

**Bundesverwaltungsgericht**  
**Tribunal administratif fédéral**  
**Tribunale amministrativo federale**  
**Tribunal administrativo federal**



Abteilung III  
C-3114/2006/kui

{T 0/2}

**Urteil vom 25. November 2008**

Besetzung

Richter Stefan Mesmer (Vorsitz),  
Richter Alberto Meuli,  
Richter Francesco Parrino,  
Gerichtsschreiberin Ingrid Künzli.

Parteien

A. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Invalidenversicherung, Einspracheentscheid vom  
30. Oktober 2006.

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

Der am \_\_\_\_\_ 1941 geborene spanische Staatsangehörige A. \_\_\_\_\_ (*im Folgenden: Beschwerdeführer*) arbeitete laut dem individuellen Kontoauszug der schweizerischen Ausgleichskasse (act. 1) von 1968 bis 1975 in der Schweiz bei der Post. In Spanien führte er danach bis zur Berufsaufgabe ein eigenes Kleidergeschäft.

**B.**

Am 7. März 2005 (Ausgangsstempel, act. 5) übermittelte der spanische Versicherungsträger der Eidgenössischen Invalidenversicherung (IV), IV Stelle für Versicherte im Ausland (*im Folgenden: IVSTA*) ein Gesuch vom 18. Februar 2005 um Gewährung von Leistungen der Invalidenversicherung. Der Beschwerdeführer machte im Wesentlichen geltend, er leide seit 1990 an schweren Rückenproblemen.

**C.**

Mit Verfügung vom 12. September 2005 wies die IVSTA das Leistungsbegehren ab (act. 30). Zur Begründung hielt sie fest, aus den Akten ergebe sich weder eine bleibende Erwerbsunfähigkeit noch eine ausreichende durchschnittliche Arbeitsunfähigkeit während eines Jahres. Trotz des Gesundheitsschadens könne eine Tätigkeit ausgeübt werden, bei der ein rentenausschliessendes Erwerbseinkommen zu erzielen sei. Für ihren Entscheid zog die Vorinstanz die Akten des spanischen Versicherungsträgers, insbesondere das Formular E213 gemäss den Verordnungen über soziale Sicherheit der europäischen Gemeinschaften (*im Folgenden: Formular E213, act. 9*), bei.

**D.**

Gegen die abweisende Verfügung erhob der Beschwerdeführer am 17. Oktober 2005 Einsprache (act. 32) mit dem sinngemässen Antrag, es sei ihm rückwirkend, spätestens ab 1992, eine ganze Invalidenrente zuzusprechen, da er seit 1990 nicht mehr arbeiten könne und seit 1992 eine spanische Invalidenrente erhalte. Als Beweismittel reichte er einen Arztbericht von Dr. N. \_\_\_\_\_ vom 16. Oktober 2005 ein (act. 31).

**E.**

Mit Entscheid vom 30. Oktober 2006 (act. 37) wies die Vorinstanz die Einsprache des Beschwerdeführers ab. Zur Begründung ihres Ent-

scheides führte die IVSTA im Wesentlichen aus, die Arbeitsunfähigkeit sei durch den medizinischen Dienst der IVSTA beurteilt worden. Dem Arztbericht von Dr. N.\_\_\_\_\_ könnten keine relevanten, objektiv feststellbaren neuen Beeinträchtigungen des Gesundheitszustandes entnommen werden. Es liege keine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 40% vor. Vielmehr könne der Beschwerdeführer seine frühere Tätigkeit als Inhaber eines Kleidergeschäftes ohne Einschränkungen ausüben. Er erleide daher keine Erwerbseinbusse.

**F.**

Am 29. November 2006 reichte der Beschwerdeführer bei der Eidgenössischen Rekurskommission der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung für die im Ausland wohnenden Personen (*im Folgenden*: Rekurskommission) Beschwerde ein. Er beantragte sinngemäss, der Einspracheentscheid vom 30. Oktober 2006 sei aufzuheben und es sei ihm eine ganze Invalidenrente zuzusprechen. Gleichzeitig reichte er einen neuen Arztbericht von Dr. N.\_\_\_\_\_ vom 28. November 2006 ein.

**G.**

Am 1. Januar 2007 übernahm das Bundesverwaltungsgericht das vorliegende Beschwerdeverfahren.

**H.**

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 28. Februar 2007 die teilweise Gutheissung der Beschwerde.

Zur Begründung führte sie aus, gemäss den Feststellungen ihres medizinischen Dienstes sei der Beschwerdeführer ab dem 16. Oktober 2005 zu 50% arbeitsunfähig und ab dem 28. November 2006 zu 70%. Da es sich bei den Leiden des Beschwerdeführers um ein labiles pathologisches Geschehen handle, sei der Versicherungsfall nach Ablauf der einjährigen gesetzlichen Wartezeit am 16. Oktober 2006 eingetreten. Da aufgrund der Beschwerdevorbringen nicht davon ausgegangen werden könne, dass die dargelegte Neubeurteilung den Begehren des Beschwerdeführers voll entspreche, werde von einer Wiedererwägung des Einspracheentscheides und dem Erlass einer neuen Verfügung im hängigen Beschwerdeverfahren abgesehen. Sie stelle daher den Antrag, dem Beschwerdeführer, eventuell in bloss teilweiser Gutheissung der Beschwerde, mit Wirkung ab dem 1. Oktober 2006 bis zum 31. Dezember 2006 eine halbe IV-Rente zuzu-

sprechen. Ab dem 1. Januar 2007 bestehe ein Anspruch auf eine Altersrente.

**I.**

In der Replik vom 12. März 2007 hielt der Beschwerdeführer an seiner Beschwerde fest. Er änderte seine Rechtsbegehren aber insoweit, als er beantragte, die Rente sei ihm ab Februar 2005 zu gewähren, da er diese am 17. Februar 2005 beantragt habe. In Spanien erhalte er bereits seit 1990 eine Rente.

**J.**

Auch die IVSTA hielt in der Duplik vom 17. April 2007 an ihrem Rechtsbegehren fest und verwies zur Begründung auf die früheren Ausführungen. Weiter hielt sie fest, der Rentenantrag sei am 18. Februar 2005 gestellt worden, weshalb keine verspätete Anmeldung im Sinne von Art. 48 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) vorliege. Sie verbleibe bei den Ausführungen im Rahmen der Vernehmlassung.

**K.**

Mit Verfügung vom 27. April 2007 schloss der Instruktionsrichter den Schriftenwechsel und gab die Zusammensetzung des Spruchkörpers bekannt. Mit Verfügung vom 4. November 2008 gab er eine Änderung des Spruchkörpers bekannt. Es gingen keine Ablehnungsbegehren ein.

**L.**

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

Das Bundesverwaltungsgericht übernimmt, sofern es zuständig ist, die Beurteilung der am 1. Januar 2007 bei den Eidgenössischen Rekurs- oder Schiedskommissionen oder bei den Beschwerdediensten der Departemente hängigen Rechtsmittel. Das neue Verfahrensrecht ist anwendbar (vgl. Art. 53 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

**1.1** Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 und 34 VGG genannten Behörden. Die IVSTA ist als Bundesbehörde eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen dieser IV-Stelle ist zudem in Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) ausdrücklich vorgesehen.

**1.2** Im Streit liegt der Einspracheentscheid der IVSTA vom 30. Oktober 2006. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

**1.3** Als Adressat ist der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Einspracheentscheid berührt und er hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Änderung (Art. 59 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG], SR 830.1). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten (vgl. Art. 38 ff. und Art. 60 ATSG, Art. 52 VwVG).

## **2.**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Vorbehalten bleiben gemäss Art. 3 Bst. d<sup>bis</sup> VwVG die Bestimmungen des ATSG.

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

## **3.**

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 aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begrün-

derung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 212).

#### 4.

Im Folgenden sind zunächst die im vorliegenden Verfahren massgebenden gesetzlichen Grundlagen und von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze darzulegen.

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

Die Bemessung des Invaliditätsgrads richtet sich auch nach dem Inkrafttreten des FZA nach schweizerischem Recht (BGE 130 V 253 E. 2.4). 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 Spanien und der Schweiz (ebenso wie für das

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

**4.2** Nach der Rechtsprechung stellt das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung einer Streitsache in der Regel auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Einspracheentscheides (hier: 30. Oktober 2006) 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 445 E. 1.2.1).

Für die Beurteilung des Rentenanspruch sind die jeweiligen ab dem Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs bis zum Erlass des Einspracheentscheids in Kraft stehenden Fassungen des ATSG, des IVG, der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201), des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10) und der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV, SR 831.101) massgebend.

**4.3** Anspruch auf eine Rente der schweizerischen Invalidenversicherung hat, wer invalid im Sinne des Gesetzes ist (Art. 8 ATSG) 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 unbestrittenermassen während mehr als einem Jahr Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung geleistet, so dass die Voraussetzung der Mindestbeitragsdauer für den Anspruch auf eine ordentliche Invalidenrente zweifellos erfüllt ist. Zu prüfen bleibt damit, ob und gegebenenfalls ab wann und in welchem Umfang der Beschwerdeführer invalid im Sinne des Gesetzes ist.

**4.4** Laut Art. 8 Abs. 1 ATSG ist unter dem Begriff der Invalidität die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit zu verstehen. 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).

**4.5** Seit dem 1. Januar 2004 besteht der Anspruch auf eine ganze Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 70%, derjenige auf eine Drei-Viertels-Rente bei einem solchen von mindestens 60%, derjenige auf eine halbe Rente ab einem Grad der Invalidität von 50% und derjenige auf eine Viertelsrente ab einem solchen von 40%. Gemäss Art. 28 Abs. 1<sup>ter</sup> IVG werden Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50% entsprechen, nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt Art. 28 Abs. 1<sup>ter</sup> IVG nicht eine blosse Auszahlungsvorschrift, sondern eine besondere Anspruchsvoraussetzung dar (BGE 121 V 275 E. 6c). Eine Ausnahme von diesem Prinzip gilt seit dem 1. Juni 2002 für Schweizer Bürger und Staatsangehörige der Europäischen Gemeinschaft, denen bei einem Invaliditätsgrad ab 40% eine Rente ausgerichtet wird, wenn sie in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft Wohnsitz haben (BGE 130 V 252 E. 2.3 und 3.1).

**4.6** Hinsichtlich der Entstehung des Anspruchs auf eine Invalidenrente schreibt Art. 29 Abs. 1 IVG (in der hier anwendbaren, bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung) vor, dass der Rentenanspruch nach Art. 28 IVG frühestens in dem Zeitpunkt entsteht, in dem die versicherte Person mindestens zu 40% bleibend erwerbsunfähig bzw. bleibend invalid (vgl. THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Bern 2003, §52 N13) geworden ist (Bst. a: Dauerinvalidität) oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch

zu mindestens 40% arbeitsunfähig gewesen war (Bst. b: labiles pathologische Geschehen; z.B. langdauernde Krankheit).

Für die Annahme bleibender Invalidität im Sinne von Art. 29 Abs. 1 Bst. a IVG und Art. 29 IVV ist nach ständiger Rechtsprechung die überwiegende Wahrscheinlichkeit erforderlich, dass ein weitgehend stabilisierter, im Wesentlichen irreversibler Gesundheitsschaden vorliegt, welcher die Erwerbsfähigkeit der versicherten Person voraussichtlich dauernd in rentenbegründendem Ausmass beeinträchtigen wird. Als relativ stabilisiert kann ein ausgesprochen labil gewesenes Leiden nur dann betrachtet werden, wenn sich sein Charakter deutlich in der Weise geändert hat, dass vorausgesehen werden kann, in absehbarer Zeit werde keine praktisch erhebliche Wandlung mehr erfolgen (BGE 119 V 102 E. 4a mit Hinweisen). Diese Rechtsprechung führt dazu, dass die Annahme bleibender Invalidität im Rahmen von Art. 29 IVG Seltenheitswert hat; in Betracht fällt sie etwa bei Amputationen (ULRICH MEYER-BLASER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, Zürich 1997, S. 232 f., mit weiteren Hinweisen). Fehlen die genannten restriktiven Kriterien, so ist die Frage, wann ein allfälliger Rentenanspruch entsteht und mithin der Versicherungsfall eintritt, stets nach Massgabe von Art. 29 Abs. 1 Bst. b IVG zu prüfen. Mit der in dieser Bestimmung vorgesehenen Wartezeit von einem Jahr wird eine Abgrenzung zwischen den Aufgaben der Invalidenversicherung und denjenigen der sozialen Kranken- und Unfallversicherung bezweckt; letztere haben während der Wartezeit in erster Linie für den Erwerbsausfall bei Krankheit oder Unfall aufzukommen (BGE 111 V 23 E. 3a). Nach Art. 29<sup>ter</sup> IVV liegt ein wesentlicher Unterbruch der Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Art. 29 Abs. 1 Bst. b IVG vor, wenn die versicherte Person an mindestens 30 aufeinanderfolgenden Tagen voll arbeitsfähig war.

**4.7** 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 Einkommensvergleich hat in der Regel in der Weise zu erfolgen, dass die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen ziffernmässig möglichst genau ermittelt und einander gegenüberge-

stellt werden, worauf sich aus der Einkommensdifferenz der Invaliditätsgrad bestimmen lässt. Insoweit die fraglichen Erwerbseinkommen ziffernmässig nicht genau ermittelt werden können, sind sie nach Massgabe der im Einzelfall bekannten Umstände zu schätzen und die so gewonnenen Annäherungswerte miteinander zu vergleichen (allgemeine Methode des Einkommensvergleichs; vgl. BGE 128 V 29 E. 1, BGE 104 V 135 E. 2a und b; ZAK 1990 S. 518 E. 2).

Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, sind die Verwaltung und im Beschwerdeverfahren das Gericht auf Unterlagen angewiesen, die der Arzt und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes ist es, den Gesundheitsschaden zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten der Versicherte arbeitsunfähig ist. Im Weiteren sind die ärztlichen Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen dem Versicherten noch zugemutet werden können (vgl. BGE 115 V 134 E. 2, BGE 114 V 314 E. 3c mit Hinweisen; ZAK 1991 S. 319 E. 1c). Es sind demnach nicht nur die Erwerbsmöglichkeiten im angestammten Beruf, sondern auch in zumutbaren Verweisungstätigkeiten zu prüfen. Bei der Bemessung der Invalidität ist auf die objektiven wirtschaftlichen Folgen der funktionellen Behinderung abzustellen, welche nicht zwingend mit dem vom Arzt festgelegten Grad der funktionellen Einschränkung übereinstimmen müssen (vgl. BGE 110 V 273 E. 4a [= ZAK 1985 S. 462 E. 4A]).

## 5.

Der Beschwerdeführer macht hauptsächlich geltend, er sei aufgrund seines Rückenleidens nicht mehr in der Lage zu arbeiten. Dies bestätige auch der Entscheid des spanischen Versicherungsträgers vom 14. Februar 1992 (act. 13).

**5.1** Dr. T.\_\_\_\_\_ führte in seinem medizinischen Bericht vom 13. April 2004 (Formular E213, act. 9) im Wesentlichen aus, der Beschwerdeführer sei seit dem 14. Februar 1992 in Spanien anerkannter Massen vollständig arbeitsunfähig in seiner bisherigen Tätigkeit als Inhaber eines Kleidergeschäftes. Der Entscheid sei aufgrund des Befundes gefällt worden, wonach er sich einer Bandscheibenoperation habe unterziehen müssen. Er leide an Rückenbeschwerden mit Ausstrahlung in die unteren linken Gliedmassen (chronische Rückenschmerzen und Episoden von Ischialgie links). Die aktuelle Behand-

lung bestehe in der Verabreichung von Schmerzmitteln zur Symptombekämpfung. Gemäss dem ärztlichen Bericht von Dr. N.\_\_\_\_\_ vom 12. September 1991 (act. 11) sei er im Jahre 1982 operiert worden. Die radiologischen Befunde hätten eine Lordose der Lendenwirbelsäule gezeigt. Begleitet werde diese von einer Skoliose. Die Rotation der Wirbelsäule sei nur bis 5 Grad möglich und deren Flexion bereits bei 60 Grad schmerzhaft. Bewegungen und Gang seien unauffällig. Die Reflexe in den unteren Gliedmassen seien erhalten. Als Diagnose nannte Dr. T.\_\_\_\_\_ einen Status nach Operation der Diskushernie in der Lendenwirbelsäule. Der Beschwerdeführer müsse das Heben von Gewichten über die Höhe der Lendenwirbelsäule und das Besteigen von Leitern vermeiden. Der aktuelle Gesundheitszustand sei im Vergleich zu 1992 unverändert. Als Nebendiagnose wurde noch eine beidseitige Kurzsichtigkeit, welche mit einer Brille korrigiert werde, festgestellt.

**5.2** Dr. E.\_\_\_\_\_ hielt am 2. September 2005 (act. 24) in Kenntnis der eingereichten Unterlagen für den medizinischen Dienst der IVSTA fest, der Beschwerdeführer habe sich im Februar 1992 (*recte* wohl 1982) einer Operation der Diskushernie im Lendenbereich unterzogen. Er habe aber auch danach über Rückenschmerzen mit Ausstrahlung in die unteren linken Gliedmassen geklagt. Der Allgemeinzustand sei gut. Er leide unter einer funktionellen Einschränkung der Wirbelsäule, jedoch ohne Zeichen einer Hypotrophie oder von Einschränkungen der Reflexe, welche auf radikuläre Schädigungen hinweisen würden. Die Krankheit sei heilbar und mit seiner zuletzt ausgeübten Tätigkeit zu vereinbaren. Als Diagnose stellte er den Status nach der Operation einer Lendendiskushernie und ein chronisches lumbovertebrales Syndrom fest.

**5.3** Im Arztbericht vom 16. Oktober 2005 von Dr. N.\_\_\_\_\_ (act. 31, eingereicht mit der Einsprache vom 17. Oktober 2005) wurde im Wesentlichen festgehalten, der Beschwerdeführer leide an dauerhaften Rückenschmerzen mit beidseitiger Ausstrahlung in beide unteren Gliedmassen. Er habe Schmerzen im Knie, welche einen Klinikaufenthalt notwendig machten, zudem müssten die operierten perianalen Fisteln überprüft werden. Es seien radiologische Untersuchungen der Wirbelsäule mit den folgenden Befunden durchgeführt worden: Skoliose mit doppelter Krümmung im Lendenbereich von 10 Grad mit zwei Kreuzdrehungen, mit linker lumbaler Krümmung, degenerative Spondylose-Arthrose mit Osteophytose an der Wirbelsäule, Verlust der

Körpersilhouette. Allgemeine Diskarthrose mit Einklemmung bei L5-S1 und L4-L5, nahezu vollständig beim zweiten und verkalkt im ersten Wirbel ohne dauerhafte Lösung. In der seitlichen aufrechten Ansicht zeige sich die Geradestellung der Lordose mit grosser Kontraktion, die klinisch bei Palpation schmerzhaft sei. Der Beschwerdeführer leide an beidseitiger Gonarthrose, welche einer Knieprothese bedürfe. Er sei selbst für leichte Tätigkeiten sehr eingeschränkt und benötige praktisch permanent Hilfe Dritter.

**5.4** Dr. B.\_\_\_\_\_ kam in ihrem Bericht vom 13. Oktober 2006 (act. 36) für den medizinischen Dienst der IVSTA jedoch zum Schluss, die aufgeführten pathologischen Befunde ohne klinische Untersuchungen führten zu keiner geänderten Beurteilung der Arbeitsfähigkeit als Inhaber eines Kleidergeschäftes. Es existieren keine Befunde, welche eine langfristige Unterbrechung dieser Tätigkeit rechtfertigten.

**5.5** In dem vom Beschwerdeführer eingereichten Arztbericht von Dr. N.\_\_\_\_\_ vom 28. November 2006 werden folgende Diagnosen gestellt: Behandelte perianale Fistel, Spondylarthrose mit allgemeiner Wirbelarthrose, Scoliose mit zwei Krümmungen der Lendenwirbelsäule, beidseitige Gonarthrose. Der Vergleich von aktuellen mit früheren Röntgenaufnahmen zeige degenerative Veränderungen der Wirbelsäule mit Osteoporose (markierte Rückenwirbel), doppelte Kreuzdrehung und skoliotische Krümmung gleichen Grades, ungleiche Struktur und Kompensation durch die beiden unteren Gliedmassen mit Verkürzung des linken Beines. Zudem stellte er eine Coxarthrose beidseitig fest, welche schmerzhaft in der Bewegung sei und eine eingeschränkte Beweglichkeit verursache, weiter eine Gonarthrose beidseitig mit Einklemmung der inneren Räume und eine Sklerose des Schienbeinkopfplateaus mit Wassereinlagerungen. Hüften und Knie indizierten einen chirurgischen Eingriff zur Implantation von zementfreien Prothesen. Der Beschwerdeführer sei auch in ganz leichte Tätigkeiten stark eingeschränkt.

**5.6** Dr. B.\_\_\_\_\_ kam bei einer erneuten Überprüfung der medizinischen Unterlagen (act. 43) am 30. Januar 2007 zur Einschätzung, dass der Beschwerdeführer seit dem 16. Oktober 2005 zu 50% und seit dem 28. November 2006 zu 70% in jeder Tätigkeit arbeitsunfähig sei. Es liege eine klare Verschlechterung des Gesundheitszustandes betreffend der mehrstufigen, degenerativen Veränderungen im Lendenwirbelsäulenbereich mit Kyphoskoliose vor. Der Zustand der Hüft-

gelenke und der Knie machten in Kürze die Implantation von Prothesen nötig. Dr. B.\_\_\_\_\_ stellte folgende Diagnosen:

- Spondylarthrose mehrstufig mit einer Skoliose dorso-lumbalis
- Coxarthrose und Gonarthrose beidseitig fortgeschritten
- Status nach einer Operation der Diskushernie im Jahre 1982

Abschliessend hielt die Ärztin fest, es mache vorliegend keinen Sinn, frühere medizinische Unterlagen einzufordern, da dem Beschwerdeführer vor Oktober 2005 die Ausübung einer Tätigkeit als Inhaber eines Kleidergeschäftes zumutbar gewesen sei.

**5.7** Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass es sich bei den diagnostizierten Leiden um ein labiles pathologisches Geschehen handelt, so dass ein Versicherungsfall erst eingetreten sein kann, nachdem der Beschwerdeführer ohne wesentlichen Unterbruch während eines Jahres durchschnittlich zu mindestens 40% arbeitsunfähig gewesen ist.

## **6.**

Der Beschwerdeführer meldete sich am 18. Februar 2005 für den Bezug von Leistungen der schweizerischen Invalidenversicherung an. Da Renten gemäss Art. 48 Abs. 2 IVG – selbst wenn bereits früher ein Anspruch entstanden wäre – lediglich für die zwölf der Anmeldung vorangehenden Monate ausbezahlt werden, ist vorliegend nur der Gesundheitszustand in der Zeit ab 18. Februar 2004 bis zum Erreichen des AHV-Rentenalters (1. Januar 2007) zu beurteilen.

**6.1** Aus den vorliegenden medizinischen Unterlagen geht hervor, dass der Beschwerdeführer unter ausgeprägten Beschwerden und degenerativen Veränderungen im Rücken- und Hüftbereich sowie in den Knien leidet. Auch wenn die medizinische Dokumentation für die fragliche Zeitspanne nicht sehr umfangreich ist, kann doch aus dem Arztbericht vom 16. Oktober 2005 von Dr. N.\_\_\_\_\_ (act. 31) mit ausreichender Sicherheit geschlossen werden, dass zu diesem Zeitpunkt die Leiden derart gravierend waren, dass der Beschwerdeführer in seiner angestammten Tätigkeit als Inhaber eines Kleidergeschäftes zu 50% arbeitsunfähig war. Es ist nachvollziehbar, wenn die Vorinstanz nun gestützt auf neueste Einschätzung ihres ärztlichen Dienstes ab dem dem 16. Oktober 2005 von einer 50%-igen Arbeitsunfähigkeit ausgeht. Das eingereichte Arztzeugnis vom 28. November 2006 belegt klar, dass bis ins Jahr 2006 eine Verschlechterung des allgemeinen Ge-

sundheitszustandes eingetreten ist, dies insbesondere in Bezug auf die dargelegten degenerativen Veränderungen in beiden Hüftgelenken und den Knien. Die Beurteilung von Dr. B.\_\_\_\_\_ vom 30. Januar 2007 erscheint als schlüssig und nachvollziehbar, wenn es auch erstaunt, dass sie in ihrer Beurteilung vom 13. Oktober 2006 – in Kenntnis des Berichts von Dr. N.\_\_\_\_\_ vom 16. Oktober 2005 – noch zu anderen Schlussfolgerungen gekommen ist.

Da nach übereinstimmenden ärztlichen Aussagen auch keine leichtere Verweisungstätigkeit in Frage kommt, ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass der Beschwerdeführer ab dem 16. Oktober 2005 (Bericht von Dr. N.\_\_\_\_\_) zu 50% arbeitsunfähig war und daher nach Ablauf der 12-monatigen Wartezeit (Art. 29 Abs. 1 Bst. b IVG) im Oktober 2006 der Versicherungsfall eingetreten ist.

**6.2** Der Beschwerdeführer macht allerdings geltend, es sei ihm schon ab Februar 2005 (also ab seiner Anmeldung) eine Rente zuzusprechen. Sinngemäss stellt er sich damit auf den Standpunkt, seine Leiden hätten schon vor dem 16. Oktober 2005 zu einer rentenrelevanten Arbeitsunfähigkeit im angestammten Tätigkeitsbereich geführt.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. In den vorliegenden Arztberichten finden sich nach übereinstimmender, nachvollziehbarer Einschätzung der Ärzte des medizinischen Dienstes der Vorinstanz (Dr. B.\_\_\_\_\_ und Dr. E.\_\_\_\_\_) für die Zeit vor Oktober 2005 keine ausreichenden Hinweise auf einen Gesundheitsschaden, welcher auf eine mindestens 40%-ige Arbeitsunfähigkeit in leichten, wechselbelastenden Tätigkeiten (wie beispielsweise als Inhaber eines Kleidergeschäftes) schliessen liesse. Auch wenn relativ wenig medizinische Unterlagen für diese Zeit vorliegen, erscheint es als wenig aussichtsreich und angesichts der kurzen umstrittenen Zeitspanne sowie dem Eintritt des AHV-Alters am 1. Januar 2007 auch unverhältnismässig, nachträglich noch retrospektive ärztliche Untersuchungen bezüglich des Gesundheitszustandes vor nunmehr drei Jahren vornehmen zu lassen. Es wäre Sache des Beschwerdeführers gewesen, im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht zu gegebener Zeit aussagekräftigere ärztliche Berichte zu seinem Gesundheitszustand vor dem 16. Oktober 2005 vorzulegen.

**6.3** Aufgrund des letzten Berichtes von Dr. N.\_\_\_\_\_ kommt Dr. B.\_\_\_\_\_ zum Schluss, dass die Arbeitsunfähigkeit des

Beschwerdeführers ab dem 28. November 2006 70% betragen habe. Gemäss Art. 88a Abs. 2 IVV ist bei einer Verschlechterung der Erwerbsfähigkeit oder der Fähigkeit sich im Aufgabenbereich zu betätigen, diese anspruchsbeeinflussende Änderung zu berücksichtigen, sobald sie ohne wesentliche Unterbrechung drei Monate gedauert hat. Da der Beschwerdeführer ab dem 1. Januar 2007 Anspruch auf eine Altersrente hat, kann die im November 2006 eingetretene Verschlechterung des Gesundheitszustand somit keinen Einfluss auf die Höhe der Invalidenrente bis Ende 2006 haben.

**6.4** Dr. B. \_\_\_\_\_ nennt in ihrem Bericht keine zumutbaren Verweistätigkeiten, sondern beurteilt den Beschwerdeführer zu 50% bzw. 70% arbeitsunfähig für jegliche Tätigkeiten. Da er bis anhin in einem Beruf arbeitete, welcher als leichte wechselbelastende Tätigkeit zu qualifizieren ist, verbleiben keine leidensangepassten Arbeiten, welche noch als zumutbar einzustufen wären. Der Grad der Arbeitsunfähigkeit entspricht somit vorliegend der Einkommenseinbusse und damit dem Invaliditätsgrad.

## **7.**

Der Beschwerdeführer war ab dem 16. Oktober 2005 zu 50% invalid und hat daher ab dem 1. Oktober 2006 bis zum 31. Dezember 2006 Anspruch auf eine halbe Invalidenrente. Die Beschwerde vom 29. November 2006 ist daher teilweise gutzuheissen.

## **8.**

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

**8.1** Weder dem Beschwerdeführer noch der Vorinstanz, die je teilweise unterliegen, sind Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG und Art. 6 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE], SR 173.320.2).

**9.** Dem Beschwerdeführer, der sich anwaltlich nicht vertreten liess und dem keine notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten entstanden sind, ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 4 VGKE). Auch die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung ( Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und der Einspracheentscheid der IV-Stelle für Versicherte im Ausland vom 30. Oktober 2006 wird aufgehoben.

Dem Beschwerdeführer ist ab dem 1. Oktober 2006 bis zur Erreichung des AHV-Alters am 1. Januar 2007 eine halbe Invalidenrente auszurichten.

**2.** Die Akten gehen zur Berechnung und Festsetzung der Rente an die Vorinstanz.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**4.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben mit Rückschein)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. \_\_\_\_\_)
- Bundesamt für Sozialversicherungen

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Stefan Mesmer

Ingrid Künzli

**Rechtsmittelbelehrung:**

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

Versand: