

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administratif federal



Abteilung III
C-275/2008
{T 0/2}

Urteil vom 20. Oktober 2009

Besetzung

Richter Frank Seethaler (Vorsitz), Richter Beat Weber,
Richter Bernard Maitre; Gerichtsschreiberin Karin
Behnke

Parteien

X. _____,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Invalidenrente.

Sachverhalt:**A.**

Der 1948 geborene, verheiratete kroatische Staatsangehörige X._____ (im Folgenden: Beschwerdeführer), der in den Jahren 1971 bis 1978 als Saisonnier in der Schweiz gearbeitet und dabei die obligatorischen Beiträge an die Schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV) entrichtet hatte, meldete sich am 25. September 1995 wegen Ulkus, chronischer Pankreatitis und Bronchitis beim heimatlichen Versicherungsträger (Republički Fond Mirovinskog I Invalidskog Osiguranja Radnika Hrvatske in Zagreb, nachfolgend: RFMIO oder kroatischer Versicherungsträger) zum Bezug einer schweizerischen Invalidenrente an (IV-Akt. 3). Mit Bescheid vom 18. Dezember 1995 wurde dem Beschwerdeführer in Gutheissung seines Antrages auf eine kroatische Rente vom RFMIO ab 16. Oktober 1995 eine Rente in der Höhe von 373,87 Kn (Kroatische Kuna) monatlich zugesprochen (IV-Akt. 47). Das zwischenstaatliche Verfahren wurde am 16. Dezember 1996 bei der Schweizerischen Ausgleichskasse in Genf eröffnet (IV-Akt. 4). Die für die Prüfung des Leistungsgesuchs zuständige IV-Stelle für Versicherte im Ausland, IVSTA (im Folgenden: Vorinstanz) wies das Begehren mit Verfügung vom 7. Januar 1998 ab (nicht aktenkundig), welche mit Urteil vom 24. Februar 2000 von der Eidgenössischen Rekurskommission der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung für die im Ausland wohnenden Personen bestätigt wurde (IV-Akt. 11).

Am 9. März 2005 meldete sich X._____ erneut beim kroatischen Versicherungsträger zum Bezug einer schweizerischen Rente an (IV-Akt. 13), welcher das Gesuch am 22. September 2005 an die Schweizerische Ausgleichskasse weiterleitete (IV-Akt. 14). Die Vorinstanz forderte den Versicherten am 11. April 2006 auf, ihr den Fragebogen für den Versicherten und alle sich in seinem Besitz befindenden Unterlagen zuzustellen (IV-Akt. 16). Am 19. September 2006 forderte die Vorinstanz den kroatischen Versicherungsträger auf, eine neue Untersuchung zu veranlassen (IV-Akt. 56). Gestützt auf die neuen Unterlagen (Bericht von Dr. med. R._____ vom 22. April 2005, IV-Akt. 67, 68; Bericht von Dr. med. S._____ vom 9. Mai 2005, IV-Akt. 65, 66; Bericht von Dr. T._____ vom 20. Februar 2007, IV-Akt. 60, 63, 64; Bericht der Klinik für Urologie, Zagreb, IV-Akt. 49, 50) legte die Vorinstanz das Dossier dem RAD Rhone, Dr. med. U._____, FMH Allgemeine Medizin, zur Beurteilung vor. Dieser kam zum Schluss, dass der Be-

schwerdeführer seit März 2005 in der angestammten Tätigkeit als Kellner zu 100 % und in einer angepassten Tätigkeit zu 50 % arbeitsunfähig sei (IV-Akt. 70). Mit Vorbescheid vom 10. August 2007 stellte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die Ausrichtung einer Dreiviertelsrente ab 1. März 2006 in Aussicht (IV-Akt. 73), wogegen der Beschwerdeführer am 15. September und 3. Oktober 2007 den Einwand erhob, er habe bereits ab 9. März 2005 Anspruch auf eine – ganze – Rente (IV-Akt. 75, 79). Mit Verfügung vom 18. Dezember 2007 sprach die Vorinstanz dem Beschwerdeführer ab 1. März 2006 eine ordentliche Dreiviertelsrente zu (IV-act. 84).

B.

Am 7. Januar 2008 erhob der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragte die Ausrichtung einer höheren – ganzen – Rente bereits ab dem Datum der zweiten Antragsstellung, d.h. ab 9. März 2005. Ferner beantragte er auch einen Zuschuss für seinen 1970 geborenen, behinderten Sohn.

C.

Mit Zwischenverfügung vom 21. Januar 2008 wurde der Beschwerdeführer zur Leistung eines Kostenvorschusses innerhalb von zwei Wochen ab Erhalt der Verfügung aufgefordert. Dagegen erhob der Beschwerdeführer am 28. Januar 2008 beim Bundesgericht in Luzern "Beschwerde", welches die Eingabe am 6. Februar 2008 dem Bundesverwaltungsgericht zur eventuellen Weiterbehandlung als Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege weiterleitete.

D.

Mit Verfügung vom 8. Februar 2008 wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, das Formular "Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege" auszufüllen und mit den notwendigen Beweismitteln versehen zuzustellen.

E.

Am 5. März 2008 stellte der Beschwerdeführer das ausgefüllte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu.

F.

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 9. April 2008 die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde.

G.

Replicando (10. Mai 2008) und duplicando (30. Mai 2008) hielten die Parteien je an ihren Anträgen fest. Mit Triplik vom 25. Juli 2008 hielt der Beschwerdeführer an seiner Beschwerde fest, während die Vorinstanz in ihrer Quadruplik vom 5. August 2008 an ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde festhielt.

H.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit für die Entscheidungsfindung 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 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^{bis} 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^{bis} IVG und 28-70 IVG) anwendbar, soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

1.3 Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, so dass er im Sinne von Art. 59 ATSG beschwerdelegitimiert ist.

1.4 Weil die Beschwerde im Übrigen frist- und formgerecht (Art. 60 Abs. 1 ATSG und Art. 52 Abs. 1 VwVG) eingereicht wurde, ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.5 Gemäss Art. 19 Abs. 3 VGG sind die Richter und Richterinnen des Bundesverwaltungsgerichts zur Aushilfe in anderen Abteilungen verpflichtet. Vorliegend ist der Vorsitz im Beschwerdeverfahren auf die Abteilung II übergegangen. Der Spruchkörper setzt sich zusammen aus Richter Frank Seethaler und Richter Bernard Maitre der Abteilung II sowie Richter Beat Weber der Abteilung III.

2.

Der Beschwerdeführer hat die Verfügung sowohl betreffend den Rentenbeginn als auch die Rentenhöhe bzw. den Invaliditätsgrad angefochten. Zur Anfechtung der Verfügung bezüglich eines "Zuschusses" für seinen behinderten Sohn vgl. E. 6 hiernach.

3.

Zunächst sind die für die Beurteilung des Anspruchs massgebenden gesetzlichen Grundlagen und die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze darzulegen.

3.1 Nach der Rechtsprechung stellt das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung einer Streitsache in der Regel auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verwaltungsverfügung (hier: 18. Dezember 2007) eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweis). Weiter sind in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten (BGE 130 V 329). Bei den materiellen Bestimmungen des IVG und der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201) sind die durch die 5. IV-Revision eingeführten Änderungen, welche am 1. Januar 2008 in Kraft getreten sind (AS 2007 5129), daher nicht zu berücksichtigen. Im Folgenden werden deshalb die bis Ende 2007 gültig gewesenen Bestimmungen des IVG und der IVV zitiert.

3.1.1 Der Beschwerdeführer ist kroatischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Kroatien. Nach Art. 4 des Abkommens vom 9. April 1996 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Kroatien über Soziale Sicherheit (SR 0.831.109.291.1) stehen die Staatsangehörigen der Vertragsstaaten in ihren Rechten und Pflichten aus den in Art. 2 genannten Rechtsvorschriften, zu welchen die schweizerische Bundesgesetzgebung über die Invalidenversicherung gehört, einander gleich, soweit nichts anderes bestimmt ist. Bestimmungen, die hinsichtlich der Voraussetzungen des Anspruchs auf eine

schweizerische Invalidenrente von dem in Art. 4 des Abkommens aufgestellten Grundsatz der Gleichstellung der jeweiligen Staatsangehörigen abweichen, finden sich weder im Abkommen selbst noch in den seither getroffenen schweizerisch-kroatischen Vereinbarungen.

3.1.2 Die Frage, ob und ab wann Anspruch auf Leistungen der schweizerischen Invalidenversicherung besteht, bestimmt sich demnach allein aufgrund der schweizerischen Rechtsvorschriften (BGE 130 V 253 E. 2.4).

3.2 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 ATSG, in der bis Ende 2007 gültigen Fassung). 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).

3.3 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, 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, BGE 115 V 133 E. 2; AHI-Praxis 2002 S. 62 E. 4b/cc).

3.4 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).

3.5 Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG (in der vom 1. Januar 2004 bis 31. Dezember 2007 gültigen Fassung) 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 Gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG entsteht der Rentenanspruch nach Art. 28 IVG frühestens in dem Zeitpunkt, in dem die versicherte Person mindestens zu 40 % bleibend erwerbsunfähig (Art. 7 ATSG) geworden (lit. a) oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40 % arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen ist (lit. b). Obwohl das Gesetz dies nicht ausdrücklich bestimmt, kann ein Rentenanspruch nach Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG nur entstehen, wenn nach Ablauf der Wartezeit eine Erwerbsunfähigkeit gegeben ist. Nicht erforderlich ist dagegen, dass während der einjährigen Wartezeit auch bereits die für den Rentenanspruch vorausgesetzte Erwerbsunfähigkeit vorliegt. Damit eine Rente zugesprochen werden kann, müssen sowohl die durchschnittliche Arbeitsunfähigkeit während eines Jahres als auch die nach Ablauf der Wartezeit bestehende Erwerbsunfähigkeit die für die betreffende Rentenabstufung erforderliche Mindesthöhe erreichen (BGE 129 V 418 E. 2.1, 121 V 274 E. 6b/cc; AHJ 2001 S. 279 E. 2). Art. 29 Abs. 1 lit. a IVG gelangt nur dort zur Anwendung, wo ein weitgehend stabilisierter, im Wesentlichen irreversibler Gesundheitsschaden vorliegt (vgl. BGE 119 V 102 E. 4a mit Hinweisen) und sich der Gesundheitszustand der versicherten Person künftig weder verbessern noch verschlechtern wird (Art. 29 IVV). In den anderen Fällen entsteht der Rentenanspruch erst nach Ablauf der Wartezeit gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG. Diese gilt in jenem Zeitpunkt als eröffnet, in welchem eine deutliche Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit eingetreten ist, was nach der Rechtsprechung bei einer Beeinträchtigung im Umfang von 20 % der Fall ist (AHJ 1998 S. 124 E. 3c; vgl. auch BGE 129 V 419).

3.7 Wurde eine Rente wegen eines zu geringen Invaliditätsgrades verweigert, so wird eine neue Anmeldung nach Art. 87 Abs. 4 IVV nur geprüft, wenn die Voraussetzungen gemäss Abs. 3 erfüllt sind. Danach ist vom Versicherten im Gesuch glaubhaft zu machen, dass sich der Grad der Invalidität in einer für den Anspruch erheblichen Weise geändert hat. Mit Art. 87 Abs. 4 IVV soll verhindert werden, dass sich die Verwaltung nach vorangegangener rechtskräftiger Rentenverweigerung immer wieder mit gleichlautenden und nicht näher begründeten Rentengesuchen befassen muss. Tritt die Verwaltung auf die Neuanschuldung ein, so hat sie die Sache materiell abzuklären und sich zu vergewissern, ob die vom Versicherten glaubhaft gemachte Veränderung des Invaliditätsgrades auch tatsächlich eingetreten ist; sie hat demnach in analoger Weise wie bei einem Revisionsfall nach Art. 41 IVG vorzugehen. Stellt sie fest, dass der Invaliditätsgrad seit Erlass der früheren rechtskräftigen Verfügung keine Veränderung erfahren hat, so weist sie das neue Gesuch ab. Andernfalls hat sie zusätzlich noch zu prüfen, ob die festgestellte Veränderung genügt, um nunmehr eine rentenbegründende Invalidität zu bejahen und hernach zu beschliessen. Im Beschwerdefall obliegt die gleiche materielle Prüfungspflicht auch dem Richter.

3.8 Der Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne der Beweisführungslast begriffsnotwendig aus, da es Sache des Sozialversicherungsgerichts (oder der verfügenden Verwaltungsstelle) ist, für die Zusammentragung des Beweismaterials besorgt zu sein (BGE 115 V 113 E. 3d/bb; Maurer, Sozialversicherungsrecht, Bd. I, 2. unveränderte Aufl., Bern 1983, S. 438 Ziff. 7a). Im Sozialversicherungsprozess tragen mithin die Parteien in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesenen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte (BGE 115 V 142 E. 8a). Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGE 117 V 264 E. 3b).

4.

Gemäss den soeben dargelegten Grundsätzen ist massgebend, ob sich der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers seit der rechtskräftigen Abweisung mit Verfügung vom 7. Januar 1998 in rentenanspruchserheblicher Weise verschlechtert hat.

4.1 Der abweisenden Verfügung vom 7. Januar 1998 lag folgender medizinischer Sachverhalt zugrunde:

Vom 20. Juni bis 29. Juni 1989 hielt sich der Beschwerdeführer wegen Oberbauchbeschwerden zur Durchführung einer endoskopisch retrograden Cholangiopankreatikographie (ERCP) im Klinikum A._____, Klinik für Innere Krankheiten der Medizinischen Fakultät der Universität Zagreb, Zagreb, auf. Die Untersuchung ergab kein Resultat im Hinblick darauf, ob beim Pankreas ein infiltrativer oder entzündlicher Prozess im Gange war, so dass der Beschwerdeführer in eine andere Klinik verlegt werden musste (IV-Akt. 17).

Vom 29. Juni bis 11. Juli 1989 weilte der Beschwerdeführer im Klinikum B._____, Zagreb, wo mittels einer CT-Aufnahme des Abdomens ein neoplastischer Prozess am Pankreas ausgeschlossen werden konnte (IV-Akt. 18, 19).

Vom 10. August bis 19. August 1995 wurde der Beschwerdeführer wegen seiner chronischen obstruktiven Lungenerkrankung und wegen eines Verdachts auf Exazerbation der bekannten Bauchspeicheldrüsenentzündung im Klinischen Krankenhaus C._____, Zagreb, untersucht und behandelt. Aufgrund eingehender Untersuchungen (Labor, EKG, Spirogramm, Blutgasanalyse, RTG, Ergometrie, Echographie des Abdomens, Gastroskopie) gelangten die behandelnden Ärzte zu folgenden Diagnosen: chronische obstruktive Bronchitis; Bronchiektasien beidseits basal; chronisches pulmonales Herz; arterielle Hypertonie; chronische Gastroduodenitis; chronische Pankreatitis; chronische Ulkuserkrankung und Schwerhörigkeit auf beiden Ohren. Dem Beschwerdeführer wurde ein Krankenurlaub empfohlen (IV-Akt. 28, 29). Die Kontrolluntersuchung vom 4. September 1995 in demselben Krankenhaus ergab unveränderte Befunde und dem Beschwerdeführer wurde empfohlen, sich wegen seiner gesundheitsbedingt stark verminderten Arbeitsfähigkeit an den kroatischen Versicherungsträger zu wenden (IV-Akt. 30, 31).

Am 11. Juni 1996 wurde der Beschwerdeführer im Auftrag des kroatischen Versicherungsträgers untersucht. Diagnostiziert wurden eine chronische bilaterale Bronchitis, ein Lungenemphysem, eine Bronchiektase beidseits, arterieller Bluthochdruck, eine chronische Gastroduodenitis, eine chronische Pankreatitis, Varizen, Schwerhörigkeit so-

wie ein Status nach Hernienoperation. Aus Sicht der Lunge sei der Beschwerdeführer voll arbeitsfähig. Wegen der chronischen Pankreatitis sei er lange gepflegt worden. Herz und Kreislauf seien in der Norm. Die Experten folgerten eine Reduktion der Arbeitsfähigkeit von weniger als 50 % (IV-Akt. 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40).

Am 22. Dezember 1997 äusserte sich der IV-Stellenarzt Dr. med. V._____ zu den gesamten Akten. Er kritisierte dabei insbesondere den ersten Bericht des Krankenhauses C._____. Ein Cor pulmonale lasse sich dem EKG nicht entnehmen, sowohl die Restriktion als auch die Obstruktion der Lungenfunktion seien wenig ausgeprägt, die Blutgasmessung zeige sehr gute Resultate, die Ergometrie sei völlig normal und die Diagnose Bronchiektasie sei nicht gesichert. Um letztere Diagnose zu sichern, hätte man eine Bronchiographie oder eine Bronchioskopie durchführen müssen, was man indes nicht gemacht habe. Die Magen- und Zwölffingerdarmprobleme führten nur zu kurzen Absenzen im Arbeitsleben. Die Pankreatitis habe keinen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit, da die Kontrollteste nur leicht gestörte Resultate gezeigt hätten. Die Varizen sowie die Schwerhörigkeit seien ohne jeden Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit. Weder eine Krankheit für sich allein noch alle zusammen führten zu einer Arbeitsunfähigkeit von mindestens 50 % (IV-Akt. 6).

Am 8. April 1998 beurteilte die IV-Stellenärztin Dr. med. W._____ die Akten. Sie gelangte zu den Diagnosen chronische obstruktive Emphysembronchitis mit Bronchiektasen; Hypertonie; chronische rezidivierende Gastroduodenitis; Pankreatitis 1989 mit Verdacht auf Neoplasie, was sich später nicht bestätigt hat; Varikose der linken unteren Extremität, Anakusis rechts und Hypakusis links. Zur Begründung führte sie aus, beim Beschwerdeführer sei anlässlich seiner Hospitalisation im Krankenhaus C._____ im August 1995 eine medikamentöse Therapie eingeleitet worden, die den Gesundheitszustand wesentlich gebessert habe, wie der Bericht des kroatischen Versicherungsträgers vom 29. August 1996 denn auch zeige. Bei guter Lungenfunktion und normalen Blutgaswerten sei der Beschwerdeführer aus pneumologischer Sicht nicht eingeschränkt. Herz und Kreislauf seien altersentsprechend normal; die Hypertonie habe bisher zu keinen Veränderungen an Herz und Kreislauf geführt (EKG vom 5. Juli 1996), bei der ergometrischen Belastung (Belastungs-EKG vom 5. Juli 1996) habe der Beschwerdeführer 90% der Norm geleistet; es hätten sich weder klinisch noch elektrokardiographisch Zeichen einer Ischämie gefunden. Eine chroni-

sche Gastroduodenitis sei einer medikamentösen Therapie zugänglich und verursache keine anhaltende Arbeitsunfähigkeit. Die 1989 durchgemachte Pankreatitis sei längst abgeheilt und der Verdacht auf eine Neoplasie habe sich nicht bestätigt. Die Varizen an der unteren linken Extremität würden die Arbeitsfähigkeit ebensowenig einschränken. Bei Anakusis rechts (Audiogramm vom 14. Juni 1996) bestehe eine Hochtonschwerhörigkeit links, welche durch ein Hörgerät ausgeglichen werden könne. Sie sei mit Dr. med. V._____ einig, dass der Beschwerdeführer in seinem letzten Beruf nicht in rentenberechtigendem Ausmass eingeschränkt sei, auch stünden ihm zahlreiche leichte und mittelschwere Verweisungstätigkeiten offen, in denen er uneingeschränkt arbeitsfähig sei (IV-Akt. 9).

4.2 Die von der Vorinstanz nach der Neuanmeldung vom 9. März 2005 eingeholten medizinischen Unterlagen zeigen folgendes Bild:

Am 11. Juli 2005 erstattete der kroatische Versicherungsträger erneut ein Gutachten über den Beschwerdeführer. Dieser klagte den Gutachtern gegenüber, seit den letzten Jahren wegen einer Nierenerkrankung (Zysten), eines Prostataadenoms und Atembeschwerden in Behandlung zu sein. Ferner klagte er über sehr starken Husten, eine Schwellung der Waden, gelegentliche Schmerzen an der rechten Schulter und in der Lumbalgegend, Obstipation und gestörten Schlaf. Diagnostiziert wurden eine chronische obstruktive Lungenerkrankung, ein Zervikal- und Zervikobrachialsyndrom, eine arthrotische Hypermobilität rechts, eine Periarthritis humeroscapularis rechts, ein chronisches Lumbosakralsyndrom beidseits, eine Gonarthrose beidseits, Varizen links, ein Verdacht auf eine Nephrolithiasis links, eine Mikrohämaturie, ein Prostata-Adenom sowie eine chronische Pankreatitis. Die Invalidität bestehe seit dem 9. März 2005. Gestützt auf die klinische Untersuchung und die Akten gelangte Dr. med. T._____ zu einer Arbeitsunfähigkeit von 50 %. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Beschwerdeführer stehe seit langem wegen einer chronischen obstruktiven Bronchitis, eines Lungenemphysems und einer Bronchiektase in Behandlung. 1989 habe er eine Pankreatitis durchgemacht. Er habe Atemprobleme, insbesondere bei körperlichen Anstrengungen. Die Spirometrie zeige eine verminderte Ausatmung in den oberen Teilen der Lungen und die Radiographien der Lungen und des Herzens zeigten eine Hyperinflation des Parenchyms des rechten Lungenober- und Mittellappens ohne Infiltrate; der Herz- und Gefässschatten sei nicht vergrössert. Der Beschwerdeführer leide auch an erhöhtem arteriellem Blutdruck, einer

chronischen Pankreatitis, Krampfadern an den unteren Extremitäten und an zervikalen und lumbalen Beschwerden. Die Radiographie zeige eine partielle Blockierung der Wirbel C3 und C4 mit verkleinerter Bandscheibe, eine Osteochondrose des Zwischenwirbelraums C5/C6, eine Unkarthrose C6 beidseitig sowie degenerative Veränderungen an der Lumbalwirbelsäule. Ferner lägen Beschwerden der Harnwege und der linken Niere vor; es seien Zysten, eine Mikrohämaturie und eine Nephrolithiasis diagnostiziert worden. Die laborchemischen Untersuchungen zeigten erhöhte Werte der Triglyzeride, des Cholesterols und des Enzyms AMS (IV-Akt. 43, 44, 45, 46, 49, 50, 62, 65, 66, 67, 68). Am 20. Februar 2007 wurde eine weitere Expertise von denselben Personen erstattet, die zum gleichen Ergebnis kamen (Arbeitsunfähigkeit von 50-60 %) (IV-Akt. 60, 64).

Gestützt auf die nach der zweiten Anmeldung eingegangenen Akten nahm Dr. med. U._____ am 10. Juli 2007 eine Beurteilung zur Arbeitsfähigkeit/Erwebsfähigkeit vor. Er stellte die Hauptdiagnose einer nicht näher bezeichneten chronischen Bronchitis (ICD-10: J 42). Als Nebendiagnosen mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit nannte er degenerative Zervikolumbalgien, Gonarthrose, Periarthropathia humeroscapularis links (richtig wäre rechts) und als Nebendiagnosen ohne Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit ein Prostataadenom sowie Varizen an den unteren Extremitäten. Eine halbtägige wechselbelastende Tätigkeit sei dem Beschwerdeführer zumutbar mit den Besonderheiten, dass maximal 10 kg Lasten gehoben werden und die Arbeiten nur auf ebenem Boden ausgeübt werden dürften. Die Beschwerden seien gravierend und rechtfertigten eine vollständige Arbeitsunfähigkeit seit März 2005 für schwere Arbeiten. Seit März 2005 sei jedoch eine 50 % Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit gegeben (IV-Akt. 70).

4.3 Die eingehenden Untersuchungen, die dem Gutachten des kroatischen Versicherungsträgers vom 29. August 1996 zugrundeliegen, zeigten normale Leberwerte, eine normale Lungenfunktion und ein unauffälliges Herz-Kreislauf-System. Die Gutachter schlossen daher auf eine Arbeitsunfähigkeit von weniger als 50 % (32, 33). Dr. med. V._____ erachtete den Beschwerdeführer – gestützt auf die umfangreichen Untersuchungen – als voll arbeitsfähig (IV-act. 6). Auch Dr. med. W._____ beurteilte den Beschwerdeführer als voll arbeitsfähig. Lunge, Herz und Kreislauf seien altersentsprechend normal. Die chronische Gastroduodenitis sei einer medikamentösen Therapie zugänglich und die 1989 durchgemachte Pankreatitis sei längst abgeheilt (IV-

Akt. 9).

Das am 11. Juli 2005 vom kroatischen Versicherungsträger erstattete Gutachten kam zum Schluss, dass der Beschwerdeführer u.a. wegen einer chronischen obstruktiven Lungenerkrankung, muskuloskelettalen Beschwerden und einer chronischen Pankreatitis nurmehr zu 50 % arbeitsfähig sei. Auch dieses Gutachten beruht auf umfassenden Abklärungen (Spirometrie, Radiographie Thorax und HWS/LWS, Ultraschall des Leber-Gallen-Traktes, Laborchemie). Die Diagnose wurde um ein chronisches Zervikal- und Zervikobrachialsyndrom, eine arthrotische Hypermobilität rechts, eine Periarthritis humeroscapularis rechts, ein chronisches Lumbosakralsyndrom und um eine Gonarthrose beidseits erweitert. Dass die Experten des kroatischen Versicherungsträgers den Beschwerdeführer nunmehr zu 50 % arbeitsfähig erachteten, ist daher nachvollziehbar (IV-Akt. 45). Im Gutachten vom 24. April 2007 des kroatischen Versicherungsträgers wird bei unveränderten Befunden auf eine Arbeitsunfähigkeit von 50 – 60 % geschlossen (IV-Akt. 64). Dr. med. U. _____ schloss sich dem ersten Gutachten des kroatischen Versicherungsträgers an (IV-Akt. 70). Die Gutachten des kroatischen Versicherungsträgers vom 11. Juli 2005 und 24. April 2007 sind für die streitigen Belange umfassend, beruhen auf allseitigen Untersuchungen, berücksichtigen die geklagten Beschwerden, sind in Kenntnis der Vorakten abgegeben worden, leuchten in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation ein, weshalb auf diese abzustellen und von einer 50%igen Arbeitsfähigkeit in einer Verweistätigkeit auszugehen ist.

4.4 Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, die Rente sei ihm bereits ab 9. März 2005 zuzusprechen, kann ihm nicht gefolgt werden. Ausweislich der Akten hat sich der Beschwerdeführer nach der abweisenden Verfügung vom 7. Januar 1998 der Vorinstanz erst wieder am 9. März 2005 beim kroatischen Versicherungsträger zum Bezug einer schweizerischen Rente angemeldet, woraufhin die erforderlichen medizinischen Abklärungen getätigt worden sind, die zeigten, dass der Beschwerdeführer seit dem 9. März 2005 während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40 % als Kellner arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) war, so dass die einjährige Wartezeit erst im März 2005 zu laufen begann und dem Beschwerdeführer frühestens am 1. März 2006 eine Rente zugesprochen werden konnte (vgl. E. 3.6 hievor). Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kann die Vorinstanz zur Frage, ob bereits vor dem 9. März 2005 eine dauernde Arbeitsunfähigkeit vorgelegen hat, keine zusätzlichen Angaben

machen. Die Zusprache einer Rente bereits per 1. März 2005 würde jedoch bedingen, dass der Beschwerdeführer zuvor während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40 % arbeitsunfähig gewesen wäre. Aufgrund von neuen Untersuchungen lässt sich die Arbeitsfähigkeit retrospektiv nicht festlegen, sondern es ist dafür vielmehr der Beizug früherer Beurteilungen erforderlich. Dem kroatischen Versicherungsträger und dem RAD der Vorinstanz sind aber sämtliche medizinischen Akten zur Verfügung gestanden, und sie haben diese denn auch in ihren Gutachten entsprechend gewürdigt.

5.

Zu prüfen bleiben die erwerblichen Auswirkungen der festgestellten gesundheitlichen Beeinträchtigung, welche unstreitig mittels der bei Erwerbstätigen anzuwendenden Methode des Einkommensvergleichs zu bestimmen sind.

5.1 Gestützt auf den Fragebogen für Versicherte vom 28. April 2006 war der Beschwerdeführer von 1978 bis 1995 als Kellner in Kroatien tätig. Mangels statistischer Angaben zu den Einkommen aus Ex-Jugoslawien stellte die IV-Stelle ausnahmsweise auf Vergleichseinkommen in der Schweiz ab. Bei der Durchführung des Einkommensvergleichs ist die IV-Stelle deshalb von einem durchschnittlichen Valideneinkommen im Jahr 2004 von Fr. 3'698.49 (bei branchenüblichen 42,1 Stunden/Woche) ausgegangen. Mit Blick auf den frühestmöglichen, für die Invaliditätsbemessung massgebenden Rentenbeginn 2006 rechtfertigt es sich, direkt auf die Schweizerische Lohnstrukturerhebung (LSE) 2006 abzustellen statt – wie vorinstanzlich geschehen – die Tabellenlöhne der LSE 2004 zu verwenden (vgl. Urteil des Bundesgerichts I 342/06 vom 30. April 2007). Mit einfachen und repetitiven Tätigkeiten (LSE 2006 TA1 Anforderungsniveau 4) beschäftigte Männer erzielten im Gastgewerbe bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden Fr. 3'611.–, was bei Annahme einer durchschnittlichen Arbeitszeit von 42.1 Stunden (Die Volkswirtschaft, Heft 3, Tabelle B9.2, Zeile H) einem Einkommen von monatlich Fr. 3'800.60 ($[3'611.- : 40] \times 42.1$) und jährlich Fr. 45'607.– ($\text{Fr. } 3'800.60 \times 12$) entspricht.

5.2 Der Beschwerdeführer hat nach Eintritt der Invalidität keine zumutbare Verweisungstätigkeit aufgenommen. Die Vorinstanz hat das Invalideneinkommen zulässigerweise (BGE 129 V 472) gestützt auf die Tabellenlöhne der LSE ermittelt. Mit Blick auf den frühestmöglichen, für

die Invaliditätsbemessung massgebenden (129 V 222 E. 4.1 und 4.2) Rentenbeginn im Jahre 2006 rechtfertigt es sich auch beim Invalideneinkommen, direkt auf die LSE 2006 abzustellen statt – wie vorinstanzlich geschehen – die Tabellenlöhne der LSE 2004 zu verwenden. Mit einfachen und repetitiven Tätigkeiten (LSE 2006 TA1 Anforderungsniveau 4) beschäftigte Männer verdienten bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden in den von Dr. med. U. _____ genannten Verweisungstätigkeiten im Jahre 2006 monatlich mehr als ein Kellner, so dass die Vorinstanz zu Recht auch beim Invalideneinkommen auf Fr. 3'800.60/Monat bzw. Fr. 45'607.–/jährlich abgestellt hat. Da der Beschwerdeführer nur zu 50 % arbeitsfähig ist, reduziert sich sein Einkommen auf Fr. 22'803.50 (Fr. 45'607 x 0.5). Die Vorinstanz gewährte dem Beschwerdeführer sodann einen eher wohlwollenden leistungsbedingten Abzug von 20 %, so dass sich das jährliche Invalideneinkommen letztlich auf Fr. 18'242.80 (Fr. 22'803.50 x 0.8) belief.

5.3 Der Vergleich zum Valideneinkommen von Fr. 45'607.– ergibt somit einen Invaliditätsgrad von 60 % ($100 - [\text{Fr. } 18'242.80 : \text{Fr. } 45'607.- \times 100]$). Bei einem Invaliditätsgrad von 60 % hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Dreiviertelsrente. Der angefochtene Entscheid erweist sich daher auch in Bezug auf den Invaliditätsgrad als korrekt, was zur Abweisung der Beschwerde führt.

6.

6.1 Der Beschwerdeführer beantragte sodann für seinen 1970 geborenen, behinderten Sohn eine Zusatzrente. Die Vorinstanz – die darüber nicht verfügt hat (IV-Akt. 84) – nahm dazu in der Vernehmlassung in dem Sinne Stellung, dass ein eigenständiger Anspruch auf eine Invalidenrente mangels Versicherteneigenschaft gemäss Art. 1a AHVG nicht bestehe und dass auch keine akzessorische Kinderrente gewährt werden könne, da diese längstens bis zum vollendeten 25. Altersjahr bei nachgewiesener Ausbildung gewährt werden könne (Art. 25 Abs. 5 AHVG).

6.2 Im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren sind grundsätzlich nur Rechtsverhältnisse zu überprüfen, beziehungsweise zu beurteilen, zu denen die zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig verbindlich – in Form einer Verfügung – Stellung genommen hat. Insoweit bestimmt die Verfügung den beschwerdeweise weiterziehbaren Anfechtungsgegenstand. Umgekehrt fehlt es an einem Anfechtungsgegenstand und somit an einer Sachurteilsvoraussetzung, wenn und so-

weit keine Verfügung ergangen ist. Nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG, heute Bundesgericht) kann das verwaltungsgerichtliche Verfahren aus prozessökonomischen Gründen auf eine ausserhalb des Anfechtungsgegenstandes, d.h. ausserhalb des durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisses liegende spruchreife Frage ausgedehnt werden, wenn diese mit dem bisherigen Streitgegenstand derart eng zusammenhängt, dass von einer Tatbestandsgesamtheit gesprochen werden kann, und wenn sich die Verwaltung zu dieser Streitfrage mindestens in Form einer Prozesserkklärung geäussert hat (Urteil des EVG vom 7. November 2001, I 135/01, Erw. 1).

6.3 In der Verfügung vom 18. Dezember 2007 wird lediglich der Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Rente festgelegt. Zu der – im Übrigen – gar nicht beantragten Rente, sei es als eigenständige oder akzessorische zur Stammrente des Vaters, für den Sohn Y._____ nahm die Vorinstanz nicht Stellung. Die Vorinstanz hat sich zwar in ihrer Vernehmlassung dahingehend geäussert, dass dem Sohn des Beschwerdeführers eine eigenständige Rente zufolge fehlender Versicherungseigenschaft und eine akzessorische Rente zufolge seines Alters nicht zustehe. In Bezug auf die beantragte Rente für den Sohn Y._____ fehlt es an einem Anfechtungsgegenstand und somit an einer Sachurteilsvoraussetzung. Hingegen erweist sich die Ausdehnung des Verfahrens auf ausserhalb des Anfechtungsgegenstandes liegende Tatbestände als zulässig, da hinsichtlich der Frage einer allfälligen Rente für den Sohn des Beschwerdeführers eine hinreichende Entscheidungsgrundlage vorliegt. Aus den genannten Gründen besteht kein Anspruch von Y._____ auf eine Rente, weshalb die Beschwerde auch in diesem Punkt abzuweisen ist.

7.

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

7.1 Als unterliegende Partei hat der Beschwerdeführer grundsätzlich die Verfahrenskosten zu tragen. Während des vorliegenden Verfahrens hat er indes ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Erlass der Verfahrenskosten) gestellt, über das noch zu entscheiden ist.

7.1.1 Gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG kann eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und deren Begehren nicht als aussichtslos

erscheint, auf Antrag von der Bezahlung der Verfahrenskosten befreit werden.

7.1.2 Eine Person ist bedürftig, wenn sie nicht in der Lage ist, für die Prozesskosten aufzukommen, ohne dass sie Mittel beanspruchen müsste, die zur Deckung des Grundbedarfs für sie und ihre Familie notwendig sind (BGE 127 I 202 E. 3b). Der Beschwerdeführer hat Unterlagen eingereicht, wonach einem Einkommen von 2'400.– Kn pro Monat Auslagen von 2'930.– Kn pro Monat gegenüberstehen. Die Auslagen sind nicht belegt, obwohl es grundsätzlich dem Gesuchsteller obliegt, seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzustellen und soweit möglich auch zu belegen (BGE 120 IA 179 E. 3a). Die Auslageposten wären daher grundsätzlich nicht zu berücksichtigen; da sie jedoch realistisch scheinen (Fr. 606.10/Monat für das Ehepaar und den behinderten erwachsenen Sohn; 1 Kn = 0.20686 SFr. [<http://www.onanda.com/convert/classic?free=1>]) werden sie dennoch berücksichtigt, so dass sich ein Auslagenüberschuss von 530 Kn bzw. Fr. 109.60 ergibt. Zwar gehört dem Beschwerdeführer offenbar ein Haus, das einen Wert von 120'000.– Kn aufweist, was umgerechnet Fr. 24'858.50 entspricht. Eine hypothekarische Belastung dieses Hauses scheint aber aufgrund der gesamten Sachlage wenig realistisch (Urteil des Bundesgerichts 8C_429/2008 vom 8. Juli 2008). Aufgrund der eingereichten Unterlagen ist die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers ausgewiesen.

Prozessbegehren sind gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts als aussichtslos anzusehen, wenn die Gewinnaussichten (ex ante betrachtet; BGE 124 I 304 E. 2c, 122 I 5 E. 4a) beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zur Einlegung des Rechtsmittel entschliessen oder aber davon absehen würde, soll doch eine Partei einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 129 I 129 E. 2.3.1 mit Hinweis). Das Begehren des Beschwerdeführers kann vor diesem Hintergrund nicht als aussichtslos bezeichnet werden, weshalb auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten ist.

7.2 Die Vorinstanz als obsiegende Partei hat keinen Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

In Gutheissung des Gesuches des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben mit Rückschein)
- die Vorinstanz
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Frank Seethaler

Karin Behnke

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und 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: