von Dr. med. D._____ nicht ersichtlich. Ferner fällt die Beurteilung der psychischen Leiden ohne Diagnosen sehr summarisch aus. Daher erfüllt das Formular E 213 die von der Rechtssprechung gestellten Anforderungen an ein medizinisches Gutachten nicht (vgl. E. 3.5 hiervor).

4.1.5 Demgegenüber diagnostizierte der behandelnde Arzt des Beschwerdeführers (Spezialarzt für Neurologie und Psychiatrie) eine schwere, chronische "Angst und depressive Störung, gemischt" sowie eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung und kam zum Schluss, dass beim Beschwerdeführer aufgrund des durchgeführten Depressionstest nach Beck eine schwere Depression vorliege (vgl. Bericht von Dr. med. C._____ vom 2. April 2007). Gemäss internationaler Klassifikation psychischer Störungen der WHO wird die Kategorie "Angst und depressive Störung, gemischt" bei gleichzeitigem Bestehen von Angst und Depression verwendet, wenn keine der beiden Störungen eindeutig vorherrscht und keine für sich genommen eine eigenständige Diagnose rechtfertigt. Treten ängstliche und depressive Symptome in so starker Ausprägung auf, dass sie einzelne Diagnosen rechtfertigen, sollen beide Diagnosen gestellt und auf diese Kategorie verzichtet werden (vgl. ICD-10: F41.2). Die gestellte Diagnose "Angst und depressive Störung, gemischt" spricht damit gegen die Annahme einer schweren Depression, zumal eine solche für sich alleine eine

eigenständige Diagnose gerechtfertigt hätte. Ferner steht sie auch im Widerspruch mit der Beurteilung des behandelnden Arztes, dass der Beschwerdeführer für sämtliche Tätigkeiten bleibend arbeitsunfähig sei. Der Bericht von Dr. med. C._____ erweist sich demnach als nicht schlüssig.

Hinzu kommt, dass den Arztberichten auch keine Anhaltspunkte für eine stationäre Behandlung des Beschwerdeführers entnommen werden können.

4.1.6 Im Übrigen erweist sich auch die Beurteilung von Dr. med. B._____, welcher die Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit als Taxifahrer mit 70% beziffert, als nicht schlüssig, zumal die vorliegenden medizinischen Unterlagen übereinstimmend eine Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit von 100% attestieren und Dr. med. B._____ in seiner Stellungnahme selbst ausführt, dass der Beruf als Taxifahrer "nicht mehr ausgeübt" werden könne. Hinzu kommt, dass Dr. med. B._____ kein Psychiater ist und als Mitarbeiter des regionalärztlichen Dienstes seine Beurteilung vorwiegend auf die vorhandenen medizinischen Akten stützt, welche sich nach der vorliegenden Prüfung insbesondere in psychiatrischer Hinsicht als ungenügend erwiesen haben.

4.1.7 Aufgrund der dem Gericht vorliegenden medizinischen Unterlagen lässt sich somit nicht beurteilen, ob, seit wann (frühestens ab Januar 2005) und in welchem Umfang Anspruch auf eine Invalidenrente besteht. Die angefochtene Verfügung ist deshalb aufzuheben und die Sache an die IVSTA zurückzuweisen, damit sie ergänzende medizinische Abklärungen (Durchführung einer psychiatrischen Begutachtung des Beschwerdeführers; medizinisch nachvollziehbar begründete Beurteilung betreffend (Rest-)Arbeitsfähigkeit und massgeblichem Zeitraum) vornehme und anschliessend über den Rentenanspruch neu verfüge. In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen.

5.

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

5.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Eine Rückweisung gilt praxisgemäss als Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (BGE 132 V 215 E. 6), so dass der geleistete Kosten-

vorschuss von Fr. 400.- dem Beschwerdeführer auf ein von ihm anzugebendes Konto zurückzuerstatten ist. Der Vorinstanz werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

5.2 Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer hat gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit 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 Verwaltung. Diese wird unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwands auf Fr. 2'000.- festgelegt.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass die Verfügung vom 5. Juni 2007 aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, damit diese nach erfolgter neuer Abklärung im Sinne der Erwägungen über den Rentenanspruch neu verfügt.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Dem Beschwerdeführer wird der bereits geleistete Verfahrenskostenvorschuss von Fr. 400.- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Die Vorinstanz wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Parteikostenentschädigung von Fr. 2'000.- zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben mit Rückschein; Beilage: Formular Zahladresse)
- die Vorinstanz
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Michael Peterli

Lucie Schafroth

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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: