

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung III
C-2793/2006
{T 0/2}

Urteil vom 12. Dezember 2007

Besetzung

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

Parteien

W._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Robert Eiter,
Beschwerdeführer,

gegen

IV-Stelle für Versicherte im Ausland IVSTA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Invalidenrente.

Sachverhalt:**A.**

Der am (...) 1963 geborene Beschwerdeführer österreichischer Nationalität arbeitete 1985 sowie von 1989 bis 1990, insgesamt 20 Monate, als gelernter Maurer in der Schweiz (act 18). Am 21. Dezember 2001 gab er seine letzte Arbeitstätigkeit bei der Firma B._____ S._____ auf (act. 17). Gemäss Bestätigung des Arbeitsmarktservice Landeck vom 28. Oktober 2004 bezog der Beschwerdeführer von 18. April 2003 bis 5. August 2003 Arbeitslosengeld, von 6. August 2003 bis 30. November 2003 Notstandshilfe und von 1. Dezember 2003 bis 19. Oktober 2005 einen Pensionsvorschuss des österreichischen Staates (act. 15).

B.

Mit Gesuch vom 19. November 2003, eingereicht bei der Pensionsversicherungsanstalt Landesstelle Salzburg, eingegangen bei der IV-Stelle für Versicherte im Ausland (nachfolgend: Vorinstanz) am 31. März 2004, beantragte der Beschwerdeführer eine Invalidenrente (act. 1, 2).

C.

Mit Verfügung vom 1. März 2005 wies die Vorinstanz das Leistungsbegehren ab, da keine anspruchsbegründende Invalidität vorliege (act. 20). Sie stützte sich dabei auf den Bericht ihres ärztlichen Dienstes vom 19. Februar 2005 (act. 19). Nach Angabe des zuständigen Arztes Dr. med. A._____ klagte der damals 41jährige Beschwerdeführer über Knie-, Rücken- und Schulterbeschwerden. Nach einer arthroskopischen Meniskusentfernung im Jahr 2001 habe dieser die Arbeit nicht mehr aufgenommen. Laut orthopädischem Gutachten (gemeint wohl Ärztliches Gutachten Dr. L._____, Facharzt für Unfallchirurgie, vom 3. Februar 2004 [act. 14]) und in Übereinstimmung mit den vorhandenen Röntgenbildern lasse sich keine langdauernde Arbeitsunfähigkeit begründen. Eine solche sei auch als Maurer nicht begründbar, und erst recht nicht für leichtere Tätigkeiten.

D.

Gegen die Verfügung vom 1. März 2005 erhob der Beschwerdeführer am 15. März 2005 Einsprache mit dem Antrag auf Neudurchführung der Untersuchungen und auf Zuerkennung der Erwerbsunfähigkeitsrente. Zum Beweis legte er folgende Arztberichte bei:

- Radiologischer Befund Dr. C._____ vom 11. Januar 2005 (act. 21)
- Ärztlicher Befundbericht Dr. F._____ vom 10. Februar 2005 (act. 22)
- Bericht Dr. med. K._____ (Hausarzt) vom 7. März 2005 (act. 25) inkl. Laborbefunde (act. 23, 24)

E.

Am 17. Oktober 2005 schloss der Beschwerdeführer in einem Sozialversicherungsverfahren vor dem Landesgericht Innsbruck einen Vergleich mit der Pensionsversicherungsanstalt Landesstelle Tirol in Innsbruck, welcher die Ausrichtung einer Teilinvaliditätspension zum Ergebnis hatte (act. 32). Die im Rahmen des vorangegangenen Klageverfahrens durch das Gericht eingeholten Gutachten wurden der Vorinstanz mit Schreiben vom 22. November 2005 übermittelt (act. 33). Es handelt sich dabei um die folgenden Dokumente:

- Gutachten Dr. St._____, Facharzt für Neurologie und Psychiatrie, vom 14. Oktober 2004 (act. 27)
- Gutachten Dr. H._____, Facharzt für Innere Medizin, vom 12. Januar 2005 (act. 28)
- Gutachten Dr. R._____, Facharzt für Hals-Nasen-Ohrenheilkunde, vom 30. März 2005 (act. 29)
- Gutachten Dr. S._____, Facharzt für Orthopädie und orthopädische Chirurgie, vom 19. Mai 2005 (act. 30)
- Berufskundliches Sachverständigengutachten Mag. M._____ vom 21. September 2005 (act. 31)

Der im Rahmen des Einspracheverfahrens wiederum konsultierte Dr. med. A._____ würdigte die genannten Gutachten im Bericht vom 29. März 2006 (act. 37) wie folgt: Entsprechend den Cervicalgien und Lumbalgien ohne relevantes organisches pathologisches Substrat würden eine somatoforme Schmerzstörung und Fibromyalgie erwähnt. Labormässig sei eine Eisenspeicherkrankheit (Hämochromatose) ohne bisherige klinische Auswirkung diagnostiziert. Ferner bestünden eine leichte Gehörverminderung und eine leichte Hiatushernie. Nach dem Widerspruchsverfahren würde dem Versicherten in Österreich nun eine Berufsunfähigkeit als Maurer attestiert. Aufgrund der vorliegenden Befunde könne dem nicht leichtfertig beigeprüft werden. Immerhin seien die Gutachter vorbehaltlos der Ansicht, dass der Versicherte mittelschwere Arbeiten vollschichtig ausführen könne. Seiner Ansicht nach könnte der Versicherte auch als Maurer arbeiten. Aus den vorliegen-

den medizinischen Befunden gehe keine mindestens 40%ige Einschränkung der Arbeitsfähigkeit im bisherigen Beruf und auch nicht in anderen aufgrund der Ausbildung in Frage kommenden Tätigkeiten hervor.

Dr. med. Q._____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, äusserte sich mit Bericht vom 23. April 2006 (act. 39) zuhanden des medizinischen Dienstes der Vorinstanz wie folgt: Vom psychiatrischen Standpunkt bestehe einzig eine somatoforme Schmerzstörung. Weder bestehe eine psychiatrische Komorbidität noch werde sie geltend gemacht. Aus psychiatrischer Sicht müsse der Antrag abgewiesen werden.

F.

Mit Einspracheentscheid vom 9. Mai 2006 bestätigte die Vorinstanz ihren ablehnenden Entscheid vom 1. März 2005 (act. 40). Sie erwog, der Beschwerdeführer könne nach übereinstimmender Ansicht der Gutachter mittelschwere Arbeiten vollschichtig ausführen, und auch als Maurer liege keine 40%ige Einschränkung der Arbeitsfähigkeit vor. Die wirtschaftliche Invaliditätsbemessung würde somit einen Invaliditätsgrad von unter 40% ergeben. Da der medizinische Dienst der Vorinstanz die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers in seinem bisherigen Beruf bejaht hatte (vgl. Bst. E vorstehend), wurde kein Einkommensvergleich durchgeführt.

G.

Mit Beschwerde vom 1. Juni 2006 bei der Eidgenössischen Rekurskommission der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung für die im Ausland wohnenden Personen beantragte der Beschwerdeführer eine erneute Begutachtung durch Schweizer Fachärzte zur Feststellung des Invaliditätsgrades. Mit der Beschwerde wurden folgende Arztberichte eingereicht:

- Bericht Dr. I._____ vom 13. Juni 2005 des (...) Krankenhauses V._____
- Bericht vom 13. Juni 2005 des (...) Krankenhauses V._____, inkl. Laborbefund, unterzeichnet von Dr. I._____
- Arztbericht vom 10. August 2005 der Klinik U._____ für Innere Medizin, (...), inkl. Laborberichte, unterzeichnet von Dr. P._____, Dr. E._____ und Prof. Dr. D._____

- Ärztlicher Befundbericht vom 10. Januar 2006 der Pensionsversicherungsanstalt X._____ inkl. Laborbericht, unterschrieben von Dr. W._____ und Dr. J._____
- Ambulanzblatt vom 16. Mai 2006 des (...) Krankenhauses V._____, mit Bemerkungen der Dres. Ö._____, T._____, O._____ und N._____ (S. 1-2)
- Ärztlicher Kurzbericht der Kliniken Y._____ (...), (undatiert und unsigniert)
- Bericht Dr. med. K._____ vom 30. Mai 2006

H.

In ihrer Vernehmlassung vom 18. August 2006 stellte die Vorinstanz den Antrag, dem Beschwerdeführer sei in teilweiser Gutheissung der Beschwerde eine Viertelsrente zu gewähren. Sie stützte sich dabei auf den Bericht des IV-Stellenarztes Dr. A._____ vom 13. August 2006 (act. 42), in dem dieser neu ab Frühjahr 2002 eine Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf als Maurer von 50% akzeptiere. Für alle leichten und mittelschweren Tätigkeiten bestehe jedoch uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit. Gemäss dem am 16. August 2006 durchgeführten Einkommensvergleich (act. 43) würde der Beschwerdeführer bei vollschichtiger Ausübung einer leichten bis mittelschweren Verweisungstätigkeit eine gesundheitlich bedingte Erwerbseinbusse von 45% erleiden. Die Wartezeit könne ab April 2002 als eröffnet gelten, da der Beschwerdeführer ab diesem Zeitpunkt Krankengeld erhalten habe. Demzufolge bestehe ein Anspruch auf eine Viertelsrente ab 1. April 2003.

I.

Am 18. September 2006 reichte der Beschwerdeführer, nunmehr vertreten durch Rechtsanwalt Robert Eiter, eine Replik ein. Er erklärte sich mit dem Antrag der Vorinstanz auf teilweise Gutheissung der Beschwerde bzw. Gewährung einer Viertelsrente mit Wirkung ab 1. April 2003 nicht einverstanden. Neu legte er folgende Arztberichte bei:

- Laborbefunde Dr. Sc._____ vom 4. Januar 2005 und vom 25. Januar 2005
- Bericht Dr. med. K._____ vom 10. Februar 2005
- Abschliessender Bericht vom 2. März 2006 der Klinik U._____ für Neurologie (...) (nicht unterschrieben)
- Abschliessender Bericht vom 29. Mai 2006 der Klinik U._____ für Neurochirurgie (...), erstellt von Dj._____

- Abschliessender Bericht vom 13. Juni 2006 der klinischen Abteilung für Radiologie II, erstellt von Prof. Dr. Y. _____ und Dr. Z. _____
- Befunde Dr. Ä. _____ (fortlaufend datiert, nicht unterzeichnet)
- Bericht vom 3. August 2006 des (...) Krankenhauses V. _____
- Bericht vom 21. August 2006 des (...) Krankenhauses V. _____
- Arztbericht vom 23. August 2006 der Klinik U. _____ für Innere Medizin (...), erstellt von Prof. Dr. G. _____ und Dr. Ü. _____
- Bericht Dr. med. K. _____ vom 30. August 2006
- Ambulanzprotokoll des Allgemeinen öffentlichen Krankenhauses St. Vinzenz, letztmals datiert am 7. September 2006

J.

In ihrer Duplik vom 20. Oktober 2006 hielt die Vorinstanz an ihrem Antrag auf Gewährung einer Viertelsrente fest mit der Begründung, die mit der Replik eingereichten Arztberichte vermöchten an den Feststellungen des IV-Stellenarztes vom 12. Oktober 2006 (act. 45) nichts zu ändern.

K.

Mit Triplik vom 15. November 2006 hielt der Beschwerdeführer an seinem Begehren fest und reichte folgende Unterlagen ein:

- Ambulanzprotokoll vom 16. Mai 2006 bis 10. November 2006 des (...) Krankenhauses V. _____, mit Bemerkungen der Dres. Ö. _____, T. _____, O. _____ und N. _____ (S. 1-4)
- Röntgenbefund vom 10. November 2006 des (...) Krankenhauses V. _____

Der Beschwerdeführer sei durch die Eisenspeicherkrankheit massiv beeinträchtigt. Er leide zudem unter rheumatischen Beschwerden, und es lägen Organveränderungen vor. Der Beschwerdeführer habe sich einer weiteren Operation im Rücken unterziehen müssen. Die Beschwerde werde aufrecht erhalten.

L.

In ihrer 3. Vernehmlassung (Quadruplik) vom 18. Dezember 2006 hielt die Vorinstanz an ihrem Antrag auf Gewährung einer Viertelsrente ab 1. April 2003 fest. Da das Datum des Einspracheentscheids die zeitliche Grenze für die Überprüfung der Sach- und Rechtslage im Beschwerdeverfahren bilde, sei die ab Juni 2006 festgestellte Verschlechterung des Gesundheitszustandes nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Die Beschwerde sei demgemäss als Revisionsgesuch zu

behandeln, welches nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens der Vorinstanz zur weiteren Behandlung zu überweisen sei.

M.

Mit Eingabe vom 23. Januar 2007 legte der Beschwerdeführer zusammen mit Kopien der bereits eingereichten medizinischen Unterlagen einen Bericht samt Röntgenbildern von Dr. Sh._____, Facharzt für Radiologie, vom 11. Januar 2007 ein mit dem Begehren, diese bei der Entscheidung zu berücksichtigen.

N.

Am 9. Februar 2007 wurde dem Beschwerdeführer die Übernahme des Verfahrens durch das Bundesverwaltungsgericht mitgeteilt und die 3. Vernehmlassung der Vorinstanz vom 18. Dezember 2006 inkl. Beilagen zugestellt.

O.

Der Beschwerdeführer teilte mit Schreiben vom 20. Februar 2007 mit, dass an der vollen Arbeitsunfähigkeit festgehalten werde und dass zum Beweis ein neurologisches Gutachten anzufertigen sei. Ferner legte der Beschwerdeführer ein Gutachten von Dr. Th._____, vom 5. Februar 2007 bei.

P.

Die Vorinstanz liess sich am 15. März 2007 dahingehend vernehmen, dass sich aus den eingereichten Unterlagen keine neuen Gesichtspunkte bis zum Zeitpunkt des Einspracheentscheids ergäben. Somit bleibe es bei den gestellten Anträgen.

Q.

Mit Verfügung vom 2. April 2007 wurde dem Beschwerdeführer die Zusammensetzung des Spruchkörpers mitgeteilt und der Schriftenwechsel geschlossen. Die Frist zur Einreichung eines Ausstandsbegehrens ist am 25. April 2007 unbenutzt abgelaufen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht übernimmt, sofern es zuständig ist, die Beurteilung der beim Inkrafttreten des Verwaltungsgerichtsgesetzes bei Eidgenössischen Rekurs- oder Schiedskommissionen oder bei Beschwerdediensten der Departemente hängigen Rechtsmittel. Die Beurteilung erfolgt nach neuem Verfahrensrecht (Art. 53 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32]).

1.2 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht unter Vorbehalt der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen Beschwerden gegen Verfügungen nach Artikel 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich zweifellos um eine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG. Zulässig sind Beschwerden gegen Verfügungen von Vorinstanzen gemäss Art. 33 VGG. Die IV-Stelle für Versicherte im Ausland ist eine Vorinstanz im Sinn von Art. 33 Bst. d VGG. Gemäss Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) sind die Verfügungen der IV-Stelle für Versicherte im Ausland direkt beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.3 Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat an dessen Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Abs. 1 VwVG, vgl. auch Art. 59 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG, SR 830.1]). Er ist daher zur Beschwerde legitimiert.

1.4 Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 VwVG und Art. 52 Abs. 1 VwVG, vgl. auch Art. 60 Abs. 1 ATSG), weshalb auf sie einzutreten ist.

2.

2.1 Mit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht kann gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (Art. 49 VwVG).

2.2 Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 212).

3.

Aufgrund der Beschwerdebegehren streitig und damit zu prüfen ist im Folgenden, ob die Vorinstanz in ihrem Einspracheentscheid vom 9. Mai 2006 zu Recht das Gesuch des Beschwerdeführers um Zusprechung einer ganzen Invalidenrente abgewiesen hat, bzw. ob dem Beschwerdeführer entsprechend dem im Rahmen des Beschwerdeverfahrens gestellten Antrag der Vorinstanz auf Zusprechung einer Viertelsrente oder aber dem Antrag des Beschwerdeführers auf Zusprechung einer ganzen Rente stattzugeben ist.

4.

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

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

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

4.2.1 Der Beschwerdeführer ist Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft, so dass vorliegend das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Freizügigkeitsabkommen, nachfolgend FZA, SR 0.142.112.681) anwendbar ist (Art. 80a IVG in der Fassung gemäss Art. 2 Ziff. 7 des Bundesratsbeschlusses vom 17. Dezember 2004 über die Genehmigung und Umsetzung des Protokolls über die Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf die neuen EG-Mitgliedstaaten zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der EG und ihren Mitglied-

staaten andererseits sowie über die Genehmigung der Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, in Kraft seit 1. April 2006, AS 2006 979 994). Das Freizügigkeitsabkommen setzt die verschiedenen bis dahin geltenden bilateralen Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft insoweit aus, als darin derselbe Sachbereich geregelt wird (Art. 20 FZA). Gemäss Art. 8 Bst. a FZA werden die Systeme der sozialen Sicherheit koordiniert, um insbesondere die Gleichbehandlung aller Mitglieder der Vertragsstaaten zu gewährleisten.

4.2.2 Am 1. Januar 2003 sind das ATSG sowie die entsprechende Verordnung vom 11. September 2002 (ATSV, SR 830.11) in Kraft getreten. Da vorliegend der Rentenanspruch frühestens am 1. April 2003 beginnen konnte (vgl. E. 6.4), sind hier die Bestimmungen des ATSG und der ATSV anwendbar. Bezüglich der vorliegend auf Grund von Art. 2 ATSG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 IVG zu berücksichtigenden ATSG-Normen zur Arbeitsunfähigkeit (Art. 6), Erwerbsunfähigkeit (Art. 7), Invalidität (Art. 8) und zur Bestimmung des Invaliditätsgrades (Art. 16) sowie zur Revision der Invalidenrente und anderer Dauerleistungen (Art. 17) hat das Schweizerische Bundesgericht (vormals Eidgenössisches Versicherungsgericht) erkannt, dass es sich bei den in Art. 3-13 ATSG enthaltenen Legaldefinitionen in aller Regel um eine formellgesetzliche Fassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den entsprechenden Begriffen vor In-Kraft-Treten des ATSG handelt und sich inhaltlich damit keine Änderung ergibt, weshalb die hierzu entwickelte Rechtsprechung übernommen und weitergeführt werden kann (vgl. BGE 130 V 343 E. 3.1, 3.2 und 3.3). Auch die Normierung des Art. 16 ATSG führt nicht zu einer Modifizierung der bisherigen Judikatur zur Invaliditätsbemessung bei erwerbstätigen Versicherten, welche weiterhin nach der allgemeinen Methode des Einkommensvergleichs vorzunehmen ist (zu Art. 28 Abs. 2 IVG in der bis zum 31. Dezember 2002 in Kraft gestandenen Fassung vgl. BGE 128 V 29 E. 1, BGE 104 V 135 E. 2a und b).

4.2.3 Am 1. Januar 2004 ist die Änderung des Bundesgesetzes und der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 21. März 2003 bzw. vom 21. Mai 2003 (4. IV-Revision, AS 2003 3837 bzw. AS 2003 3859) in Kraft getreten. Die entsprechenden Bestimmungen sind anwendbar auf Sachverhalte, die sich nach diesem Datum verwirklicht

haben, vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen zur Änderung des IVG vom 21. März 2003 (AS 2003 3850).

5.

5.1 Anspruch auf eine Rente der schweizerischen Invalidenversicherung hat, wer invalid im Sinne des Gesetzes (ATSG/IVG) ist und beim Eintritt der Invalidität während mindestens eines vollen Jahres Beiträge an die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV) geleistet hat (Art. 36 Abs. 1 IVG). Diese Bedingungen müssen kumulativ gegeben sein; fehlt eine, so entsteht kein Rentenanspruch, selbst wenn die andere erfüllt ist.

Der Beschwerdeführer hat während 20 Monaten Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung geleistet, so dass die Voraussetzung der Mindestbeitragsdauer für den Anspruch auf eine ordentliche Invalidenrente gemäss Art. 36 Abs. 1 IVG erfüllt ist.

5.2 Meldet sich eine versicherte Person mehr als zwölf Monate nach Entstehen des Anspruchs an, so werden die Leistungen lediglich für die zwölf der Anmeldung vorangehenden Monate ausgerichtet (Art. 48 Abs. 2 IVG). Massgebend ist die Einreichung des Gesuchs beim Versicherungsträger, wobei für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union die Anmeldung beim Versicherungsträger des Wohnlandes massgebend ist (Art. 86 Abs. 1 der Verordnung [EWG] Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, Stand am 9. März 2004 [SR 0.831.109.268.1]). Vorliegend wurde das Gesuch am 19. November 2003 bei der österreichischen Pensionsversicherungsanstalt eingereicht, weshalb die Leistungen frühestens ab dem 19. November 2002 ausgerichtet werden können.

5.3 Demgemäss sind in Bezug auf die Entstehung des Anspruchs die Verhältnisse vom 19. November 2002 bis zum 9. Mai 2006 (Datum des Einspracheentscheids) zu überprüfen, denn nach der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts ist der rechtserhebliche Sachverhalt im Beschwerdeverfahren vor dem Sozialversicherungsgericht nach den tatsächlichen Verhältnissen zur Zeit des Erlasses der angefochtenen Verfügung zu beurteilen (BGE 129 V 4 E. 1.2 mit Hinweisen, vgl. auch THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage, Bern 2003, S. 489 Rz. 20).

5.4 Nach dem ATSG in Verbindung mit dem IVG ist der Begriff "Invalidität" nicht nach medizinischen Kriterien definiert, sondern nach der Unfähigkeit, Erwerbseinkommen zu erzielen (BGE 110 V 275 E. 4a, BGE 102 V 166) oder sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen. Dabei sind die Erwerbs- bzw. Arbeitsmöglichkeiten nicht nur im angestammten Beruf bzw. in der bisherigen Tätigkeit, sondern auch in zumutbaren Verweisungstätigkeiten zu prüfen.

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

Erwerbsunfähigkeit ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen 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). Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen und geistigen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt (Art. 6 ATSG).

5.5 Ein Anspruch auf eine ganze Rente besteht gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG in der bis zum 31. Dezember 2003 gültig gewesenen Fassung, wenn die versicherte Person mindestens zu zwei Dritteln, derjenige auf eine halbe Rente, wenn sie mindestens zur Hälfte und derjenige auf eine Viertelsrente, wenn sie mindestens zu 40% invalid ist. Nach dem seit 1. Januar 2004 in Kraft stehenden Art. 28 Abs. 1 IVG hat ein Versicherter Anspruch auf eine Viertelsrente bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40%, auf eine halbe Rente bei einem solchen von mindestens 50%, auf eine Dreiviertelsrente bei einem Grad der Invalidität von mindestens 60% und auf eine ganze Rente bei einem solchen von mindestens 70%.

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. Eine Ausnahme von diesem Prinzip gilt ab 1. Juni

2002 für Schweizer Bürgerinnen und Bürger sowie Angehörige von Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, welche Anspruch auf Viertelsrenten haben, wenn sie in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft Wohnsitz haben. Nach der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts stellt Art. 28 Abs. 1^{ter} IVG nicht eine bloße Auszahlungsvorschrift, sondern eine besondere Anspruchsvoraussetzung dar (BGE 121 V 275 E. 6c).

5.6 Für die Bestimmung des Invaliditätsgrades wird das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (sog. Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (sog. Valideneinkommen, Art. 16 ATSG).

Der Begriff des ausgeglichenen Arbeitsmarkts ist ein theoretischer und abstrakter Begriff, welcher dazu dient, den Leistungsbereich der Invalidenversicherung von jenem der Arbeitslosenversicherung abzugrenzen. Der Begriff umschliesst einerseits ein bestimmtes Gleichgewicht zwischen dem Angebot von und der Nachfrage nach Stellen; andererseits bezeichnet er einen Arbeitsmarkt, der von seiner Struktur her einen Fächer verschiedenartiger Stellen offen hält. Nach diesen Gesichtspunkten bestimmt sich im Einzelfall, ob die invalide Person die Möglichkeit hat, ihre restliche Erwerbsfähigkeit zu verwerten und ob sie ein rentenausschliessendes Einkommen zu erzielen vermag oder nicht (BGE 110 V 276 E. 4b; ZAK 1991 S. 320 E. 3b). Daraus folgt, dass für die Invaliditätsbemessung nicht darauf abzustellen ist, ob eine invalide Person unter den konkreten Arbeitsmarktverhältnissen vermittelt werden kann, sondern einzig darauf, ob sie die ihr verbliebene Arbeitskraft noch wirtschaftlich nutzen könnte, wenn die verfügbaren Arbeitsplätze dem Angebot an Arbeitskräften entsprechen würden (AHI 1998 S. 291 E. 3b). Von einer Arbeitsgelegenheit im Sinne von Art. 16 ATSG kann aber dort nicht mehr gesprochen werden, wo die zumutbare Tätigkeit nur in so eingeschränkter Form möglich ist, dass sie der allgemeine Arbeitsmarkt praktisch nicht kennt oder dass sie nur unter nicht realistischem Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers möglich wäre (SVR 1996 IV Nr. 70 S. 204 E. 3c, ZAK 1989 S. 322 E. 4).

5.7 Zu bemerken bleibt, dass aufgrund des im gesamten Sozialversicherungsrecht geltenden Grundsatzes der Schadenminderungspflicht ein in seinem bisherigen Tätigkeitsbereich dauernd arbeitsunfähiger Versicherter gehalten ist, innert nützlicher Frist Arbeit in einem anderen Berufs- oder Erwerbszweig zu suchen und anzunehmen, soweit sie möglich und zumutbar erscheint (BGE 113 V 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 sogenannte Verweisungstätigkeit hat sich der Versicherte anrechnen zu lassen (leidensangepasste Verweisungstätigkeit; ZAK 1986 S. 204 f.), wobei es unerheblich ist, ob er seine Restarbeitsfähigkeit tatsächlich verwertet oder nicht.

6.

Der Beschwerdeführer beantragt die Zusprechung einer ganzen Invalidenrente, eventualiter eine Begutachtung durch Schweizer Fachärzte. Zur Begründung macht er geltend, aufgrund eines chronischen Fibromyalgiesyndroms, einer Hämochromatose, chronischer arthrotischer Kniegelenksbeschwerden und einer seit Mai 2006 bestehenden Wirbelsäulenproblematik nicht mehr arbeitsfähig zu sein.

6.1 Aus den eingereichten medizinischen Berichten ergeben sich folgende Aussagen zur Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers:

Der Hausarzt Dr. med. K._____ hielt in seinem Bericht vom 7. März 2005 (act. 25) den Beschwerdeführer für nur mehr eingeschränkt arbeitsfähig. Mit Bericht vom 30. Mai 2006 erachtete er eine Arbeitsfähigkeit als bis auf Weiteres nicht gegeben. Zum Beginn und Verlauf der Arbeitsunfähigkeit machte der Arzt keine Angaben.

Dr. St._____, Facharzt für Neurologie und Psychiatrie, äusserte sich in seinem Gutachten vom 14. Oktober 2004 (act. 27) folgendermassen zur Arbeitsfähigkeit: Der Beschwerdeführer könne aus rein neurologisch-psychiatrischer Sicht leichte und bis zur Hälfte mittelschwere Arbeiten verrichten. Die Arbeiten sollten in unregelmässigem Wechsel zwischen Gehen, Stehen und Sitzen erfolgen. Bei Einhaltung des nötigen Kälte- und Nässeschutzes sowie des Schutzes vor kalter Zugluft seien Arbeiten bis zu einem Drittel im Freien möglich. Die Stundenanzahl richte sich nach den Erfordernissen eines ganztägigen Arbeitsverhältnisses mit den üblichen Unterbrechungen. Das häufige Heben und

Tragen von Lasten von über 15 kg solle vermieden werden, ebenso das Arbeiten auf Leitern und Gerüsten sowie häufiges Bücken und Treppensteigen. Ein Fussmarsch von 500 m könne in normalem Gehtempo in einem Zuge zurückgelegt werden. Der beschriebene Gesundheitszustand bestehe seit ca. 1 bis 2 Jahren (a.a.O. S. 16-17).

Dr. H._____, Facharzt für Innere Medizin, hielt in seinem Gutachten vom 12. Januar 2005 (act. 28) aus internistischer Sicht leichte und mittelschwere Arbeiten während 8 Stunden täglich für zumutbar. Die Arbeiten seien im Gehen, Stehen oder Sitzen möglich und könnten sowohl im Freien als auch in geschlossenen Räumen erfolgen. Häufiges und routinemässiges Bücken, Arbeiten, bei denen schnelle Lageänderungen zu erwarten seien, Arbeiten auf Leitern und Gerüsten sowie Arbeiten an gefährlichen Maschinen bzw. unter besonderem Stress müssten vermieden werden. Der Beschwerdeführer könne eine Strecke von 500 m in einem Zug ohne Pause in normaler Zeit zurücklegen (a.a.O. S. 12).

Dr. R._____, Facharzt für Hals-Nasen-Ohrenheilkunde, stellte in seinem Gutachten vom 30. März 2005 (act. 29) fest, eine Berufsinvalidität aus dem Hals-Nasen-Ohrenbereich liege nicht vor (a.a.O. S. 5).

Dr. S._____, Facharzt für Orthopädie und orthopädische Chirurgie, bezeichnete in seinem Gutachten vom 19. Mai 2005 (act. 30) leichte und zur Hälfte mittelschwere Arbeiten im unregelmässigen Wechsel von Gehen, Stehen und Sitzen als zumutbar. Unter konsequentem Schutz vor Nässe, Kälte und Zugluft könnten die Arbeiten auch im Freien ausgeführt werden. Die Arbeitsstunden richteten sich nach einem tagfüllenden Arbeitsverhältnis mit den üblichen Unterbrechungen; Überstunden seien nicht zumutbar. Zu vermeiden seien Arbeiten mit länger als einer Stunde dauernden Zwangshaltungen der Wirbelsäule, Arbeiten mit Anheben oder Tragen von schweren Lasten, Arbeiten mit überdurchschnittlich häufigem Bücken, Überkopfarbeiten sowie Arbeiten auf Leitern oder Gerüsten. Ein Fussweg von 500 m könne in angemessener Zeit zurückgelegt werden (a.a.O. S. 10-11).

Mag. M._____ kommt in ihrem berufskundlichen Sachverständigen-gutachten vom 21. September 2005 (act. 31) zum Schluss, der Beschwerdeführer sei in seinem angestammten Beruf als Maurer überhaupt nicht arbeitsfähig (a.a.O. S. 6). Zur Arbeitsfähigkeit in Tätigkeiten ausserhalb des Maurerberufs enthält das Gutachten keine Angaben.

6.2 Aus dieser Zusammenstellung wird ersichtlich, dass die vom Landesgericht Innsbruck beauftragten ärztlichen Gutachter den Beschwerdeführer in adaptierten Tätigkeiten übereinstimmend als zu 100% arbeitsfähig einstufen. Das Hauptgutachten von Dr. S. _____ vom 19. Mai 2005 (act. 30), welches eine Zusammenfassung der vorangegangenen Gutachten enthält (a.a.O. S. 11-14), liegt weniger als 1 Jahr vor dem angefochtenen Entscheid (Datum des Einspracheentscheids: 9. Mai 2006) und stellt eine aktuelle und hinreichende Beurteilungsgrundlage für den Gesundheitszustand des Beschwerdeführers im relevanten Zeitraum dar. In Berücksichtigung der genannten Gerichtsgutachten bezifferte Dr. med. A. _____ vom ärztlichen Dienst der Vorinstanz die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers als Maurer in seinem Bericht vom 13. August 2006 (act. 42) mit 50% und in leichten bis mittelschweren Tätigkeiten mit 100%. In Bezug auf die Zumutbarkeit der Verweisungstätigkeiten deckt sich Dr. med. A. _____s Einschätzung vollständig mit derjenigen der ärztlichen Gutachter. Eine abweichende Haltung vertritt der Hausarzt Dr. med. K. _____ in seinen Berichten vom 7. März 2005 (act. 25) und vom 30. Mai 2006. Da der letztgenannte Bericht keine Angaben zum vorangegangenen Krankheitsverlauf macht und das Datum des Einspracheentscheids vom 9. Mai 2006 die zeitliche Grenze der Überprüfung des Rentenanspruchs bildet (vgl. E. 5.3 vorstehend), kann der Arztbericht vom 30. Mai 2006 insofern nicht berücksichtigt werden, als er die gemäss den Ausführungen von Dr. med. K. _____ ab Mai 2006 neu hinzugekommene Wirbelsäulenproblematik betrifft und dieses Leiden nicht mehr in den zu überprüfenden Zeitraum fällt. Hinsichtlich der im Bericht vom 7. März 2005 (act. 25) geltend gemachten eingeschränkten Arbeitsfähigkeit ist darauf hinzuweisen, dass behandelnde Ärzte mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen (BGE 125 V 353 E. 3cc). Zu erwähnen ist auch, dass einer eingeschränkten Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers in qualitativer Hinsicht dadurch Rechnung getragen wurde, dass diesem nur mehr leichte bis mittelschwere Arbeiten zugemutet werden, was sich zu seinen Gunsten auf den Einkommensvergleich auswirkt. Die Vorinstanz hat somit zu Recht die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers in leidensangepassten Verweisungstätigkeiten auf 100% festgesetzt.

6.3 Der von der Vorinstanz gestützt auf dieses Ergebnis am 16. August 2006 durchgeführte Einkommensvergleich (act. 43) ergab eine Einkommenseinbusse von 45%. Der Berechnung des Invalideneinkom-

mens legte die Vorinstanz den Lohn als Hilfsarbeiter mit leichter Tätigkeit im Jahr 2005 zu Grunde. In Anbetracht des jungen Alters des Beschwerdeführers gewährte sie keinen leidensbedingten Abzug. Nach der Rechtsprechung ist beim Einkommensvergleich unter Verwendung statistischer Tabellenlöhne zu berücksichtigen, dass gesundheitlich beeinträchtigte Personen, die selbst bei leichten Hilfsarbeitertätigkeiten behindert sind, im Vergleich zu voll leistungsfähigen und entsprechend einsetzbaren Arbeitnehmern lohnmässig benachteiligt sind und deshalb in der Regel mit unterdurchschnittlichen Lohnansätzen rechnen müssen (BGE 129 V 472 E. 4.2.3 mit Hinweisen). Sodann ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass weitere persönliche und berufliche Merkmale einer versicherten Person, wie Alter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Nationalität oder Aufenthaltskategorie sowie Beschäftigungsgrad Auswirkungen auf die Lohnhöhe haben können (BGE 129 V 472 E. 4.2.3 mit Hinweisen). Der Einfluss sämtlicher Merkmale auf das Invalideneinkommen ist nach pflichtgemäßem Ermessen gesamthaft zu schätzen, wobei der Abzug auf 25% zu begrenzen ist (BGE 129 V 472 E. 4.2.3). Im vorliegenden Fall deutet nichts darauf hin, dass der Beschwerdeführer in einer gesundheitsangepassten Verweisungstätigkeit Lohneinbussen hinnehmen müsste, so dass zu Recht kein Abzug vom Tabellenlohn vorgenommen wurde. Der Einkommensvergleich erweist sich somit als korrekt und der Antrag der Vorinstanz auf Zusprechung einer Viertelsrente als begründet.

6.4 Vorliegend kann von der Annahme ausgegangen werden, dass es sich bei den Leiden des Beschwerdeführers um ein labiles Geschehen handelt, welches nach der Rechtsprechung erst nach Ablauf der Wartezeit gemäss Art. 29 Abs. 1 Bst. b IVG den Rentenanspruch auslöst (vgl. Urteil des Bundesgerichts I 163/2005 vom 30. Mai 2005, BGE 119 V 98 E. 4a). Demnach entsteht im vorliegenden Fall der Rentenanspruch frühestens in dem Zeitpunkt, in dem der Versicherte während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40 Prozent arbeitsunfähig im Sinn von Art. 6 ATSG gewesen war. Wie den Vorakten zu entnehmen ist (act. 2, 11), war der Beschwerdeführer ab April 2002 arbeitsunfähig (vgl. auch Vernehmlassung vom 18. August 2006). Mit der Vorinstanz ist daher der Beginn des Rentenanspruchs auf den 1. April 2003 festzusetzen.

6.5 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Antrag auf eine ganze Rente abgelehnt werden muss. Die geltend gemachte Verschlechterung des Gesundheitszustands ab Mitte 2006 (vgl. Dr. med.

A._____s Stellungnahme vom 14. Dezember 2006, act. 47) ist gemäss dem Antrag der Vorinstanz vom 18. Dezember 2006 in einem neuen Verfahren revisionsweise zu überprüfen.

6.6 Der Eventualantrag auf eine Begutachtung durch Schweizer Fachärzte wird abgelehnt, da der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers im zu überprüfenden Zeitraum durch zahlreiche medizinische Unterlagen, darunter das vom Landesgericht Innsbruck in Auftrag gegebene polydisziplinäre Gutachten vom 19. Mai 2005 (act 30), bestehend aus vier Teilgutachten (act. 27-30), hinreichend belegt ist.

6.7 Zusammenfassend wird festgestellt, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist. Dem Beschwerdeführer steht mit Wirkung ab 1. April 2003 eine Viertelsrente zu.

7.

7.1 Das Verfahren ist nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts kostenlos (Übergangsbestimmung zur Änderung des IVG vom 16. Dezember 2005 [AS 2006 2004], Bst. c in Verbindung mit Art. 69 Abs. 1bis IVG in der Fassung vom 16. Dezember 2005, in Kraft seit 1. Juli 2006 [AS 2006 2003] bzw. in Verbindung mit Art. 69 Abs. 2 IVG).

7.2 Da der Beschwerdeführer in diesem Verfahren teilweise obsiegt, ist ihm in Anwendung von Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 2 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 11. Dezember 2006 (VGKE, SR 173.320.2) eine Parteientschädigung von Fr. 1000.- zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen.

2.

Der Einspracheentscheid vom 9. Mai 2006 wird aufgehoben.

3.

Dem Beschwerdeführer wird eine Viertelsrente mit Wirkung ab 1. April 2003 zugesprochen.

4.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

5.

Dem Beschwerdeführer wird eine Parteientschädigung von Fr. 1000.- zu Lasten der Vorinstanz zugesprochen.

6.

Die Akten gehen an die Vorinstanz, damit sie im Sinn der Erwägung 6.5 verfare.

7.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (eingeschrieben, mit AR)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ...)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Franziska Schneider

Susanne Genner

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: