



---

Abteilung III  
C-180/2009

## Urteil vom 12. Januar 2011

---

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),  
Richter Stefan Mesmer, Richter Michael Peterli,  
Gerichtsschreiberin Susanne Flückiger.

---

Parteien

**A.**\_\_\_\_\_, **Z.**\_\_\_\_\_  
(Frankreich),  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Invalidenversicherung; Verfügung der IVSTA  
vom 21. August 2008.

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

A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Versicherter oder Beschwerdeführer) ist 1951 geboren und französischer sowie italienischer Staatsangehöriger. Er lebt in Frankreich. Ab September 1986 arbeitete er in der Schweiz als Metallbauschlosser und leistete Beiträge an die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (act. IV/2.3). Am 26. April 2007 wurde das Arbeitsverhältnis aus gesundheitlichen Gründen aufgelöst (act. IV/24, S. 1).

Am 19. April 2005 verletzte der Versicherte sich bei der Arbeit an der linken Schulter. Wegen fortgesetzter Beschwerden in der linken Schulter und wieder aufgebrochenen Beschwerden einer operierten Kompressionsfraktur der Lendenwirbelsäule (Spondylodese L5/S1 im Jahr 1992; vgl. act. IV/19.3) war er seither zu 100% arbeitsunfähig geschrieben.

**B.**

**B.a** Am 23. August 2006 beantragte der Versicherte bei der Sozialversicherungsanstalt X.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: SVA) eine Invalidenrente (act. IV/1). Die SVA holte Akten der behandelnden Ärzte sowie ein rheumatologisches Gutachten bei Dr. B.\_\_\_\_\_, Facharzt FMH für Rheumatologie, vom 21. März 2007, ein (act. IV/17).

**B.b** Die SVA sprach dem Versicherten am 7. September 2007 als berufliche Massnahme eine Arbeitsvermittlung zu (act. IV/21). Da sich dieser jedoch nicht in der Lage sah, einer Tätigkeit in der freien Wirtschaft nachzugehen, wurde die Arbeitsvermittlung am 12. Oktober 2007 abgeschlossen (act. IV/25).

**B.c** Mit Vorbescheid vom 6. März 2008 teilte die SVA dem Versicherten mit, gemäss ihrer Abklärung sei ihm noch eine leichte angepasste Tätigkeit im Umfang von 100% zumutbar. Somit ergebe sich ein Invaliditätsgrad von 21%. Da der Invaliditätsgrad unter 40% liege, habe er keinen Anspruch auf eine Invalidenrente, weshalb das Leistungsbegehren abgewiesen werde (act. IV/26).

**B.d** Am 8. April 2008 (Poststempel) teilte der Versicherte der SVA sinngemäss mit, er sei mit dem Vorbescheid nicht einverstanden, da er in seinem Beruf als Metallbauschlosser nicht mehr arbeiten könne und ihm sein ehemaliger Arbeitgeber keine seinem Gesundheitszustand angepasste Tätigkeit anbieten könne. Gleichzeitig reichte er einen Bericht

seines behandelnden Arztes, Dr. C.\_\_\_\_\_, médecine générale, vom 26. März 2008, ein (act. IV/27).

**B.e** Mit Verfügung vom 21. August 2008 wies die IV-Stelle für Versicherte im Ausland IVSTA (Vorinstanz) das Leistungsgesuch ab. Sie stützte sich darin auf die eingeholte Stellungnahme des regionalärztlichen Dienstes vom 29. Juli 2008 und begründete den Entscheid im Wesentlichen damit, es sei unbestritten, dass der Versicherte seine angestammte Tätigkeit nicht mehr ausüben könne. Jedoch ergebe sich in Berücksichtigung einer zumutbaren leichten Verweistätigkeit im Rahmen eines Vollzeitpensums lediglich ein Invaliditätsgrad von 21%, weshalb kein Anspruch auf eine Invalidenrente vorliege. Im Übrigen seien die ihm gewährten beruflichen Massnahmen abgebrochen worden, da er sich subjektiv nicht in der Lage gesehen habe, noch einer Erwerbstätigkeit nachzugehen (act. IV/37.2).

### C.

**C.a** Mit "Beschwerdeschrift" vom 17. Oktober 2008, adressiert an die SVA und unter Beilage eines neuen Arztzeugnisses des behandelnden Arztes vom 8. Oktober 2008, teilte der Versicherte mit, er sei mit dem Entscheid nicht einverstanden. Sein Gesundheitszustand habe sich auch verschlechtert, weshalb er eine nochmalige Untersuchung bei Dr. B.\_\_\_\_\_, (auf eigene Kosten) verlange (act. IV/38.1 = act. 1).

**C.b** Die SVA erkundigte sich am 29. Oktober 2008 bei der Vorinstanz nach dem genauen Versanddatum der Verfügung und einem diesbezüglichen Zustellungsnachweis (act. IV/36).

**C.c** Nachdem sich der Beschwerdeführer gegenüber der SVA nicht mehr hatte vernehmen lassen, leitete diese die Beschwerde am 16. Dezember 2008 mit dem Hinweis, sie sei verspätet eingereicht worden, an die Vorinstanz weiter, welche ihrerseits die Beschwerde zuständigkeitshalber ans Bundesverwaltungsgericht weiterleitete. Dieses nahm die Eingabe vom 17. Oktober 2008 (Poststempel) am 12. Januar 2009 (Posteingang) als Beschwerde entgegen (act. 1 – 3).

**C.d** Mit Eingabe vom 23. März 2009 teilte die Vorinstanz dem Bundesverwaltungsgericht mit, sie sei nicht in der Lage, eine Stellungnahme zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde einzureichen (act. 5).

In ihrer Vernehmlassung vom 10. Juli 2009 beantragte die Vorinstanz nach Einholung einer Stellungnahme der SVA vom 7. Juli 2009, die Beschwerde sei abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen;

wobei die SVA beantragt hatte, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, da die Beschwerde verspätet eingereicht worden sei (act. 7).

**C.e** Replikweise hielt der Beschwerdeführer unter Beilage medizinischer Akten daran fest, aufgrund seiner Behinderung des Rückens und der Schulter nicht mehr arbeiten zu können und bat darum, ihm die weitere Korrespondenz in Französisch zuzustellen (act. 11).

Am 26. August 2009 wurde dem Konto des Bundesverwaltungsgerichts ein Kostenvorschuss von Fr. 288.-- gutgeschrieben. In der Folge leistete der Beschwerdeführer den aussehenden Betrag von Fr. 12.-- (act. 10, 14).

**C.f** Mit Duplik vom 1. Oktober 2009 hielt die Vorinstanz gestützt auf die Stellungnahme der SVA vom 22. September 2009 an ihren Anträgen fest (act. 16).

**C.g** Der Beschwerdeführer liess sich nicht mehr vernehmen, weshalb das Bundesverwaltungsgericht den Schriftenwechsel am 23. November 2009 abschloss (act. 19).

#### **D.**

Auf weitere Vorbringen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, im Rahmen der 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) sowie Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen der IV-Stelle für Versicherte im Ausland. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor.

**1.2.** Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen; er ist durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Anfechtung (Art. 59 des Bundesgesetzes über den allgemeinen Teil des

Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 [ATSG, SR 830.1]; entsprechend: Art. 48 Abs. 1 VwVG). Er ist daher zur Beschwerde legitimiert.

### **1.3.**

**1.3.1.** Gemäss Art. 60 ATSG ist die Beschwerde innerhalb von 30 Tagen nach der Eröffnung der Verfügung, gegen welche – wie vorliegend – die Einsprache ausgeschlossen ist, einzureichen. Gelangt die Partei rechtzeitig an einen unzuständigen Versicherungsträger, so gilt die Frist als gewahrt. Alle Stellen, die mit der Durchführung der Sozialversicherung betraut sind, haben versehentlich an sie gelangte Eingaben entgegenzunehmen. Sie halten das Datum der Einreichung fest und leiten die entsprechenden Unterlagen an die zuständige Stelle weiter (Art. 39 Abs. 2 und Art. 30 ATSG).

Die Behörde trägt die Beweislast, dass und wann die Zustellung erfolgte (VPB 1997 61.66 E. 3a; vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 341).

**1.3.2.** Gemäss handschriftlichem Eintrag auf der von der Vorinstanz eingereichten Verfügungskopie datiert die angefochtene Verfügung vom 21. August 2008 (act. 2.3). Die Beschwerde wurde am 17. Oktober 2008 der französischen Post übergeben. In Berücksichtigung des üblichen Postlaufs von der Schweiz nach Frankreich und der siebentägigen Zustellungsfiktion gemäss Art. 20 Abs. 2<sup>bis</sup> VwVG hätte die Beschwerde in Beachtung der Frist von 30 Tagen demnach Ende September 2008/Anfang Oktober 2008 verschickt werden müssen. Indessen konnte die Vorinstanz – trotz Aufforderung durch die SVA und durch das Bundesverwaltungsgericht (vgl. act. IV/36 und Beschwerdeakte 4) – weder nachweisen, wann die Verfügung verschickt wurde, noch wann sie dem Beschwerdeführer zugestellt wurde (act. 5). Es besteht somit zwar eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer die Verfügung nicht innert der gesetzlichen Frist angefochten hat, indessen liegt die Beweislast bei der Vorinstanz, welche ihrer Beweispflicht nicht nachgekommen ist. Unter diesen Umständen ist die Beschwerde zu Gunsten des Beschwerdeführers als rechtzeitig zu betrachten.

**1.4.** Da die Beschwerde im Übrigen formgerecht eingereicht (Art. 52 VwVG) und der Kostenvorschuss innert der auferlegten Frist gemäss Art. 63 Abs. 4 VwVG geleistet wurde, ist darauf einzutreten.

**2.**

Nach Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt.

**2.1.** Indes findet das Verwaltungsverfahrensgesetz aufgrund von Art. 3 Bst. d<sup>bis</sup> VwVG keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) anwendbar ist. Nach 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.

**2.2.** Gemäss Art. 40 Abs. 2 IVV ist bei Grenzgängern die IV-Stelle, in deren Tätigkeitsgebiet diese eine Erwerbstätigkeit ausüben, zur Entgegennahme und Prüfung der Anmeldungen zuständig. Die Verfügungen werden von der IVSTA erlassen.

Da der Beschwerdeführer bei Eintritt des geltend gemachten Gesundheitsschadens als Grenzgänger im Tätigkeitsgebiet der SVA gearbeitet hat, war diese für die Entgegennahme und Prüfung der Anmeldung zuständig und wurde die angefochtene Verfügung vom 21. August 2008 zu Recht von der IVSTA erlassen.

**2.3.**

**2.3.1.** Der Beschwerdeführer ist französischer und italienischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Frankreich, so dass vorliegend 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 (nachfolgend: FZA, SR 0.142.112.681), insbesondere dessen Anhang II betreffend die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, anzuwenden ist (Art. 80a IVG).

**2.3.2.** Nach Art. 3 Abs. 1 der 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), haben die in den persönlichen Anwendungsbereich der Verordnung fallenden, in einem Mitgliedstaat wohnenden Personen aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

**2.3.3.** Soweit das FZA bzw. die auf dieser Grundlage anwendbaren gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakte keine abweichenden Bestimmungen vorsehen, richtet sich die Ausgestaltung des Verfahrens sowie die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen einer schweizerischen Invalidenrente grundsätzlich nach der innerstaatlichen Rechtsordnung (BGE 130 V 257 E. 2.4). Allerdings werden die von den Trägern der anderen Staaten erhaltenen ärztlichen Unterlagen und Berichte gemäss Art. 40 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (SR 0.831.109.268.11; vgl. auch Art. 51 der Verordnung 574/72) berücksichtigt. Gemäss Art. 40 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1408/71 ist die vom Träger eines Mitgliedstaates 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, was für das Verhältnis zwischen Frankreich bzw. Italien und der Schweiz (ebenso wie für das Verhältnis zwischen den übrigen EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz) nicht der Fall ist.

**2.3.4.** Demnach bestimmt sich vorliegend der Anspruch des Beschwerdeführers auf Leistungen der schweizerischen Invalidenversicherung ausschliesslich nach dem innerstaatlichen schweizerischen Recht, insbesondere nach dem IVG sowie der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV, SR 831.210).

**2.4.** Weil in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben, und weil ferner die Gerichte im Bereich der Sozialversicherung bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den im Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Verwaltungsaktes, hier der Verfügung vom 21. August 2008, eingetretenen Sachverhalt abstellen (BGE 130 V 329, BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweisen), werden im Folgenden die ab 1. Januar 2008 anwendbaren Bestimmungen des ATSG, des IVG (5. IVG-Revision, in Kraft seit 1. Januar 2008, AS 2007 5129) und der IVV zitiert. 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*, vgl. BGE 130 V 445 E. 1).

### **3.**

**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 rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit des Entscheids rügen (Art. 49 VwVG).

**3.2.** Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach hat das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht unbeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 193 E. 2, BGE 122 V 157 E. 1a, je mit weiteren Hinweisen).

**3.2.1.** Im Sozialversicherungsprozess hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosser Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Das Gericht hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (BGE 126 V 353 E. 5b, 125 V 193 E. 2, je mit Hinweisen).

**3.2.2.** Führen die von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen die Verwaltung oder das Gericht bei pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung, ein bestimmter Sachverhalt sei als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten und es könnten weitere Beweismassnahmen an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern, so ist auf die Abnahme weiterer Beweise zu verzichten (antizipierte Beweiswürdigung; UELI KIESER, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, Zürich 1999, S. 212, Rz 450; vgl. auch BGE 122 V 157 E. 1d, 122 II 464 E. 4a, 120 Ib 224 E. 2b).

**3.3.** Replikweise beantragte Beschwerdeführer sinngemäss, das weitere Verfahren sei in Französisch zu führen.

**3.3.1.** Das Verfahren wird in einer der vier Amtssprachen geführt, in der Regel in der Sprache, in der die Parteien ihre Begehren gestellt haben oder stellen würden. Im Beschwerdeverfahren ist die Sprache des angefochtenen Entscheids massgebend. Verwenden die Parteien eine

andere Amtssprache, so kann das Verfahren in dieser Sprache geführt werden (Art. 33a Abs. 1 und 2 VwVG).

**3.3.2.** Vorliegend wurde das IV-Verfahren in der Amtssprache der zuständigen SVA, in Deutsch, geführt. Dementsprechend waren der Vorbescheid vom 6. März 2008 und die Verfügung vom 21. August 2008 in Deutsch verfasst, wobei während des Verfahrens dem Beschwerdeführer oder seinen Ärzten in Frankreich teilweise französische Formulare zugestellt wurden. Der Beschwerdeführer hat seinen Einwand im Vorbescheidverfahren vom 4. April 2008 und seine Beschwerde vom 17. Oktober 2008 ebenfalls in Deutsch eingereicht. Da der Beschwerdeführer zudem während fast zwanzig Jahren in der Deutschschweiz arbeitete, ist davon auszugehen, dass er mit dieser Sprache – neben Französisch und Italienisch – vertraut ist (vgl. auch IV/17 S. 6). Es besteht deshalb kein Anlass, das weitere Verfahren in Französisch zu führen.

#### **4.**

Im vorliegenden Verfahren ist in der Hauptsache streitig und vom Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob die IV-Stelle dem Beschwerdeführer zu Recht keine Invalidenrente zugesprochen hat.

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

**4.1.** Anspruch auf eine Rente der schweizerischen Invalidenversicherung hat, wer invalid im Sinn des Gesetzes ist (Art. 7, 8, 16 ATSG; Art. 4, 28, 29 aIVG, Art. 4, 28, 28a, 29 IVG) und beim Versicherungsfall mindestens während eines vollen Jahres (Art. 36 Abs. 1 aIVG) bzw. während drei Jahren (Art. 36 Abs. 1 IVG) Beiträge an die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung geleistet hat. Diese zwei Bedingungen müssen kumulativ erfüllt sein.

Der Beschwerdeführer hat während zwanzig Jahren Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung entrichtet (act. IV/2.3, 4.2 f.). Damit erfüllt er die gesetzliche Mindestbeitragsdauer. Zu prüfen bleibt nachfolgend, ob und wenn ja, in welchem Grad er im Sinne des Gesetzes in rentenbegründendem Ausmass invalid geworden ist.

**4.2.** Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG). Der Zeitpunkt des Eintritts der Invalidität beurteilt sich nach Art. 29 Abs. 1 aIVG. Der Rentenanspruch entsteht frühestens in dem Zeitpunkt, in dem

der Versicherte mindestens zu 40% bleibend erwerbsunfähig geworden ist (Bst. a: Dauerinvalidität, Art. 7 ATSG) oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40% arbeitsunfähig war (Bst. b: langdauernde Krankheit, Art. 6 ATSG, vgl. BGE 121 V 264 E. 6).

**4.2.1.** Die seit dem 1. Januar 2004 massgeblichen Rentenabstufungen geben bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40 Prozent Anspruch auf eine Viertelsrente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50 Prozent Anspruch auf eine halbe Rente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 60 Prozent Anspruch auf eine Dreiviertelsrente und bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 70 Prozent Anspruch auf eine ganze Rente (Art. 28 Abs. 1 aIVG, Art. 28 Abs. 2 IVG).

**4.2.2.** 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).

**4.3.** 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 dabei, 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 Person noch zugemutet werden können (BGE 125 V 256 E. 4 mit Hinweisen). Es sind demnach nicht nur die Erwerbsmöglichkeiten im angestammten Beruf, sondern auch in zumutbaren Verweisungstätigkeiten zu prüfen. Die – arbeitsmedizinische – Aufgabe der Ärzte und Ärztinnen besteht darin, sich dazu zu äussern, inwiefern die versicherte Person in ihren körperlichen oder geistigen Funktionen leidensbedingt eingeschränkt ist (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts I 457/04 vom 26. Oktober 2004, in: SVR 2006 IV Nr. 10, E. 4.1 mit Verweis auf BGE 107 V 17 E. 2b).

**4.4.** 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, BGE 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 sogenannte Verweisungstätigkeit hat sich der Versicherte anrechnen zu lassen (leidensangepasste Verweisungstätigkeit; ZAK 1986 S. 204 f.).

**4.5.** Das Bundesrecht schreibt nicht vor, wie die einzelnen Beweismittel zu würdigen sind. Für das gesamte Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Danach haben Versicherungsträger und Sozialversicherungsgerichte die Beweise frei, das heisst ohne förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen.

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 Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen der Expertinnen und Experten begründet sind. Ausschlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Herkunft des Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder als Gutachten (vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts vom 26. Januar 2006 [I 268/2005] E. 1.2, mit Hinweis auf BGE 125 V 352 E. 3a). In Bezug auf Berichte von Hausärzten darf und soll der Richter der Erfahrungstatsache Rechnung tragen, dass Hausärzte mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen. Den Berichten und Gutachten versicherungsinterner Ärzte kommt schliesslich Beweiswert zu, sofern sie schlüssig erscheinen, nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei sind und keine konkreten Indizien gegen ihre Zuverlässigkeit bestehen. Die Tatsache allein, dass der befragte Arzt in einem Anstellungsverhältnis zum Versicherungsträger steht, lässt nicht schon auf mangelnde Objektivität und auf Befangenheit schliessen. Es bedarf vielmehr besonderer Umstände, welche das Misstrauen in die Unparteilichkeit der Beurteilung objektiv als begründet erscheinen lassen (vgl. BGE 125 V 351 E. 3a und 3b, 122 V 160 E. 1c, 123 V 178 E. 3.4 sowie UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009, Art. 43 Rz. 35).

## **5.**

Der Beschwerdeführer beantragt die Zusprache einer Invalidenrente und

macht einen verschlechterten Gesundheitszustand geltend. Er stützt sich dabei vorwiegend auf die Beurteilungen seines behandelnden Hausarztes Dr. C.\_\_\_\_\_, Médecine Générale, vom 26. März 2008, vom 8. Oktober 2008 (act. IV/27.3 f., 32.2) sowie auf Akten vom Juni und August 2009 (Verordnung für Massage und Rückenschule, Verordnung eines nichtstereoiden Antiphlogistikums [entzündungshemmendes Schmerzmittel] sowie auf ein undatiertes Röntgenbild der unteren Lendenwirbelsäule; Beschwerdeakte 11.1-3, 5).

In den Akten finden sich weiter das Gutachten von Dr. B.\_\_\_\_\_, Facharzt FMH für Rheumatologie, vom 21. März 2007 (act. IV/17), sowie das für die Taggeldversicherung erstellte Gutachten von Dr. D.\_\_\_\_\_, Facharzt für Innere Medizin FMH, vom 31. Oktober 2005 (act. IV/19.2 ff.). Zudem hat Dr. E.\_\_\_\_\_, Facharzt für Innere Medizin und Hämatologie, vom RAD zu Handen der SVA Stellung genommen (vgl. act. IV/18, 28). Ausserdem enthalten die Akten einen handschriftlich ausgefüllten Rapport médical détaillé (E 213) vom 4. Dezember 2006, erstellt vom behandelnden Hausarzt (act. IV/8) sowie weitere orthopädische und radiologische Akten (act. IV/3.5, 10, 17.12-14).

## **5.1.**

**5.1.1.** Dr. B.\_\_\_\_\_ stützte sein Gutachten auf die eingeholten Vorakten und die persönliche Untersuchung des Beschwerdeführers. Er stellte als Diagnose mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit ein chronisches Lumbovertebralsyndrom mit/bei Status nach Spondylodese L5/S1 mit Metall in situ (ohne Lockerungszeichen), Exazerbation der Beschwerden 2005, vorher beschwerdefrei, fest. Als weitere Diagnosen ohne Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit führte er die angegebenen Schulterschmerzen links mit/bei im MRI nachgewiesenem Lipom lateral im Deltoideusbereich, ohne Hinweise auf Rotatorenmanschettenruptur, sowie eine Bewegungseinschränkung der rechten Hüfte ohne Schmerzsymptomatik und eine unklare Episode mit Verwirrtheit und Amnesie am 13. Februar 2007 an.

Der Gutachter stellte in seiner Beurteilung fest, es sei erstaunlich, dass der Beschwerdeführer nach seiner Rückenoperation überhaupt wieder als Metallbauschlosser habe arbeiten können, da es sich um eine schwere Arbeit handle. Was die Schulterproblematik betreffe, hätten die MRI-Abklärung und auch ein Arthro-CT keine Rotatorenmanschettenruptur ergeben. Eine Ursache der Schulterbeschwerden könne heute nicht genannt werden. Es finde sich aktiv eine schmerzbedingte Bewegungseinschränkung, die passive Schulterbeweglichkeit sei frei. Es fänden sich keine Anhaltspunkte für ein radikuläres Geschehen, die Sensibilität und die Reflexe seien seitengleich normal.

Die Einschränkung der Arbeitsfähigkeit komme wegen der Rückenproblematik zustande, der Beschwerdeführer könne keine schwer rückenbelastende Tätigkeit mehr ausüben, weshalb er als Metallbauschlosser vollständig arbeitsunfähig sei. In einer zumutbaren Verweistätigkeit sei es dem Exploranden nicht möglich zu heben, zu stossen oder zu ziehen (über 10 kg) und dauernd vorübergebeugt bzw. in Zwangsstellungen zu arbeiten. Ebenfalls könne er sich nicht dauernd rezidivierend bücken. Unter Berücksichtigung dieser Einschränkungen sei indes ein ganztätiges Arbeitspensum zumutbar. Wegen der Schulterproblematik sei die Arbeitsfähigkeit nicht eingeschränkt.

**5.1.2.** Aus dem im Auftrag der Taggeldversicherung in Auftrag gegebenen Gutachten von Dr. D.\_\_\_\_\_ vom 31. Oktober 2005 (act. IV/19) ergeben sich keine dem ausführlichen Gutachten von Dr. B.\_\_\_\_\_ widersprechenden Hinweise. Auch Dr. D.\_\_\_\_\_ stellte fest, dass die bisherige Tätigkeit dem Beschwerdeführer nicht mehr zumutbar sei, indessen sei anzunehmen, dass eine leichtere angepasste Arbeit durch Physiotherapie und Medikamente mit der Zeit wieder möglich werde. Es könnte aber jetzt (sechs Monate nach dem Verhebetrauma) noch nicht gesagt werden, wann dies der Fall sei.

**5.1.3.** Der behandelnde Hausarzt Dr. C.\_\_\_\_\_ stellte am 26. März 2008 (act. IV/27.3) zu Handen der SVA sinngemäss fest, der Gesundheitszustand des Versicherten lasse keine (Verweis-)Tätigkeit zu, da er nur 500 Meter gehen und nur 20 bis 30 Minuten in einem Auto fahren könne. Er stehe unter entzündungshemmenden Medikamenten und Schmerzmitteln der Klasse 2. Der Arzt liess beantragen, ein zweites Gutachten erstellen zu lassen. Im Attest vom 8. Oktober 2008 hielt er an seiner Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit fest und gab an, das Gutachten von Dr. B.\_\_\_\_\_ sei nicht mehr aktuell, weshalb es zu überprüfen sei (act. IV/32.2 = act. 1.1). Am 24. August 2009 bescheinigte er schliesslich sinngemäss, der Gesundheitszustand des Patienten sei nicht mehr zu ändern, weshalb er definitiv für alle Tätigkeiten zu 100% arbeitsunfähig sei.

**5.2.** Die SVA stellte in ihrer Vernehmlassung (act. 7.1) fest, es sei vollumfänglich auf das fachärztliche Gutachten von Dr. B.\_\_\_\_\_ und die darauf gestützte Einschätzung des RAD vom 29. Juli 2008 (act. IV/28) abzustellen. Das Gutachten sei für die streitigen Belange umfassend und beruhe auf den notwendigen Untersuchungen, berücksichtige die geklagten Beschwerden und sei in Kenntnis der Vorakten abgegeben worden, es leuchte in der Beurteilung der medizinischen Situation ein und die Schlussfolgerungen seien begründet. Es sei schlüssig dargelegt worden, dass der Beschwerdeführer aus medizinischer Sicht noch in der

Lage sei, einer angepassten Tätigkeit zu 100% nachzugehen. Bei den Attesten von Dr. C.\_\_\_\_\_ handle es sich um die Beurteilungen des behandelnden Hausarztes, weshalb die auftragsrechtliche Vertrauensstellung zum Patienten zu berücksichtigen sei. Dass dieser bezüglich der Arbeitsfähigkeit eine andere Auffassung als der Gutachter vertrete, vermöge an der Stichhaltigkeit des Gutachtens nichts zu ändern. Deshalb bestehe für die SVA keine Veranlassung, von dessen Ergebnissen abzuweichen. Ausserdem sei die von Dr. C.\_\_\_\_\_ beurteilte Arbeitsunfähigkeit von 100% in keiner Weise begründet. Ebensowenig werde die behauptete Verschlechterung begründet. Im Übrigen seien die gesundheitlichen Verhältnisse zu berücksichtigen, welche im Zeitpunkt des Verfügungserlasses (21. August 2008) bestanden hätten.

**5.3.** Der Beurteilung der SVA ist vollumfänglich zuzustimmen. Das Gutachten von Dr. B.\_\_\_\_\_ vom 21. März 2007 entspricht, wie die SVA zu Recht ausführt, den gesetzlichen Voraussetzungen (oben E. 4.5). Demgegenüber haben die vom Beschwerdeführer ins Recht gelegten, kaum lesbaren Atteste keinen Beweiswert, da sie weder auf nachvollziehbaren Untersuchungen beruhen noch ansatzweise begründet sind. Im Übrigen stammen sie vom behandelnden Hausarzt, der nicht über eine fachärztliche Ausbildung verfügt, und ist ausserdem die Erfahrungstatsache zu berücksichtigen, dass Hausärzte aufgrund ihres Vertrauensverhältnis zu ihren Patienten im Zweifelsfall eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen. Unter diesen Umständen sind auch keine fassbaren Hinweise für eine vom Beschwerdeführer geltend gemachte Gesundheitsverschlechterung ersichtlich, wobei, wie die SVA zu Recht ausgeführt hat, der Gesundheitszustand im vorliegenden Verfahren ohnehin im Zeitpunkt der Verfügung vom 21. August 2008 zu beurteilen ist (siehe oben E. 2.4) und der Beschwerdeführer seit dem Gutachten vom 21. März 2007 keine Verschlechterung des Gesundheitszustandes nachweist und eine solche auch nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit aus den Akten hervorgeht.

**5.4.** Bei dieser Sachlage besteht auch kein Anlass, weitere Abklärungen vorzunehmen, weshalb der sinngemäss gestellte Antrag auf Einholung eines zweiten Gutachtens bei Dr. B.\_\_\_\_\_ in antizipierter Beweiswürdigung (vgl. E. 3.2.2) abzuweisen ist.

**5.5.** Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob die SVA aufgrund des von ihr vorgenommenen Einkommensvergleichs zu Recht auf einen

Invaliditätsgrad von 21% geschlossen hat, der keinen Anspruch auf eine Invalidenrente gibt.

**5.5.1.** Für die Bestimmung des Invalideneinkommens ist primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher die versicherte Person konkret steht. Ist kein solches tatsächlich erzielttes Erwerbseinkommen gegeben, namentlich weil die versicherte Person nach Eintritt des Gesundheitsschadens keine oder jedenfalls keine ihr an sich zumutbare neue Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, so sind nach der Rechtsprechung grundsätzlich die gesamtschweizerischen Tabellenlöhne gemäss den vom Bundesamt für Statistik (nachfolgend: BFS) periodisch herausgegebenen Lohnstrukturhebungen heranzuziehen (vgl. das Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts U 75/03 vom 12. Oktober 2006 mit weiteren Hinweisen). Zu berücksichtigen ist dabei, dass sich die für die Invaliditätsbemessung massgebenden Vergleichseinkommen eines im Ausland wohnenden Versicherten auf den gleichen Arbeitsmarkt beziehen müssen, weil es die Unterschiede in den Lohnniveaus und den Lebenshaltungskosten zwischen den Ländern nicht gestatten, einen objektiven Vergleich der in Frage stehenden Einkommen vorzunehmen (BGE 110 V 273 E. 4b, Urteil des Bundesgerichts I 817/05 vom 5. Februar 2007 E. 8.1, Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts U 262/02 vom 8. April 2003 E. 4.4).

**5.5.2.** Bei der Festsetzung des Valideneinkommens ist vom letzten, vollständig geleisteten Jahreseinkommen 2004 von Fr. 66'300.-- bzw. Fr. 5'525.-- pro Monat (vgl. act. IV/4.2) auszugehen, welches gemäss dem jeweiligen Index der Nominallöhne der Männer von 1975 im Jahr 2004 auf den Index von 2092 im Jahr 2008 (Basis: 1939 = 100, vgl. BFS, Entwicklung der Nominallöhne, der Konsumentenpreise und der Reallöhne 1976 – 2009) zu indexieren ist, was für das Jahr 2008 ein monatliches Einkommen von Fr. 5'852.30 ergibt.

Der Berechnung des Invalideneinkommens sind für den Beschwerdeführer aufgrund seiner Behinderung noch leichte Tätigkeiten ohne Heben, Stossen oder Ziehen über 10 kg, ohne dauernd vorübergebeugte Arbeiten und dauernde Zwangsstellungen und ohne dauerndes rezidivierendes Bücken im Umfang von 100% eines Vollzeitpensums zu Grunde zu legen. Beim hier angelernten Maschinenschlosser sind wegen fehlender anderweitiger Ausbildung und Praxis einfache und repetitive Tätigkeiten im Bereich von öffentlichen und privaten Dienstleistungen, Handel und Reparatur, je Tabellenlöhne des Jahres 2008 des BFS gemäss Anforderungsniveau 4 (einfache und repetitive Tätigkeiten; Monatlicher Bruttolohn [Zentralwert] nach Wirtschaftszweigen, des Arbeitsplatzes und Geschlecht, Privater Sektor; vgl. BGE 126 V

75 E. 3b/bb) zu berücksichtigen. In Anwendung der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (vgl. Urteil I 655/02 vom 16. Juli 2003) kann vom Durchschnitt dieser Werte ausgegangen werden.

Die Frage, ob und in welchem Ausmass Tabellenlöhne *herabzusetzen* sind, hängt von sämtlichen persönlichen und beruflichen Umständen des konkreten Einzelfalles ab (leidensbedingte Einschränkung, Alter, Dienstjahre, Nationalität/Aufenthaltskategorie und Beschäftigungsgrad), welche nach pflichtgemäßem Ermessen gesamthaft zu schätzen sind. Dabei erlaubt ein Abzug vom statistischen Lohn von insgesamt höchstens 25%, den verschiedenen Merkmalen, die das Erwerbseinkommen zu beeinflussen vermögen, Rechnung zu tragen. Bei der Überprüfung des gesamthaft vorzunehmenden Abzuges, der eine Schätzung darstellt und von der Verwaltung kurz zu begründen ist, darf das Sozialversicherungsgericht sein Ermessen nicht ohne triftigen Grund an die Stelle desjenigen der Verwaltung setzen (BGE 126 V 75).

Die Vorinstanz hat unter Berücksichtigung einer invaliditätsrelevanten Beeinträchtigung des Beschwerdeführers einen Leidensabzug von 10% vorgenommen. Dieser Abzug ist – unter Berücksichtigung dessen, dass der Versicherte zusätzlich zur körperlichen Einschränkung seit Mai 2005 nicht mehr gearbeitet hat, während vielen Jahren seinen Beruf ausgeübt hat, aber ursprünglich nur angelernt wurde und im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung 57 Jahre alt war, zu knapp angesetzt worden. Es ist jedoch vorliegend nicht in das Ermessen der Vorinstanz einzugreifen, da kein eigentlicher Ermessensmissbrauch festzustellen ist und sich auch bei einem leidensbedingten Abzug von 15% bzw. 20% kein IV-Grad von mindestens 40% ergeben würde (s. unten).

Indexiert auf das Jahr 2008 (Verfügung vom 21. August 2008) und unter Berücksichtigung der dem Beschwerdeführer zumutbaren Lohnkategorien wird das Invalideneinkommen wie folgt berechnet: Tabellenlöhne 2008, Männer, Kategorie 4 (einfache und repetitive Tätigkeiten): Grosshandel, Handelsvermittlung: Fr. 4'851.--; Detailhandel und Reparatur: Fr. 4'436.--, Dienstleistungen für Unternehmen: Fr. 4'591.--; sonstige öffentliche und persönliche Dienstleistungen: Fr. 4'291.--; Durchschnittswert: 4'542.25. Diese Tabellenlöhne beziehen sich auf eine 40-Stundenwoche. Die durchschnittliche Wochenarbeitszeit für die oben berücksichtigten Tätigkeiten betrug im Jahr 2008 41.8 Std./Wo., was vorliegend einen Durchschnittslohn von Fr. 4'746.65 ergibt. Abzüglich des Leidensabzugs von 10% beträgt das Invalideneinkommen für ein ganzes Pensum im Jahr 2008 Fr. 4'271.99 (4'746.65 – 10%). In Anwendung dieser Werte ergibt sich ein Invaliditätsgrad von gerundet 27% ( $\frac{5'852.30 - 4'271.99}{5'852.30} \times 100 = 27.00\%$ ). Unter Berücksichtigung eines Leidensabzugs von 15% ergäbe sich im Übrigen ein IV-Grad von gerundet 31% ( $4'746.65 - 15\% = 4'034.65$  bzw.  $\frac{5'852.30 - 4'034.65}{5'852.30} \times 100 = 31.06\%$ ) und bei einem Leidensabzug von 20% ein IV-Grad von gerundet 35% ( $4'746.65 - 20\% = 3'796.80$  bzw.  $\frac{5'852.30 - 3'796.80}{5'852.30} \times 100 = 35.12\%$ ).

**5.6.** Da kein Invaliditätsgrad von mindestens 40% besteht, hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine Invalidenrente. Die

Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist deshalb vollumfänglich abzuweisen.

**6.**

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

**6.1.** Die Verfahrenskosten werden unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache im vorliegenden Verfahren auf Fr. 300.-- festgesetzt (Art. 63 Abs. 4bis VwVG sowie Art. 1, 2 und 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Sie sind von der unterliegenden Partei zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und mit dem am 26. August und 9. September 2009 geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

**6.2.** Weder der unterliegende Beschwerdeführer noch die obsiegende Vorinstanz haben Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario und Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 300.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 300.-- verrechnet.

**3.**

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben mit Rückschein)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Beat Weber

Susanne Flückiger

**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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: