



Abteilung III
C-353/2008
{T 0/2}

Urteil vom 06. Juli 2009

Besetzung

Richterin Franziska Schneider (Vorsitz),
Richter Stefan Mesmer,
Richter Michael Peterli,
Gerichtsschreiberin Christine Schori Abt.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Marco Mona,
Beschwerdeführer,

gegen

IV-Stelle für Versicherte im Ausland IVSTA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Invalidenrente, Revision, Verfügung
vom 4. Dezember 2007

Sachverhalt:**A.**

Herr A._____, geboren am (...) 1968, ist portugiesischer Staatsangehöriger. Er arbeitete ab 1987 als Hilfsarbeiter auf dem Bau in der Schweiz und zahlte für diese Zeit die obligatorischen Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV). In den Ferien in Portugal erlitt er im Jahr 1989 einen Motorradunfall, woraufhin ihm beide Ellbogen operiert werden mussten. Sein letzter Arbeitstag in der Schweiz war im September 1999 (vgl. MEDAS-Gutachten Seite 6). Am 15. Juli 1999 (act. 1) stellte er ein Gesuch um Leistungen der Invalidenrente (Berufsberatung, Umschulung auf eine neue Tätigkeit, Arbeitsvermittlung und Rente). Nach medizinischen, beruflichen und wirtschaftlichen Abklärungen verfügte die IV-Stelle Z._____ am 21. September 2001 (act. 44-46), dass dem Versicherten mit Wirkung ab 14. Juli 1998 ein halbe Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von 50 % und ab 15. Dezember 1999 eine ganze Rente bei einem Invaliditätsgrad von 67 % zustehe (act. 44-46).

B.

Mit Schreiben vom 12. Oktober 2004 (act. 59) informierte der Versicherte die IV-Stelle Z._____, er verlege ab November 2004 seinen Wohnsitz nach Portugal. Die nun neu zuständig gewordene IV-Stelle für Versicherte im Ausland (IVSTA) erstellte am 23. November 2004 eine Mitteilung, in welcher sie bestätigte, dass dem Versicherten mit Wirkung ab 1. Dezember 2004 eine ganze Rente bei einem Invaliditätsgrad von 67 % ausgerichtet werde (act. 61).

C.

Die IVSTA leitete am 10. März 2006 eine Revision der IV-Leistungen an den Versicherten ein (act. 62). In der Folge beauftragte die IVSTA am 17. Juli 2006 die MEDAS Y._____, eine pluridisziplinäre Begutachtung des Versicherten durchzuführen (act. 64). Dres. med. B._____ und C._____ von der MEDAS Y._____ fassten in ihrem Gutachten vom 1. Mai 2007 zusammen, dass dem Versicherten die zuletzt ausgeübte Tätigkeit als Hilfsarbeiter auf dem Bau nach wie vor nicht mehr zumutbar sei. Für eine körperlich leichte Tätigkeit mit gewissen Einschränkungen betrage die Arbeitsfähigkeit 66.6 %. Limitierend seien hier lediglich die psychopathologischen Befunde (act. 76).

D.

Der medizinische Dienst der IVSTA beurteilte am 19. Juli 2007 den Gesundheitszustand des Versicherten aufgrund der Akten und hielt fest, dass beim Versicherten ab dem 31. Januar 2007 eine Arbeitsfähigkeit von 65 % in Verweisungstätigkeiten bestehe (act. 78). Aufgrund dieser Angaben ergab der am 8. August 2007 erstellte Einkommensvergleich einen Invaliditätsgrad von 35.67 % ab dem 31. Januar 2007 (act. 79). Mit Vorbescheid vom 29. August 2007 teilte die IVSTA dem Versicherten mit, dass kein Anspruch mehr auf eine Invalidenrente bestehe (act. 80).

E.

Der Versicherte liess zusammen mit seiner Stellungnahme vom 30. Oktober 2007 (act. 87) zum Vorbescheid vom 29. August 2007 (act. 80) neuere Arztberichte (von Dr. D._____, Neurochirurg, 14. September 2007; Dr. E._____, Orthopädin, 21. September 2007; Dr. F._____, Allgemeinmediziner, 24. September 2007; Dr. G._____, Psychiater, 26. September 2007) einreichen und beantragte, es sei ihm unverändert weiterhin eine Dreiviertelrente auszurichten.

F.

Nachdem die IVSTA das Dossier erneut ihrem medizinischen Dienst zur Beurteilung unterbreitet hatte, verfügte sie am 4. Dezember 2007 (act. 91), es bestehe ab 1. Februar 2008 kein Anspruch mehr auf eine Rente der Invalidenversicherung. Aufgrund der neu erhaltenen Unterlagen habe sie festgestellt, dass der Versicherte wieder in der Lage wäre, eine dem Gesundheitszustand angepasste Tätigkeit auszuüben. Dabei könne der Versicherte mehr als 60 % des Erwerbseinkommens erzielen, das er erreichen würde, wenn er nicht invalid geworden wäre.

G.

Der Versicherte (nachfolgend: Beschwerdeführer) liess am 17. Januar 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben. Er beantragte, es sei ihm weiterhin die bisherigen IV-Leistungen zuzusprechen. Ausserdem stellte er den Antrag, es sei ihm die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihm in der Person des Unterzeichnenden Vertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben. Der Beschwerde legte er nochmals die gleichen Arztberichte wie bereits in der Stellungnahme vom 30. Oktober 2007 bei.

H.

Die IVSTA (nachfolgend: Vorinstanz) reichte am 5. Mai 2008 ihre Vernehmlassung ein und beantragte, es sei in teilweiser Gutheissung der Beschwerde festzustellen, dass der Beschwerdeführer ab dem 1. Februar 2008 noch Anspruch auf eine halbe Invalidenrente habe. Die Beschwerde vermöge keine Veranlassung zu einem Abweichen von der Beurteilung des ärztlichen Dienstes gestützt auf das MEDAS-Gutachten zu geben. Als begründet erweise sich die Beschwerde insoweit, als das Abweichen von den ursprünglichen Berechnungsgrundlagen im Einkommensvergleich gerügt werde. Zu einer Änderung der Berechnungsgrundlagen habe tatsächlich kein Anlass bestanden. Die neue Berechnung habe ergeben, dass der Invaliditätsgrad des Beschwerdeführers noch 58 % betrage.

I.

Mit Replik vom 13. Juni 2008 hielt der Beschwerdeführer an seinen Anträgen vollumfänglich fest. Es sei ihm ein leidensbedingter Abzug von 15 bis 20 % vom Invalidenlohn zu gewähren. Zudem weiche das beanstandete Gutachten der MEDAS Y. _____ vom 1. Mai 2007 vom Erstgutachten aus dem Jahr 2001, welches zur Berentung führte, ab, ohne objektiv feststellbare (neue) Gesichtspunkte vorzubringen. Es handle sich um eine andere Beurteilung desselben medizinischen Sachverhaltes ohne Begründung und ohne Umschreibung der festgestellten Verbesserung.

J.

Mit Duplik vom 23. Juni 2008 hielt die Vorinstanz fest, dass sie bezüglich der medizinischen Beurteilung auf ihre Vernehmlassung verweise und bei der Verwendung von DAP-Zahlen grundsätzlich kein Leidensabzug vorzunehmen sei und verwies auf BGE 129 V 472 ff. E. 4.2.3. Der von der Vorinstanz dennoch gewährte Abzug sei wohlwollend vorgenommen worden.

K.

Mit Verfügung vom 31. Oktober 2008 forderte die Instruktionsrichterin den Beschwerdeführer auf, das Formular „Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege“ auszufüllen und mit den nötigen Beweismitteln ergänzt zu retournieren.

L.

Der Beschwerdeführer liess mit Schreiben vom 8. Januar 2009 das ausgefüllte Formular sowie einige Belege einreichen.

M.

Die Instruktionsrichterin hielt mit Verfügung vom 10. Februar 2009 fest, dass das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung aufgrund der vorhandenen Unterlagen abgewiesen werden müsste, weshalb sie dem Beschwerdeführer eine nochmalige Frist zur Einreichung weiterer Unterlagen insbesondere zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen, dem Wert der Liegenschaft sowie der Hypothekarbelastung gewährte.

Der Beschwerdeführer liess mit Schreiben vom 13. März 2009 eine Erklärung der H._____ vom 18. Februar 2009 betreffend Hypothek sowie einen Grundbuchauszug einreichen.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021), sofern kein Ausnahmetatbestand erfüllt ist (Art. 31, 32 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 172.32]). 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 (vgl. auch Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 [IVG, SR 831.20]).

Die angefochtene Verfügung ist als Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG zu qualifizieren, und eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2 Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt. Das VwVG findet aufgrund von Art. 3 Bst. d^{bis} VwVG jedoch keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das Bundes-

gesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) anwendbar ist. Nach Art. 2 des ATSG sind die Bestimmungen des ATSG anwendbar, soweit die einzelnen Sozialversicherungsgesetze des Bundes dies vorsehen. Nach Art. 1 Abs. 1 IVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die Invalidenversicherung (Art. 1a-26^{bis} und 28-70) anwendbar, soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

1.3 Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat an deren Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Abs. 1 VwVG; vgl. auch Art. 59 ATSG). Er ist daher zur Beschwerde legitimiert.

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

2.

2.1 Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht 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).

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).

Mit Verfügung vom 4. Dezember 2007 sprach die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit Wirkung ab dem 1. Februar 2008 keine Invalidenrente mehr zu. Der Beschwerdeführer beantragte in seiner Beschwerde, es seien ihm weiterhin die bisherigen IV-Leistungen zuzusprechen. Mit Vernehmlassung vom 5. Mai 2008 kam die Vorinstanz auf ihre Verfügung insoweit zurück, als sie beantragte dem Beschwerdeführer sei ab dem 1. Februar 2008 eine halbe Invalidenrente zuzusprechen. Der Beschwerdeführer bestätigte in seiner Replik seine Rechtsbegehren der Beschwerde.

Demzufolge ist aufgrund der Rechtsbegehren streitig und damit zu prüfen, ob und wenn ja, in welchem Umfang der Beschwerdeführer auch nach dem 1. Februar 2008 noch Anspruch auf eine Invalidenrente hat.

2.2 Vorab ist zu prüfen, welche materiellen Rechtsnormen im vorliegenden Verfahren anwendbar sind.

2.3 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), unter Vorbehalt der spezialgesetzlichen Übergangsbestimmungen.

In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (BGE 130 V 329 E. 2.3). Ein allfälliger Leistungsanspruch ist für die Zeit vor einem Rechtswechsel aufgrund der bisherigen und ab diesem Zeitpunkt nach den neuen Normen zu prüfen (pro rata temporis; BGE 130 V 445).

2.4 Der Beschwerdeführer ist Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, so dass vorliegend die folgenden Erlasse anwendbar sind: das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Freizügigkeitsabkommen, FZA, SR 0.142.112.681), sein Anhang II, die 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 (nachfolgend: Verordnung [EWG] Nr. 1408/71; SR 0.831.109.268.1) sowie die Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (SR 0.831.109.268.11) (vgl. Art. 80a IVG). Das Freizügigkeitsabkommen setzt die verschiedenen bis dahin geltenden bilateralen Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union insoweit aus, als darin derselbe Sachbereich geregelt wird (Art. 20 FZA).

Soweit dieses Abkommen, insbesondere dessen Anhang II, der die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit regelt (Art. 8 FZA),

und dessen Ausführungsverordnungen keine abweichenden Bestimmungen vorsehen, ist mangels einer einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen bzw. abkommensrechtlichen Regelung die Ausgestaltung des Verfahrens sowie die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen einer schweizerischen Invalidenrente grundsätzlich Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung (BGE 130 V 253 E. 2.4). Daraus folgt, dass die Verwaltung und im Beschwerdefall das Gericht den Leistungsanspruch des Beschwerdeführers gemäss Art. 3 Abs. 1 Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 grundsätzlich nach den für schweizerische Staatsangehörige geltenden Regeln zu beurteilen haben.

3.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts sind für die richterliche Beurteilung grundsätzlich die tatsächlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung massgebend (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweisen, vgl. auch Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage, Bern 2003, S. 489 Rz. 20).

Im Rentenrevisionsverfahren ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als zeitlicher Referenzpunkt für die Prüfung einer anspruchserheblichen Änderung des Invaliditätsgrades die letzte rechtskräftige Verfügung massgeblich, welche auf einer materiellen Prüfung des Rentenanspruchs mit rechtskonformer Sachverhaltsabklärung, Beweiswürdigung und Durchführung eines Einkommensvergleichs (bei Anhaltspunkten für eine Änderung in den erwerblichen Auswirkungen des Gesundheitszustands) beruht (BGE 133 V 108 E. 5.4). Der rechtserhebliche Sachverhalt wird somit in zeitlicher Hinsicht durch die Verfügung der Vorinstanz vom 21. September 2001 (act. 44) als Referenzpunkt für die Prüfung einer anspruchserheblichen Änderung des Invaliditätsgrades einerseits und die angefochtene Verfügung vom 4. Dezember 2007 (act. 91) andererseits bestimmt. Es wird daher zu prüfen sein, ob zwischen dem 21. September 2001 und dem 4. Dezember 2007 eine anspruchsbeeinflussende Änderung des Gesundheitszustands eingetreten ist.

4.

4.1 Am 1. Januar 2003 traten die Bestimmungen des ATSG sowie die zugehörige Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV, SR 830.11) in Kraft. Demzufolge ist der Anspruch für die Zeit bis zum 31. Dezember 2002

aufgrund der bisherigen und ab diesem Zeitpunkt nach den neuen Normen zu prüfen (BGE 130 V 445). Nicht anwendbar sind hingegen die Änderungen des ATSG vom 6. Oktober 2006 und der ATSV vom 28. September 2007 (5. IVG-Revision, AS 2007 5129 bzw. AS 2007 5155, in Kraft seit 1. Januar 2008), da der angefochtene Entscheid vor Inkrafttreten der entsprechenden Bestimmungen ergangen ist (vgl. auch UELI KIESER, ATSG-Kommentar, Zürich Basel Genf 2003, Art. 82 Rz. 4).

4.2 Am 1. Januar 2004 sind die Änderungen des IVG vom 21. März 2003 und der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 21. Mai 2003 (IVV; SR 831.201; 4. IV-Revision, AS 2003 3837 bzw. AS 2003 3859) in Kraft getreten. Weiter massgebend sind aber auch solche Vorschriften, die zu jenem Zeitpunkt bereits ausser Kraft getreten waren, die aber für die Beurteilung des früher entstandenen Rentenanspruchs von Belang sind. Für das IVG sind die bis zum 31. Mai 2002 gültigen Fassungen, ab dem 1. Juni 2002 in der Fassung vom 8. Oktober 1999 [AS 2002 701, sowie AS 2002 685] und ab dem 1. Januar 2003 in der Fassung vom 6. Oktober 2000 [AS 2002 3371 und 3453] zu beachten. Für die Zeit vor Inkrafttreten der genannten Erlasse richtet sich ein allfälliger Anspruch nach altem Recht. Die Änderungen des IVG vom 6. Oktober 2006 und der IVV vom 28. September 2007 (5. IV-Revision, AS 2007 5129 bzw. AS 2007 5155, in Kraft seit 1. Januar 2008) sind hingegen nicht anwendbar, da der angefochtene Entscheid vor Inkrafttreten der entsprechenden Bestimmungen ergangen ist.

4.3 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 Inkrafttreten 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). Auch die Normierung des Art. 16 ATSG führt nicht zu einer Modifizierung der bisherigen Judikatur zur Invaliditätsbemessung bei er-

werbstätigen 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).

5.

5.1 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); sie gilt als eingetreten, sobald sie die für die Begründung des Anspruchs auf die jeweilige Leistung erforderliche Art und Schwere erreicht hat (Art. 4 Abs. 2 IVG).

Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG in der bis Ende 2003 gültig gewesenen Fassung besteht ein Anspruch auf eine ganze Invalidenrente, wenn die versicherte Person zu mindestens zwei Dritteln, derjenige auf eine halbe Rente, wenn sie mindestens zur Hälfte, und derjenige auf eine Viertelsrente, wenn sie mindestens zu 40 % invalid ist. Die seit dem 1. Januar 2004 massgeblichen neuen Rentenabstufungen gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG geben bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40 % Anspruch auf eine Viertelsrente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50 % Anspruch auf eine halbe Rente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 60 % Anspruch auf eine Dreiviertelsrente und bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 70 % Anspruch auf eine ganze Rente.

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 gegenübergestellt 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 (allge-

meine Methode des Einkommensvergleichs; BGE 128 V 30 E. 1, 104 V 136 E. 2a und b; ZAK 1990 S. 518 E. 2).

Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung (und im Beschwerdeverfahren das Gericht) auf Unterlagen angewiesen, die der Arzt und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes ist es, den 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. 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 (BGE 110 V 275 E. 4a [= ZAK 1985 S. 462 E. 4a]).

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 ff.).

5.2 Ändert sich der Invaliditätsgrad einer Rentenbezügerin oder eines Rentenbezügers erheblich, so wird die Rente von Amtes wegen oder auf Gesuch hin für die Zukunft entsprechend erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben (Art. 17 Abs. 1 ATSG). Anlass zur Rentenrevision gibt jede wesentliche Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen, die geeignet ist, den Invaliditätsgrad und damit den Rentenanspruch zu beeinflussen. Die Invalidenrente ist deshalb nicht nur bei einer wesentlichen Veränderung des Gesundheitszustandes, sondern auch dann

revidierbar, wenn sich die erwerblichen Auswirkungen des an sich gleich gebliebenen Gesundheitszustandes erheblich verändert haben. Ein Revisionsgrund ist ferner unter Umständen auch dann gegeben, wenn eine andere Art der Bemessung der Invalidität zur Anwendung gelangt oder eine Wandlung des Aufgabenbereichs eingetreten ist (BGE 130 V 343 E. 3.5 mit Hinweisen). Unerheblich ist unter revisionsrechtlichen Aspekten die unterschiedliche Beurteilung eines im Wesentlichen gleich gebliebenen Sachverhalts (BGE 112 V 371 E. 2b mit Hinweisen).

5.3 Ob eine revisionsrechtlich relevante Änderung eingetreten ist, beurteilt sich grundsätzlich durch Vergleich des Sachverhaltes, wie er im Zeitpunkt der ursprünglichen bzw. letzten rechtskräftigen, auf einer materiellen Prüfung mit rechtskonformer Sachverhaltsabklärung, Beweiswürdigung und durchgeführtem Einkommensvergleich (bei Anhaltspunkten für eine Änderung in den erwerblichen Auswirkungen des Gesundheitszustands) beruhenden Rentenverfügung bestanden hat, mit demjenigen zur Zeit der streitigen Revisionsverfügung (BGE 133 V 108 E. 5.4, BGE 125 V 369).

Nach einer amtlichen Revision wurde dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 4. Dezember 2007 die bisher gewährte Rente ab 1. Februar 2008 nicht mehr zugesprochen. Gemäss Aktenlage untersuchte die Vorinstanz den neuen Sachverhalt eingehend – indem medizinische Unterlagen beim Beschwerdeführer eingeholt wurden und eine medizinische Begutachtung in der Schweiz durchgeführt wurde. Anschliessend würdigte die Vorinstanz die Ergebnisse zusammen mit ihrem medizinischen Dienst. Die letzte rechtskräftige, auf einer materiellen Prüfung mit rechtskonformer Sachverhaltsabklärung, Beweiswürdigung und Einkommensvergleich beruhende Verfügung datiert vom 21. September 2001 (act. 44-46). Mit dieser Verfügung wurde dem Beschwerdeführer eine ganze Rente zugesprochen. Die IV-Stelle Z._____ stützte sich damals insbesondere auf das Gutachten der MEDAS Y._____ vom 5. April 2001 (act. 32).

Vom Bundesverwaltungsgericht zu prüfen ist demnach, ob sich der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers im Sinne des Gesetzes in der Zeit zwischen dem 21. September 2001 (letzte materielle Überprüfung) und dem 4. Dezember 2007 (angefochtene Verfügung) tatsächlich so gebessert hat, dass ihm nicht mehr eine Invalidenrente aufgrund eines Invaliditätsgrades von 67 % gewährt werden kann. Ge-

mäss den vorliegenden Akten erhielt der Beschwerdeführer mit einem Invaliditätsgrad von 67 % bis anhin eine ganze Rente zugesprochen (letztmals bestätigt am 23. November 2004, act. 61). Infolge der 4. IV-Revision hätte die ganze Rente des Beschwerdeführers auf eine Dreiviertelrente reduziert werden sollen, was den Akten jedoch nicht zu entnehmen ist. Der Beschwerdeführer beantragte in seiner Stellungnahme vom 30. Oktober 2007 (act. 87) gegen den Vorbescheid der Vorinstanz vom 29. August 2007 (act. 80), der vorgesehene Entscheid sei nicht zu fällen, sondern es sei ihm eine unveränderte Dreiviertel-Invalidenrente auszurichten. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass dem Beschwerdeführer nach Inkrafttreten der 4. IV-Revision (unter Berücksichtigung der Schlussbestimmungen der Änderung vom 21. März 2003 Bst. f) eine Dreiviertelrente ausgerichtet wurde. Der Antrag des Beschwerdeführers in seiner Beschwerde vom Januar 2008, ihm seien weiterhin die bisherigen IV-Leistungen zuzusprechen, bedeutet demzufolge, es sei ihm weiterhin eine Dreiviertelrente auszurichten.

6.

6.1 Das sozialversicherungsrechtliche Verfahren ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht (Art. 43 ATSG). Danach hat die Verwaltung und im Beschwerdeverfahren das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des erheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet zum einen sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (Art. 28 ff. ATSG; BGE 125 V 195 E. 2, BGE 122 V 158 E. 1a, je mit Hinweisen). Zum anderen umfasst die behördliche und richterliche Abklärungspflicht nicht unbesehen alles, was von einer Partei behauptet oder verlangt wird. Vielmehr bezieht sie sich nur auf den im Rahmen des streitigen Rechtsverhältnisses (Streitgegenstand) rechtserheblichen Sachverhalt. Rechtserheblich sind alle Tatsachen, von deren Vorliegen es abhängt, ob über den streitigen Anspruch so oder anders zu entscheiden ist (FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 43 und 273). In diesem Rahmen haben Verwaltungsbehörden und Sozialversicherungsgericht zusätzliche Abklärungen stets vorzunehmen oder zu veranlassen, wenn hiezu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichender Anlass besteht (BGE 117 V 282 E. 4a mit Hinweis; Urteil des Bundesgerichts [vormals EVG] vom 20. Juli 2000, I 520/99).

6.2 Die Verwaltung und das Gericht haben die medizinischen Unterlagen - wie auch alle anderen Beweismittel - nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung, d. h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Dies bedeutet, dass alle Beweismittel objektiv zu prüfen sind - unabhängig davon, von wem sie stammen - und danach zu entscheiden ist, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruchs gestatten. Insbesondere darf das Gericht bei einander widersprechenden medizinischen Berichten den Prozess nicht erledigen, ohne das gesamte Beweismaterial zu würdigen und die Gründe anzugeben, warum es auf die eine und nicht auf die andere medizinische These abstellt. Hinsichtlich des Beweiswertes eines Arztberichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen der Expertin oder des Experten begründet sind (BGE 125 V 352 E. 3a, BGE 122 V 160 E. 1c mit Hinweisen; AHI-Praxis 2001 S. 113 E. 3a). Der erhöhte Beweiswert umfasst allerdings nur medizinische Fragen, zu deren Beantwortung Ärzte im Sozialversicherungsverfahren beigezogen werden, nicht aber weitere Fragen wie z.B. die wirtschaftliche Beurteilung.

6.3 Für die Verfügung vom 21. September 2001 hat sich die Vorinstanz im Wesentlichen auf das polydisziplinäre Gutachten der MEDAS Zen-tralschweiz vom 5. April 2001 abgestützt (act. 32):

- Dr. med. I._____, Facharzt für Psychiatrie, diagnostizierte in seinem Gutachten vom 27. Februar 2001 eine mittelgradige depressive Episode mit somatischem Syndrom (ICD-10 F 32 11), Verdacht auf ängstlich-abhängige Persönlichkeit (nicht Persönlichkeitsstörung), Probleme in der Beziehung zum Ehepartner (ICD-10 Z 63 0), Probleme bezüglich wirtschaftlicher Verhältnisse (ICD-10 Z 59). Die festgestellten psychischen Störungen würden deutlich Krankheitswert erreichen und die Arbeitsfähigkeit in nicht zu unterschätzendem Ausmass beeinträchtigen. Der Versicherte sei für jegliche in Frage kommende berufliche Tätigkeit zu 50 % arbeitsunfähig (act. 29);

- Dr. med. J._____, Facharzt Innere Medizin, spezialisiert für Rheumatologie, Physikalische Medizin und Rehabilitation, führte in seinem Gutachten vom 27. Februar 2001 aus, der Beschwerdeführer leide an posttraumatischen Arthrosen beider Ellbogengelenke, die beidseitig und links akzentuiert zu erheblichen Kontrakturen (permanente Beugestellung) und damit nach aussen hin erkennbaren Deformitäten geführt haben sowie ein unspezifisches teils statisches, teils degeneratives Rückenleiden. Das Ellbogenleiden schränke das arbeitsmedizinische Zumutbarkeitsprofil erheblich ein, so seien Trag- bzw. Hebelbelastungen auf maximal 5 bis 8 kg zu beschränken, stereotype Bewegungsbelastungen von Hand- und Ellbogengelenken ungeeignet. Eine entsprechend behinderungsangepasste Tätigkeit sei dem Beschwerdeführer aber vollschichtig zumutbar. Dem Rückenleiden selbst komme kein die Arbeitsfähigkeit einschränkender Stellenwert zu (act. 28);
- Die Beurteilung durch den Berufsberater vom 28. Februar 2001 ergab, dass unter den gegebenen Bedingungen wenig Möglichkeit für eine berufliche Eingliederung bestehe. Entsprechenden Bemühungen von Seiten der Berufsberatung wäre wohl mit Sicherheit ein Misserfolg beschieden. Die Frage, wie weit die verschiedenen Leiden den Beschwerdeführer in seiner Arbeitsleistung bei geistig einfachen, leichten Arbeiten einschränken, könnte nur im Rahmen einer Begutachtung durch eine Berufliche Abklärung (BEFAS) geklärt werden (act. 30);
- Dr. med. K._____, Facharzt Innere Medizin und Dr. med. L._____, Facharzt Allgemeine Medizin, beurteilten den Gesundheitszustand des Beschwerdeführers in ihrem Gutachten vom 5. April 2001. Sie diagnostizierten posttraumatische Arthrosen beider Ellbogengelenke mit schweren Kontrakturen bei Status nach Motorradunfall 1989, mittelgradige depressive Episode mit somatischem Syndrom, Verdacht auf ängstlich-abhängige Persönlichkeit. Ohne Einschränkung der Arbeitsfähigkeit seien die Diagnosen eines unspezifischen teils statischen, teils degenerativen Rückenleidens und Adipositas zu nennen. Zusammengefasst sei dem Beschwerdeführer die angestammte Tätigkeit als Maurer/Bauarbeiter nicht mehr zumutbar, d.h. eine Arbeitsfähigkeit von 0 %, wobei sich v.a. die rheumatologischen Befunde limitierend auswirkten. Eine körperlich leichte Tätigkeit mit Trag-/He-

bebelastungen von maximal 5-8 kg und ohne stereotype Bewegungsbelastungen von Hand-Ellbogengelenken sei dem Beschwerdeführer noch zu 50 % der Norm ab dem März 2001 (Datum der Schlussbesprechung) zumutbar – limitierend würden sich dabei v.a. die rheumatologischen und psychopathologischen Befunde auswirken.

Für die Verfügung vom 4. Dezember 2007 waren insbesondere folgende Unterlagen wesentlich:

- Dr. med. M._____, Facharzt für Rheumatologie, Physikalische Medizin und Rehabilitation, schätzte in seinem Gutachten vom 6. Februar 2007 im Rahmen der MEDAS-Begutachtung, die Arbeitsunfähigkeit des Versicherten auf 100 % in seiner angestammten Tätigkeit, dies aufgrund des Funktionsverlustes in beiden Ellbogen nach traumatisch bedingten Frakturen (Motorradunfall 1989). Für eine körperlich leichte Tätigkeit bestehe unter Einschränkungen eine 100%ige Arbeitsfähigkeit (act. 74);
- Dr. med. N._____, Spezialarzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, erstellte am 20. März 2007 ein Gutachten aufgrund der Untersuchung vom 31. Januar 2007 im Rahmen der MEDAS-Begutachtung. Er kam zum Schluss, dass sich der psychische Gesundheitszustand durch die berufliche Entlastung, welche sich aufgrund der Berentung beim Versicherten eingestellt habe, und durch die Rückkehr nach Portugal im Jahr 2004 deutlich gebessert habe. Gegenüber 2001 (mittelgradig depressiv bei einer Arbeitsunfähigkeit von 50 %) bestehe heute noch eine leichte depressive Störung. Die Arbeitsunfähigkeit aus psychiatrischer Sicht betrage noch ca. 1/3. Es sei davon auszugehen, dass diese Einschränkung der Arbeitsfähigkeit auf unbestimmte Zeit andauern werde (act. 75);
- Dres. med. B._____ und C._____ von der MEDAS Y._____, fassten in ihrem Bericht vom 1. Mai 2007 zusammen, dass dem Versicherten die zuletzt ausgeübte Tätigkeit als Hilfsarbeiter auf dem Bau nach wie vor nicht mehr zumutbar sei. Für eine körperlich leichte Tätigkeit mit gewissen Einschränkungen betrage die Arbeitsfähigkeit 66.6 %. Limitierend seien hier lediglich die psychopathologischen Befunde (act. 76);

- Dr. med. O._____, Regionalärztlicher Dienst der IV-Stelle, hielt in ihrem Bericht vom 19. Juli 2007 fest, aus rheumatologischer Sicht habe sich die Situation des Beschwerdeführers nicht verändert. In psychiatrischer Hinsicht liege noch eine leichte Depression vor. Es würden keine Konzentrationsprobleme und keine Schuldgefühle mehr bestehen. Jedoch habe der Beschwerdeführer immer noch eine einfache und passive Persönlichkeitsstruktur. Der Gesundheitszustand habe sich demnach aus psychiatrischer Sicht verbessert, so dass eine Arbeitsfähigkeit von 65% gegeben sei. Zusammenfassend bestehe unverändert eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % in seiner angestammten Tätigkeit und eine Arbeitsunfähigkeit von 35 % in einer Verweisungstätigkeit seit dem 31. Januar 2007 (act. 78);
- Dr. med. D._____, Neurochirurg, hielt in seinem Bericht vom 14. September 2007 fest, es bestünde seit langem Lumbalgien, welche sich verschlechterten. Physiotherapie sei mit mässigem Erfolg durchgeführt worden. Der Beschwerdeführer nehme seit Jahren Schmerzmittel. Er könne nur eingeschränkt Gewichte heben (act. 83);
- Dr. med. E._____, Orthopädin, bestätigt in ihrem Bericht vom 21. September 2007 den Motorradunfall und die daraus folgenden Beschwerden und weist daraufhin, dass gemäss ihrer Tabelle eine permanente Arbeitsunfähigkeit von 55 % bestehe (act. 84);
- Dr. med. F._____, Allgemeinmediziner, attestierte dem Beschwerdeführer am 24. September 2007 eine mittlere Depression, häufig mit Hemmungen, langjährige Lumbalgien, Zervikalgien und Schmerzen in den Extremitäten, welche sich bei Anstrengungen verschlimmern. Es bestehe eine Arbeitsunfähigkeit in seiner beruflichen Tätigkeit (act. 85);
- Dr. med. G._____, Psychiater, hielt in seinem Bericht vom 26. September 2007 fest, es bestehe ein sich wiederholender endogener depressiver Zustand, mit Hemmungen/Angstzustände verbunden. Der Beschwerdeführer nehme regelmässig Medikamente ein und sei für alle Tätigkeiten arbeitsunfähig (act. 86);
- Dr. med. O._____, beurteilte mit Bericht vom 14. November 2007 nochmals die Gesundheitssituation des Beschwerdeführ-

rens. Sie stellte fest, dass die neu eingereichten Arztzertifikate aus Portugal nicht die Ergebnisse des MEDAS-Gutachtens umstossen könnten. Sie verweise daher auf ihre frühere Einschätzung (act. 89).

7.

7.1 Die Berichte in den Akten geben ein komplettes Bild über die gesundheitlichen Schäden des Beschwerdeführers und gestatten eine zuverlässige Beurteilung der Erwerbsfähigkeit des Beschwerdeführers.

Die ärztlichen Gutachten von Dres med. M._____, N._____, B._____ und C._____ beinhalten eine detaillierte Anamnese, sind begründet, nachvollziehbar, in sich widerspruchsfrei und entsprechen den bundesgerichtlichen Anforderungen an Arztberichte mit hohem Beweiswert (vgl. E. 5.3). Für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers kann auf sie abgestützt werden.

Auch die Beurteilung durch die IV-Stellenärztin Dr. med. O._____ aufgrund der Akten beinhaltet die Anamnese, ist umfassend, in sich widerspruchsfrei und die Schlussfolgerung ist nachvollziehbar.

Die Berichte von Dres. G._____, E._____, D._____ und F._____ sind hingegen sehr kurz und wenig detailliert. Sie führen lediglich die einzelnen Diagnosen auf und die Schlussfolgerungen bezüglich der angefügten Arbeitsunfähigkeit sind ohne Begründung und vermögen nicht zu überzeugen.

Die Verbesserungen des Gesundheitszustandes seit dem letzten MEDAS-Gutachten im Jahr 2001 werden insbesondere im Teilgutachten von Dr. N._____ begründet. Es lasse sich die Diagnose einer mittelschweren Depression nicht mehr aufrechterhalten. Es würden Konzentrationsstörung, Suizidalität, Schuldgefühle fehlen (Ziff. 5 des GA vom 20. März 2007). Entgegen der Aussagen des Beschwerdeführers begründete der Gutachter die Verbesserungen.

Insgesamt kommt das Gericht daher zum Schluss, dass der Beschwerdeführer gemäss dem im Sozialversicherungsrecht massgeblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGE 126 V 360 E. 5b) in seiner angestammten Tätigkeit weiterhin eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % und in einer Verweisungstätigkeit von einer Arbeitsunfähigkeit von 35 % ab 31. Januar 2007 (Zeitpunkt der Untersuchung

für das MEDAS-Gutachten) besteht - mithin eine rentenrelevante Besserung eingetreten ist.

8.

8.1 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).

8.2 Der Begriff des ausgeglichenen Arbeitsmarktes 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 273 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).

8.3 Der Einkommensvergleich hat in der Regel in der Weise zu erfolgen, dass die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen ziffernmässig möglichst genau ermittelt und einander gegenübergestellt werden, worauf sich aus der Einkommensdifferenz der Invaliditätsgrad bestim-

men 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; BGE 128 V 29 E. 1, 104 V 135 E. 2a und b; ZAK 1990 S. 518 E. 2).

Gemäss BGE 129 V 222 E. 4.1 und 4.2 sind für den Einkommensvergleich die Verhältnisse im Zeitpunkt des Beginns des Rentenanspruchs massgebend, wobei Validen- und Invalideneinkommen auf zeitidentischer Grundlage zu erheben und allfällige rentenwirksame Änderungen der Vergleichseinkommen bis zum Verfügungserslass zu berücksichtigen sind. Mittels Aufindexierung der Einkommen kann die zeitidentische Grundlage erreicht werden.

8.4 Der Beschwerdeführer rügte, das Valideneinkommen sei nicht korrekt berechnet worden.

Zur Bestimmung des Valideneinkommens ist auf die Angaben des letzten Arbeitgebers vom 22. November 1999 (act. 12) abzustützen. Demnach hat der Beschwerdeführer, wie die Vorinstanz in ihrem Einkommensvergleich vom 8. August 2007 (act. 79) richtig feststellte, im Jahr 1999 pro Jahr rund CHF 54'000.- verdient und würde ohne gesundheitliche Einschränkungen diesen Lohn grundsätzlich auch weiterhin beziehen können. Auch die im Zeitpunkt der Verfügung vom 21. September 2001 zuständige IV-Stelle Z. _____ ging von einem Valideneinkommen von CHF 54'000.- im Jahr 2000 aus (act. 44-46). Wird der Jahreslohn von CHF 54'000.- jedoch korrekterweise auf das Jahr 2007 (Zeitpunkt der Verfügung vom 4. Dezember 2007) aufindexiert, so ergibt sich ein Valideneinkommen von CHF 59'395.67 (Nominallöhne Veränderung gegenüber dem Vorjahr, Männer, Bundesamt für Statistik Lohnentwicklung 2007).

8.5

8.5.1 Zur Bestimmung des Invalideneinkommens machte der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde geltend, dass bei der Bemessung einer IV-Rente im Revisionsverfahren von den gleichen Berechnungsgrundlagen wie bei der rentenzusprechenden Verfügungen ausgegangen werden müsse, denn nur veränderte Tatsachen, welche in der Person des Versicherten liegen würden, könnten zu einer Veränderung der Rente führen. Ausserdem sei zu beachten, dass der Be-

schwerdeführer bei einer Arbeitsbewerbung ein ausserordentlich hohes Handicap habe. Er sei in beiden Ellenbogen sichtbar stark behindert, sei seit 10 Jahren nicht mehr arbeitstätig und habe eine sichtbare Depression. Die Chancen, eine Restarbeitsfähigkeit zu verwerten, seien sehr schlecht. Es dränge sich daher ein maximaler leidensbedingter Abzug von 25 % auf.

In seiner Replik vom 13. Juni 2008 rügte der Beschwerdeführer, dass in der Praxis bei Konstellationen, wie sie bei ihm vorlägen, ein leidensbedingter Abzug von 15-20 % berücksichtigt werde. Die Begründung „l'absence de la barrière linguistique“ betreffend der Höhe des Abzuges sei falsch, denn es gehe nicht um portugiesische Lohn- und Arbeitsverhältnisse, sondern um Verhältnisse, welche der Versicherte in der deutschen Schweiz antreffen könnte.

8.5.2 Die Vorinstanz führte in ihrer Vernehmlassung vom 5. Mai 2008 aus, dass sich die Beschwerde insoweit als begründet erweise, als das Abweichen von den ursprünglichen Berechnungsgrundlagen im Einkommensvergleich gerügt werde. Es habe tatsächlich kein Anlass für eine Änderung der Berechnungsgrundlagen bestanden. Gemäss der Rechtsprechung sei ein Abstützen auf die DAP-Zahlen zulässig. Der nun im Beschwerdeverfahren nochmals durchgeführte Einkommensvergleich habe ergeben, dass der Invaliditätsgrad noch 58 % betrage (bei einem Invalideneinkommen von CHF 26'438 und einem leidensbedingten Abzug von 5 %) und der Beschwerdeführer somit Anspruch auf eine halbe Rente habe (act. 95).

Die Vorinstanz entgegnete dem Beschwerdeführer in ihrer Duplik vom 23. Juni 2008, dass gemäss Bundesgerichtsrechtssprechung bei Verwendung von DAP-Zahlen grundsätzlich keine leidensbedingte Abzüge vorzunehmen seien. Der gleichwohl vorgenommene Abzug, sei sehr wohlwollend gewesen, weshalb eine Erhöhung nicht indiziert sei.

8.5.3 Das Invalideneinkommen für die Verfügung vom 21. September 2001 eruierte die damals zuständige IV-Stelle Z._____ (act. 44-46). Die Berechnung beruhte auf der Annahme, dass der Beschwerdeführer bis am 15. September 1999 in der angestammten Tätigkeit zu 50 % arbeitsfähig gewesen sei und anschliessend voll arbeitsunfähig. Mit Behinderung würde der Beschwerdeführer bei 50 % CHF 18'000.- verdienen. Dieser Betrag stelle den Durchschnittslohn der noch zumutbaren Arbeitsplätze aufgrund der Lohndaten der Dokumentation von Ar-

beitsplätzen der SUVA (DAP; vgl. act. 34, 35) dar.

Für den Vorbescheid vom 29. August 2007 stützte sich die Vorinstanz auf den Einkommensvergleich vom 8. August 2007, welcher auf den tabellarischen Lohnstrukturerhebungen des Bundesamtes für Statistik für das Jahr 2004 (LSE 2004) basiert. Gemäss dieser Berechnung legte die Vorinstanz fest, dass das Invalideneinkommen des Beschwerdeführers monatlich CHF 3'101.49 betrage. Dieser Einkommensvergleich wurde für die Verfügung vom 4. Dezember 2007 nicht neu berechnet, obwohl der Beschwerdeführer in seiner Einsprache vom 30. Oktober 2007 auf eine widersprüchliche Berechnung des Invalideneinkommens hinwies.

Grundsätzlich ist bei einer Revision von den gleichen Berechnungsgrundlagen auszugehen. Ein Wechsel zwischen der Berechnung aufgrund der DAP-Profile oder der LSE-Zahlen für die Verfügung ist möglich, wenn im Vorbescheid die ursprüngliche Verwendung falsch war (Bspw. nur 3 DAP-Arbeitsplätze statt 5 für den Durchschnittslohn verwendet wurden; vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 13. Februar 2007 I 264/06). Angesichts der notwendigen Vergleichbarkeit ist es demzufolge grundsätzlich korrekt, bei einer Revision ebenfalls auf die DAP-Zahlen abzustützen, wenn bereits die Berechnung des Einkommensvergleichs in der letzten materiell geprüften Verfügung auf diesen basiert.

Zu bemerken bleibt, dass in der Verfügung vom 21. September 2001 für die Berechnung des Invalideneinkommens lediglich auf drei DAP-Blätter, d.h. auf drei zumutbare Arbeitsplätze abgestützt wurde (act. 34). Dies würde aufgrund heutiger Rechtsprechung nicht mehr akzeptiert, da für die Repräsentativität der DAP-Profile fünf verschiedene zumutbare Arbeitsplätze gefordert werden (vgl. BGE 129 V 472 E. 4.2.2 und BGE I 264/06 E. 4.2.1). Im Rahmen der Revision ist dieser Umstand jedoch hinzunehmen, da aufgrund fortentwickelter Rechtsprechung keine Wiedererwägung gerechtfertigt ist.

Wie die Vorinstanz in ihrem Einkommensvergleich vom 28. April 2008 richtig ausführte, ist von einem jährlichen Invalideneinkommen von CHF 37'484.- (vgl. DAP-Durchschnittslohn bei 100 %; act. 34) im Jahr 2001 aufindexiert auf das Jahr 2007 sowie für eine Arbeitsfähigkeit von 65 % von einem Invalidenlohn von CHF 26'438.- auszugehen.

Ein leidensbedingter Abzug ist, wie die Vorinstanz richtig festhielt, gemäss Urteil des Bundesgerichts vom 6. Mai 2008 8C_319/2007 und BGE 129 V 472 nicht möglich, wenn die Lohndaten von DAP-Profilen als Berechnungsgrundlage verwendet werden. Nimmt die Vorinstanz dennoch einen Abzug von 5 % vor, so ist dies eine unkorrekte Ermessensausübung. Ein leidensbedingter Abzug kann nicht gewährt werden.

Demzufolge ist von einem Invalideneinkommen von CHF 26'438.- auszugehen.

8.6 Wird das Invalideneinkommen mit dem Valideneinkommen verglichen ($[(59'395.67 - 26'438) \times 100] : 59'395.67$), resultiert ein Invaliditätsgrad von 55.48%, was den Beschwerdeführer zum Bezug einer halben Invalidenrente berechtigt. Die Vorinstanz ist demnach zu Recht auf ihre Verfügung zurückgekommen und hat in ihrer Vernehmlassung beantragt, dem Beschwerdeführer eine halbe Rente ab 1. Februar 2008 zuzusprechen.

9.

Die Vorinstanz hat damit dem Beschwerdeführer mit angefochtener Verfügung vom 4. Dezember 2007 zu Unrecht keine Rente mehr zugesprochen. Die Beschwerde ist demnach teilweise gutzuheissen, und dem Beschwerdeführer eine halbe Rente ab Februar 2008 zuzusprechen.

10.

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

10.1 Der Beschwerdeführer beantragt die unentgeltliche Prozessführung sowie die unentgeltliche Beiordnung seines Anwaltes als Rechtsvertreter. Er begründet dies in seiner Beschwerde damit, dass er sich vor vier Jahren mit einem Betrag von 100'000 Euro verschuldet habe, um ein Haus für die Familie zu kaufen, wovon heute noch 60 % geschuldet seien. Es gebe keine Einkommensbestandteile ausser dem Renteneinkommen der Ehefrau. Auch Ersparnisse gebe es keine. Es sei ihm nicht möglich, Verfahrenskosten zu zahlen. Er spreche die Sprache des Verfahrens nicht und sei rechtsunkundig. Der Beschwerdeführer reichte mit Eingabe vom 8. Januar 2009 das vom Bundesverwaltungsgericht geforderte ausgefüllte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ein.

Mit Eingabe vom 13. März 2009 reichte der Beschwerdeführer einen Grundbuchauszug sowie eine Bestätigung der Bank vom 18. Februar 2009 bezüglich der hängigen Hypothekarschuld, welche aktuell 115'675.20 € betrage.

10.2 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.

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). Die Bedürftigkeit ist aufgrund der eingereichten Unterlagen zu beurteilen.

Massgebend für die Bestimmung der Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation des Gesuchstellers zur Zeit der Einreichung des Gesuches, also vorliegend im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung. Der Nachweis der Prozessarmut obliegt derjenigen Partei, welche sich darauf beruft, weshalb diese insbesondere die Pflicht hat, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzustellen und soweit als möglich zu belegen (BGE 5P. 113/2003 E. 2.1; BGE 120 Ia 179 E. 3a / JdT 1995 I 283).

Im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung vom 17. Januar 2008 erhielt der Beschwerdeführer eine ganze Rente, welche jedoch per 1. Februar 2008 eingestellt wurde. Rückwirkend erhält der Beschwerdeführer nun eine halbe Rente ab dem 1. Februar 2008 zugesprochen. Es ist daher für die Berechnung der Einkommenssituation des Beschwerdeführers auf eine halbe Rente von monatlich CHF 1'460.- / 961 € (act. 61) abzustellen. Die monatliche Rente des Beschwerdeführers der Pensionskasse bis zur Einstellung der Invalidenrente kann den Akten nicht entnommen werden. Aus dem eingereichten Formular „Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege“ und den weiteren Angaben betreffend die Einkommensverhältnisse (inkl. den beigelegten Unterlagen) geht hervor, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers eine monatliche Invalidenrente von 763 € und eine monatliche Rente der Pensionskasse von 353 €, d.h. monatlich total 1'116 € erhält. Die Familie mit zwei minderjährigen Kindern verfügt demnach über ein jährliches Einkommen von 24'924 €.

Dem gegenüber stehen gemäss Angaben des Beschwerdeführers Ausgaben pro Jahr von total CHF 38'850 für Hypothekarzins inkl. „Hauskosten“ (CHF 26'250.-), Krankenkassenprämien (CHF 1'980.-), ungedeckte Arztkosten (CHF 540.-), Kosten für öffentlicher Verkehr (CHF 1'080.-) und Schuldammortisation (CHF 9'000.-).

Die Kosten für den öffentlichen Verkehr können nicht in Abzug gebracht werden, da der Beschwerdeführer keiner Arbeitstätigkeit nachgeht und nicht geltend macht, für welche Aktivitäten er auf den öffentlichen Verkehr unbedingt angewiesen sei (vgl. Richtlinien Ziff. 2.3.6). Des Weiteren sind die angegebenen Arztkosten nicht belegt und können daher ebenfalls nicht berücksichtigt werden.

Die Hypothekarzinsen, Amortisationen für das Haus und die Schuldzinsen können für die Berechnung der Ausgaben berücksichtigt werden (BGE 5P.250/2002 E.4.3). Bezüglich den Amortisationsraten für die persönliche Schuld gegenüber der Bank hat der Beschwerdeführer keinen Nachweis erbracht, dass die Amortisationsraten vertraglich fix vereinbart wurden. Selbst bei einer allfälligen Berücksichtigung ist es dem Beschwerdeführer zuzumuten, die Kosten aus dem Überschuss zu tragen, wie untenstehend aufgezeigt wird.

Der erweiterte Grundbedarf (Nahrungsmittel, Getränke, Körperpflege, Kleidung, etc.) für eine in Portugal wohnende Familie mit zwei minderjährigen Kindern setzt sich pro Jahr gemäss den von den schweizerischen Botschaften im Auftrag des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement für die Bemessung der materiellen Hilfe gemäss Bundesgesetz vom 21. März 1973 über Fürsorgeleistungen an Auslandsschweizer zusammen gestellten Richtlinien wie folgt zusammen (Wechselkurs vom 8. Juni 2009: 1€ = 1.5191 CHF):

6'552 €	Grundbedarf (546 € x 12)
1'310 €	Pozessrechtlicher Zuschlag von 20 %
1'311 €	Krankenkassenprämien (CHF 1'980.-)
6'178 €	Zinsen für Hypothek (Bestätigung der Bank)
2'874 €	Amortisation für Hypothek (Bestätigung der Bank)
<u>893 €</u>	<u>Schuldzinsen (Bestätigung der Bank)</u>
19'118 €	Erweiterter Grundbedarf

Damit resultiert ein Überschuss von jährlich 5'806 €. Der Beschwer-

deführer verfügt damit über hinreichende Mittel, um die Verfahrens- und Anwaltskosten selbst zu tragen.

10.3 Unter diesen Umständen wird dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung nicht gewährt.

10.4 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer nach Massgabe des Obsiegens die auf ein Drittel reduzierten Verfahrenskosten aufzuerlegen. Sie werden auf CHF 100.- festgesetzt (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

10.5 Die Parteientschädigung wird auf Fr. 2'400.- festgesetzt und entsprechend dem teilweisen Obsiegen des Beschwerdeführers auf Fr. 1'600.- reduziert, welche der Vorinstanz aufzuerlegen ist (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 VGKE).

10.6 Die Vorinstanz als teilweise obsiegende Partei hat keinen Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, und die angefochtene Verfügung vom 27. November 2006 wird aufgehoben.

2. Dem Beschwerdeführer wird eine halbe Rente ab 1. Februar 2008 zugesprochen.

3.

Die Akten gehen an die Vorinstanz zur Berechnung der geschuldeten Rente und zum Erlass einer einschlägigen Verfügung.

4.

Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen, soweit es in Folge der teilweisen Gutheissung nicht gegenstandslos geworden ist.

5.

Die reduzierten Verfahrenskosten von CHF 100.- werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt.

6.

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer eine reduzierte Parteient-schädigung von CHF 1'600.- zu bezahlen.

7.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde; Beilage: Einzahlung-schein)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ...)
- das Bundesamt für Sozialversicherung

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Franziska Schneider

Christine Schori Abt

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: