



Abteilung III
C-3977/2008/mas
{T 0/2}

Urteil vom 6. Dezember 2010

Besetzung

Richter Stefan Mesmer (Vorsitz),
Richter Vito Valenti,
Richter Francesco Parrino,
Gerichtsschreiberin Susanne Marbet Coullery.

Parteien

X._____,
vertreten durch Procap St.Gallen-Appenzell,
Marktplatz 24, 9000 St. Gallen,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Invalidenversicherung, Rentenanspruch.

Sachverhalt:**A.**

Der 1946 geborene, bis zu seinem Todestag am _____ 2008 in Österreich wohnhaft gewesene X._____ (*im Folgenden: Versicherter*) war von 1970 bis 2005 als Grenzgänger in der Schweiz erwerbstätig. Am 15. Dezember 2004 erlitt er einen Unfall mit dem Roller. Nach einem Sturz (von einer Leiter) im Mai 2005 litt er unter chronischen Schulterschmerzen und war danach nicht mehr erwerbstätig. Am 23. Februar 2006 (Eingangsdatum) meldete er sich bei der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen (*im Folgenden: IV-Stelle SG*) zum Bezug von Leistungen der Schweizerischen Invalidenversicherung an (Vorakten IV-Stelle SG, act. 2).

Im September 2006 wurde im Auftrag der Suva St. Gallen in der Rehaklinik Y._____ anlässlich eines stationären Aufenthaltes eine orthopädische sowie eine psychiatrische Untersuchung des Versicherten durchgeführt. In ihrer interdisziplinären Beurteilung vom 14. November 2006 (Vorakten Suva, act. 53) kamen die Ärzte zum Schluss, dass dem Versicherten unter Berücksichtigung einer aus psychiatrischer Sicht mässigen Minderung der Zumutbarkeit (im Bereich von 20% bis 30%) noch leichte Tätigkeiten ganztags, Schulter schonend rechts, zumutbar sind, wobei regelmässige Überkopfarbeiten rechts zu vermeiden sind und das Steigen auf Gerüste oder Leitern nicht zu empfehlen ist. Aufgrund dieses Gutachtens wurden die von der Suva ausgerichteten Taggeldleistungen mit Verfügung vom 10. Januar 2007 per 31. Januar 2007 wieder eingestellt (Vorakten Suva, act. 64).

B.

Nach Durchführung der notwendigen Abklärungen liess die IV-Stelle SG dem Versicherten am 31. Januar 2008 einen Vorbescheid zukommen, wonach sein Leistungsgesuch abgewiesen werden müsse (Vorakten IV-Stelle SG, act. 37). In seiner Eingabe vom 17. März 2008 machte der Versicherte geltend, die Einschätzung der adaptierten Arbeitsfähigkeit müsse unter Berücksichtigung des gesamten Beschwerdebildes, also auch unter Beachtung der ausgeprägten Kniebeschwerden (links) erfolgen. Diese Beschwerden seien seit der Begutachtung in der Rehaklinik Y._____ grösser geworden, weshalb bei der Berechnung des Invaliditätsgrades ein leidensbedingter Abzug von mindestens 20% vorgenommen werden müsse (Vorakten IV-Stelle SG, act. 41). Per Fax wurde die IV-Stelle SG zudem am 5. Mai 2008

darüber informiert, dass beim Versicherten im März 2008 ein Speiseröhrenkarzinom mit Metastasen diagnostiziert worden sei und derzeit eine ambulante palliative Chemotherapie durchgeführt werde (Vorakten IV-Stelle SG, act. 44).

C.

Am 16. Mai 2008 lehnte die zum Verfügungserlass zuständige IV-Stelle für Versicherte im Ausland (*im Folgenden*: IVSTA oder Vorinstanz) das Leistungsbegehren ab mit der Begründung, der Versicherte könne zwar aufgrund seiner gesundheitlichen Einschränkungen seine bisherige Tätigkeit als Fahrzeugschlosser nicht mehr ausüben, doch eine leichte bis mittelschwere, schulterschonende Tätigkeit sei ihm mit vermehrten Pausen vollschichtig zumutbar. Aufgrund der dabei entstehenden Leistungseinbusse von 25% resultiere unter Berücksichtigung eines leidensbedingten Abzuges von 10% ein Invaliditätsgrad von weniger als 40%, weshalb er keinen Anspruch auf eine Invalidenrente habe. Die im Rahmen des Vorbescheidverfahrens vorgebrachten Einwände rechtfertigten einzig die Feststellung, dass eine adaptierte Tätigkeit mehrheitlich sitzenden ausgeübt werden müsste. Die vor kurzem gemeldete, seit März 2008 bestehende Erkrankung werde bei der Prüfung eines allfälligen künftigen Rentenanspruchs berücksichtigt.

D.

Am 16. Juni 2008 erhob der Versicherte beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragte, die Verfügung vom 16. Juni 2008 sei aufzuheben und es sei ihm mindestens eine Viertelsrente auszurichten. Zur Begründung führte er aus, die Vorinstanz habe sich auf den Bericht der Rehaklinik Y._____ abgestützt, in welchem nur die unfallkausalen Einschränkungen berücksichtigt worden seien. Unter Berücksichtigung seiner gesamten Beschwerden (somatisch und psychisch) ergebe sich jedoch eine höhere Einschränkung in einer adaptierten Tätigkeit. Zudem sei der bei der Berechnung des Invaliditätsgrades gewährte Leidensabzug von 10% ungenügend. Schliesslich wies der Versicherte auf die im März 2008 zusätzlich diagnostizierte schwere Krebserkrankung hin.

E.

In ihrer Vernehmlassung vom 15. August 2008 beantragte die IVSTA unter Verweis auf die Stellungnahme der IV-Stelle SG vom 13. August 2008 die Abweisung der Beschwerde. In dieser Stellungnahme wurde im Wesentlichen ausgeführt, der Versicherte sei in der Rehaklinik

Y._____ umfassend polydisziplinär untersucht worden und im Gutachten der Rehaklinik Y._____ seien auch die nicht unfallkausalen Beschwerden berücksichtigt worden. Vom Gutachten könne allerdings insofern abgewichen werden, als die leichte bis maximal mittelgradige depressive Störung nicht invalidisierend sei, da keine zusätzliche psychische Komorbidität von erheblicher Schwere, Ausprägung und Dauer vorliege. Im Übrigen komme dem Gutachten jedoch voller Beweiswert zu und es sei von einer vollen Arbeitsfähigkeit auszugehen. Da der Versicherte auch körperlich mittelschwere Tätigkeiten ausüben könne, sei grundsätzlich keine Reduktion vom Invalideneinkommen vorzunehmen. Ein leidensbedingter Abzug komme in der Regel nur in Betracht, wenn eine versicherte Person lediglich noch leichte Hilfstätigkeiten ausführen könne. Im vorliegenden Fall sei ein Leidensabzug von 10% gerechtfertigt, weil der Versicherte seine rechte Schulter schonen müsse und somit in den manuellen Fertigkeiten eingeschränkt sei. Bei korrekter Berechnung resultiere ein Invaliditätsgrad von 12%, der dem Versicherten keinen Anspruch auf eine Invalidenrente einräume. Vorbehalten bleibe eine Neubeurteilung des Rentenanspruchs in einem Revisionsverfahren aufgrund der im März 2008 beim Versicherten ausgebrochenen Krebserkrankung.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 3. September 2008 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gut und gab dem Versicherten Gelegenheit, zu den Ausführungen der Vorinstanz Stellung zu nehmen.

G.

Am 30. Oktober 2008 teilte der Versicherte mit, dass er auf eine Replik verzichte.

H.

Am 28. Januar 2009 wurde das Bundesverwaltungsgericht darüber informiert, dass der Versicherte am _____ 2008 verstorben sei.

Mit Verfügung vom 10. Februar 2009 wurde der Rechtsvertreter des Verstorbenen aufgefordert, dem Bundesverwaltungsgericht die erforderlichen Unterlagen im Zusammenhang mit dem Todesfall beizubringen und mitzuteilen, ob die Erben des verstorbenen Versicherten genehmigen, das Beschwerdeverfahren in eigenem Namen weiterzuführen.

I.

Mit Eingabe vom 13. März 2009 wurde dem Bundesverwaltungsgericht mitgeteilt, dass das Beschwerdeverfahren von den Erben (*im Folgenden*: Beschwerdeführer) weitergeführt werde.

Da die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bei den Beschwerdeführern nicht mehr erfüllt waren, wurde diese mit Zwischenverfügung vom 8. Mai 2009 entzogen. Die Beschwerdeführer wurden aufgefordert, einen Verfahrenskostenvorschuss von Fr. 400.- zu entrichten, der am 29. Mai 2009 einging.

J.

Auf die Ausführungen der Parteien sowie die eingereichten Unterlagen wird – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

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

Angefochten ist die Verfügung der IVSTA vom 16. Mai 2008, mit welcher das Gesuch des Versicherten um Ausrichtung einer Rente der schweizerischen Invalidenversicherung abgewiesen worden ist.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) 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 VGG genannten Behörden. Zu diesen gehört auch die IVSTA, die mit Verfügungen über Rentengesuche befin-det (Art. 33 Bst. d VGG; vgl. Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung [IVG, SR 831.20]).

1.2 Nach Art. 59 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) ist zur Beschwerdeführung vor dem Bundesverwaltungsgericht legitimiert, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutz-würdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. auch Art. 48 Abs. 1 VwVG). Der Versicherte, der am vorinstanzlichen Ver-fahren teilgenommen hatte, war als Adressat durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hatte an deren Aufhebung bzw. Än-

derung ein schutzwürdiges Interesse. Auch die Erben, die ausdrücklich erklärt haben, das Beschwerdeverfahren in eigenem Namen weiterführen zu wollen, sind besonders berührt und haben ein ausreichendes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheides. Sie sind daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Nachdem der Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt worden ist, kann auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde eingetreten werden.

2.

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich im Wesentlichen nach den Vorschriften des VGG, des VwVG (vgl. Art. 37 VGG) sowie des ATSG (vgl. Art. 3 Bst. d^{bis} VwVG). Dabei finden nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln diejenigen Verfahrensvorschriften Anwendung, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2, vgl. auch Art. 53 Abs. 2 VVG).

2.1 Mit der Beschwerde kann gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs von Ermessen), 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).

2.3 Die Verwaltung als verfügende Instanz und – im Beschwerdefall – das Gericht dürfen eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind (MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Bern 1984, S. 136).

2.3.1 Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosser Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisforderungen nicht. Der Richter und die Richterin haben vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die sie von allen möglichen Ge-

schehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigen (BGE 126 V 360 E. 5b, BGE 125 V 195 E. 2, je mit Hinweisen). Führen die von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen die Verwaltung oder das Gericht bei pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung, ein bestimmter Sachverhalt sei als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten und weitere Beweismassnahmen könnten an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern, so ist auf die Abnahme weiterer Beweise zu verzichten (antizipierte Beweiswürdigung; UELI KIESER, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, Zürich 1999, S. 212, Rz. 450; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 111 und 320; GYGI, a.a.O., S. 274; vgl. auch BGE 122 II 469 E. 4a, BGE 120 1b 229 E. 2b, BGE 119 V 344 E. 3c mit Hinweisen).

2.3.2 Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach hat das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet zum einen sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 195 E. 2, BGE 122 V 158 E. 1a, je mit Hinweisen). Zum anderen umfasst die behördliche und richterliche Abklärungspflicht nicht unbeschrieben 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 (GYGI, a.a.O., S. 43 und 273). In diesem Rahmen haben Verwaltungsbehörden und Sozialversicherungsgericht zusätzliche Abklärungen stets vorzunehmen oder zu veranlassen, wenn hierzu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichender Anlass besteht (BGE 117 V 282 E. 4a mit Hinweis; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] I 520/99 vom 20. Juli 2000).

2.3.3 Das Bundesrecht schreibt nicht vor, wie die einzelnen Beweismittel zu würdigen sind. Für das gesamte Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Danach haben Versicherungsträger und Sozialversicherungsgerichte die Beweise frei, d.h. ohne förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Für das Beschwerdeverfahren bedeutet dies, dass das Gericht alle Beweismittel, unabhängig davon,

von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden hat, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruchs gestatten. Ein erhöhter Beweiswert kann allerdings ärztlichen Gutachten zukommen, welche für die streitigen Belange umfassend sind, auf allseitigen Untersuchungen beruhen, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigen, in Kenntnis der Vorkakten (Anamnese) abgegeben worden und in der Darlegung der Zusammenhänge sowie der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtend sind, und in welchen die Schlussfolgerungen der Experten begründet werden (BGE 125 V 352 E. 3a, BGE 122 V 160 E. 1c mit Hinweisen; AHI 2001 S. 113 E. 3a; RKUV 1999 Nr. U 332 S. 193 E. 2a/bb und RKUV 1998 Nr. U 313 S. 475 E. 2a).

3.

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

3.1 Der Versicherte war Staatsangehöriger von Österreich und hatte dort seinen Wohnsitz, so dass vorliegend das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, *im Folgenden*: FZA, SR 0.142.112.681) anwendbar ist (Art. 80a IVG in der Fassung gemäss Ziff. I 4 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 2001 betreffend die Bestimmungen über die Personenfreizügigkeit im Abkommen zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der EFTA, in Kraft seit 1. Juni 2002). Das Freizügigkeitsabkommen setzt die verschiedenen bis dahin geltenden bilateralen Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) 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. Nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 (SR 0.831.109.268.1) haben die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der

Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates wie die Staatsangehörigen dieses Staates selbst, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen.

Die Frage, ob und gegebenenfalls ab wann Anspruch auf Leistungen der IV besteht, bestimmt sich daher vorliegend alleine aufgrund der schweizerischen Rechtsvorschriften. Für die Beurteilung eines Rentenanspruchs sind die Feststellungen ausländischer Versicherungsträger, Krankenkassen, Behörden und Ärzte bezüglich Invaliditätsgrad und Anspruchsbeginn für die rechtsanwendenden Behörden in der Schweiz nicht verbindlich (BGE 130 V 253 E. 2.4, AHI-Praxis 1996, S. 179; vgl. auch ZAK 1989 S. 320 E. 2). Vielmehr unterstehen ausländische Beweismittel der freien Beweiswürdigung des Gerichts (vgl. E. 2.3.3 hiervor; Urteil des EVG vom 11. Dezember 1981 i.S. D).

3.2 Im vorliegenden Verfahren finden grundsätzlich jene schweizerischen Rechtsvorschriften Anwendung, die bei Erlass der angefochtenen Verfügung vom 16. Mai 2008 in Kraft standen; weiter aber auch solche Vorschriften, die zu jenem Zeitpunkt bereits ausser Kraft getreten waren, die aber für die Beurteilung eines allenfalls früher entstandenen Rentenanspruchs von Belang sind (für das IVG: ab dem 1. Januar 2003 in der Fassung vom 6. Oktober 2000 [AS 2002 3371 und 3453], ab dem 1. Januar 2004 in der Fassung vom 21. März 2003 [AS 2003 3837; 4. IVG-Revision] und ab dem 1. Januar 2008 in der Fassung vom 6. Oktober 2006 [AS 2007 5129; 5. IV-Revision]; die Verordnungen in den entsprechenden Fassungen).

Am 1. Januar 2003 sind das ATSG sowie die entsprechende Verordnung vom 11. September 2002 (ATSV, SR 830.11) in Kraft getreten, welche für die Beurteilung des vorliegend geltend gemachten Leistungsanspruchs ab diesem Zeitpunkt anwendbar sind. Da die darin enthaltenen Formulierungen der Arbeitsunfähigkeit, der Erwerbsunfähigkeit, der Invalidität und der Einkommensvergleichsmethode den bisherigen von der Rechtsprechung dazu entwickelten Begriffen in der Invalidenversicherung entsprechen und die von der Rechtsprechung dazu herausgebildeten Grundsätze unter der Herrschaft des ATSG weiterhin Geltung haben (vgl. BGE 130 V 343 E. 3.1, 3.2 und 3.3), wird im Folgenden auf die dortigen Begriffsbestimmungen verwiesen.

3.3 Rechts- und Sachverhaltsänderungen, die nach dem massgebenden Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Entscheides (16. Mai 2008)

eintraten, sind im vorliegenden Verfahren grundsätzlich nicht zu berücksichtigen (vgl. BGE 130 V 329, BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweisen). Allerdings können Tatsachen, die den Sachverhalt seither verändert haben, unter Umständen Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung sein (vgl. BGE 121 V 366 E. 1b mit Hinweisen).

4.

Anspruch auf eine Rente der schweizerischen Invalidenversicherung hat, wer invalid im Sinne des Gesetzes ist (Art. 8 ATSG) und beim Eintritt der Invalidität während der vom Gesetz geforderten Dauer 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 Versicherte leistete unbestrittenermassen während mehr als drei Jahren Beiträge an die AHV/IV, so dass die gesetzliche Mindestbeitragsdauer sowohl nach den bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen als auch nach den seither geltenden Bestimmungen erfüllt ist (Art. 36 Abs. 1 IVG).

4.1 Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG), die Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein kann (Art. 4 Abs. 1 IVG). Invalidität ist somit der durch einen Gesundheitsschaden verursachte und nach zumutbarer Behandlung oder Eingliederung verbleibende länger dauernde (volle oder teilweise) Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt resp. der Möglichkeit, sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen. Der Invaliditätsbegriff enthält damit zwei Elemente (vgl. UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2009, Art. 8 Rz. 7): Ein medizinisches (Gesundheitsschaden mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit) und ein wirtschaftliches im weiteren Sinn (dauerhafte oder länger dauernde Einschränkung der Erwerbsfähigkeit oder der Tätigkeit im Aufgabenbereich).

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 eine andere zumutbare Tätigkeit berücksichtigt (Art. 6 ATSG).

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).

4.2 Nach dem am 1. Januar 2004 in Kraft getretenen Art. 28 Abs. 1 IVG hatte eine versicherte Person Anspruch auf eine Viertelsrente bei einem Invaliditätsgrad von 40%, auf eine halbe Rente bei einem solchen von 50%, auf eine Dreiviertelsrente bei einem Grad der Invalidität von 60% und auf eine ganze Rente bei einem solchen von 70%. Hieran hat die 5. IV-Revision nichts geändert (Art. 28 Abs. 2 IVG in der ab 1. Januar 2008 geltenden Fassung).

Laut Art. 28 Abs. 1^{ter} IVG (in der bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung) bzw. Art. 29 Abs. 4 IVG (in der ab 1. Januar 2008 geltenden Fassung) werden jedoch 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 Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG; ab 1. Januar 2007: Bundesgericht) stellt diese Regelung 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 auch bei einem Invaliditätsgrad ab 40% eine Rente ausgerichtet wird, wenn sie – wie dies beim Versicherten der Fall war – in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft Wohnsitz haben.

4.3 Nach den Vorschriften der 4. IV-Revision entsteht der Rentenanspruch frühestens in dem Zeitpunkt, in dem die versicherte Person mindestens zu 40% bleibend erwerbsunfähig (Art. 7 ATSG) geworden ist oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40% arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen war (Art. 29 Abs. 1 Bst. a und b IVG in der von 2004 bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung). Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG in der ab dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung haben jene Versicherten Anspruch auf eine Rente, welche ihre Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wieder herstellen, erhalten oder verbessern können (lit. a), und die zusätzlich während eines Jahres ohne wesent-

lichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40% arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen sind und auch nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40% invalid (Art. 8 ATSG) sind (lit. b und c).

Der Versicherte war seit dem Unfall vom 13. Juni 2006 arbeitsunfähig, so dass ein allfälliger Rentenanspruch frühestens nach Ablauf eines Jahres, also ab Juli 2007 hätte entstehen können (Art. 29 Abs. 1 Bst. b IVG in der bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung).

4.4 Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung (und im Beschwerdefall das Gericht) auf Unterlagen angewiesen, die ärztliche und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes oder der Ärztin ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten die versicherte Person arbeitsunfähig ist. Im Weiteren sind die ärztlichen Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen der versicherten Person noch zugemutet werden können (BGE 125 V 256 E. 4, BGE 115 V 133 E. 2; AHI-Praxis 2002 S. 62 E. 4b/cc).

Aufgrund des im gesamten Sozialversicherungsrecht geltenden Grundsatzes der Schadenminderungspflicht ist ein dauernd in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkter Versicherter gehalten, innert nützlicher Frist Arbeit im angestammten oder einem anderen Berufs- oder Erwerbszweig zu suchen und anzunehmen, soweit sie noch möglich und zumutbar erscheint (vgl. BGE 113 V 28 E. 4a, BGE 111 V 239 E. 2a). Deshalb ist es am behandelnden Arzt bzw. am Vertrauensarzt der IVSTA, aus medizinischer Sicht zu entscheiden, in welchem Ausmass ein Versicherter seine verbliebene Arbeitsfähigkeit bei zumutbarer Tätigkeit und zumutbarem Einsatz auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt einsetzen kann. Diese Arbeitsmöglichkeit hat sich der Versicherte anrechnen zu lassen (leidensangepasste Verweisungstätigkeit; vgl. ZAK 1986 S. 204 f.), wobei es unerheblich ist, ob er seine Restarbeitsfähigkeit tatsächlich verwertet oder nicht.

5.

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren wird geltend gemacht, der (zwischenzeitlich verstorbene) Versicherte hätte aufgrund seiner gesundheitlichen Beeinträchtigungen mindestens Anspruch auf eine Viertelsrente der Invalidenversicherung gehabt.

5.1 Für die Beurteilung des Gesundheitszustandes und damit der Arbeitsfähigkeit des Versicherten hat sich die Vorinstanz insbesondere auf die Ausführungen im interdisziplinären Gutachten vom 14. November 2006 der Rehaklinik Y._____ abgestützt, das im Auftrag der Suva St. Gallen erstellt worden ist und die Ergebnisse einer psychiatrischen sowie einer orthopädischen Abklärung beinhaltet.

5.1.1 Anlässlich der psychiatrischen Abklärung vom 27. September 2006 wurde ein depressives Syndrom diagnostiziert. Der Psychiater kam zum Schluss, dass der Versicherte unter einer nicht unerheblichen psychischen Störung im Sinne einer sog. Major Depression leide und zweifellos schon vor dem Unfall depressiv gewesen sei, dass sich die Depression aber durch die Arbeitsunfähigkeit seit dem Unfall verstärkt habe, was sich daran zeige, dass aufgrund der Interaktion der Depression mit unterschiedlichen, auch abnützungsbedingten Schmerzen an verschiedenen Stellen des Körpers eine deutliche Schmerzverstärkung eingesetzt habe. Obschon der Gutachter das Bestehen einer eigentlichen somatoformen Schmerzstörung verneinte, kam er zum Schluss, dass das depressive Syndrom für sich allein eine mässige Minderung der psychiatrischen Zumutbarkeit (im Bereich von 20% bis 30%) zur Folge habe, jedoch zusätzlich in Rechnung zu stellen sei, dass die Schmerzen durch die Depression erheblich verstärkt würden, was im Rahmen einer interdisziplinären Gesamtbetrachtung ebenfalls berücksichtigt werden müsse.

5.1.2 Im Rahmen der orthopädischen Abklärung am 28. September 2006 wurde Folgendes diagnostiziert:

- mässige bis zum Teil ausgeprägte Kniebeschwerden links bei degenerativen Knorpelschäden,
- mässige Schulterschmerzen rechts nach Schulterkontusion und jetzt mässiger Omarthrose,
- Status nach lateraler Clavicula-Resektion rechts sowie Partialruptur der Supraspinatussehne der rechten Schulter,
- leichte bis mässige Schulterschmerzen links unbekannter Ätiologie,
- leichte Hüftgelenksschmerzen rechts ohne pathologisch-anatomisches Korrelat sowie
- eine depressive Episode leicht bis max. mittelgradig.

Der begutachtende Orthopäde hielt fest, dass die vom Versicherten diffus beschriebenen Schmerzen in den mittelgrossen Gelenken

(Schulter beidseitig, Knie links) sowie die leichten Beschwerden im Bereich der Lendenwirbelsäule und der rechten Hüfte grösstenteils durch eine Dekonditionierung sowie die vorhandene Depression zu erklären seien, da – abgesehen von der rechten Schulter, bei der eine leichte bis mässige Omarthrose festzustellen sei – die durchgeführten Tests und die radiologischen Befunde keine von der Altersnorm abweichende Pathologie oder Veränderung zeigten. Rein unfallkausal könne somit nur die Beeinträchtigung der rechten Schulter zur Minderung der Zumutbarkeit herangezogen werden.

5.1.3 In ihrer gemeinsamen interdisziplinären Beurteilung vom 14. November 2006 kamen die Gutachter zum Schluss, dass dem Versicherten unter Berücksichtigung der Minderung der Zumutbarkeit aus psychiatrischer Sicht (im Bereich von 20% bis 30%) leichte, die rechte Schulter schonende Tätigkeiten zumutbar seien, wobei regelmässige Überkopfarbeiten rechts zu vermeiden seien und das Steigen auf Gerüste oder Leitern nicht zu empfehlen sei.

5.2 In den genannten (fach-)ärztlichen Berichten wird ausführlich dargelegt, inwiefern der Versicherte in seinen körperlichen oder geistigen Funktionen leidensbedingt eingeschränkt war. Es werden sämtliche Untersuchungsergebnisse sowie die Vorakten berücksichtigt und die Beurteilung der medizinischen Situation und Zusammenhänge durch die untersuchenden Ärzte ist nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes durchaus einleuchtend und nachvollziehbar. Auch werden die Schlussfolgerungen der Experten ausführlich begründet.

Im Wissen um die Tatsache, dass sich das Gutachten der Rehaklinik Y._____ insbesondere zur Zumutbarkeit im Zusammenhang mit den Unfällen des Versicherten zu äussern hatte, hat der Regionale ärztliche Dienst Ostschweiz (RAD Ostschweiz) die Aussagen im Gutachten vom 14. November 2006 auch in invalidenversicherungsrechtlicher Hinsicht gewürdigt und daher bei der Frage nach der zumutbaren Restarbeitsfähigkeit nebst der nicht-unfallbedingten Depression auch die nicht-unfallbedingten Kniebeschwerden berücksichtigt – die im Übrigen entgegen den Ausführungen des Versicherten im Gutachten der Rehaklinik Y._____ durchaus diagnostiziert und beurteilt, bei der Bestimmung Invalidität aus unfallversicherungsrechtlicher Sicht aber zu Recht nicht berücksichtigt worden sind. Der RAD Ostschweiz kam unter Berücksichtigung der aktenkundigen, ausreichenden medizinischen Berichte zum nachvollziehbaren Schluss, dass in einer ange-

passten, leichten Tätigkeit eine Einschränkung der Leistungsfähigkeit von 25% bestehe und das Steigen auf Leitern und Gerüste, das Knien, Kauern und vermehrte Treppensteigen zu vermeiden seien. Unter Verweis auf das ärztliche Attest vom 2. Februar 2007 wurde korrekterweise spezifiziert, dass die zumutbare adaptierte Tätigkeit mehrheitlich sitzend, mit der Möglichkeit zu Positionswechsel ohne langes Stehen und Gehen ausgeübt werden sollte (vgl. Vorakten IV-Stelle SG, act. 42). Diese Gesamteinschätzung ist nachvollziehbar und nicht zu beanstanden.

5.3 Zu beachten ist allerdings, dass beim Versicherten im März 2008 ein Plattenepithelcarcinom des Ösophagus (Speiseröhrenkrebs) mit mediastinalen und supraclavikulären Lymphknotenmetastasen sowie hepataler Metastasierung diagnostiziert worden war, das mit einer ambulante palliative Chemotherapie behandelt wurde. Dies wurde der IV-Stelle SG am 5. Mai 2008 von Dr. Z. _____ mitgeteilt. Bei Erlass der angefochtenen Verfügung vom 16. Mai 2008 hat die Vorinstanz diese Verschlechterung des Gesundheitszustandes aber nicht berücksichtigt, was dem Grundsatz widerspricht, dass Sachverhaltsänderungen, die bis zum massgebenden Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Entscheides (*hier*: 16. Mai 2008) eintreten, im erstinstanzlichen Entscheid zu berücksichtigen sind (vgl. E. 3.3 hiavor). Angesichts der Schwere der neu aufgetretenen Erkrankung ist keineswegs auszuschliessen, dass diese bereits vor ihrer Diagnose – also vor März 2008 – zu einer rentenrelevanten Einschränkung der Arbeitsfähigkeit geführt haben könnte, und bereits vor Erlass der angefochtenen Verfügung ein Rentenanspruch entstanden sein könnte. Hieran vermag nichts zu ändern, dass es sich bei der Krebserkrankung um eine von den ursprünglichen Beeinträchtigungen wohl verschiedene Gesundheitsstörung handelte, so dass möglicherweise ein neuer Versicherungsfall vorliegen könnte.

Da bezüglich dieser Erkrankung keinerlei Abklärungen getroffen wurden, ist nicht bekannt, ob und allenfalls in welchem Umfang und ab wann der zusätzliche Gesundheitsschaden Auswirkungen auf die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit des Versicherten gehabt hat. Insbesondere ist nicht auszuschliessen, dass die Erkrankung bereits längere Zeit vor der Diagnose relativ gravierende Auswirkungen hatte, so dass – trotz zu berücksichtigenden Wartezeiten – eine rentenrelevante Beeinträchtigung eingetreten sein könnte. Unter diesen Umständen ist es dem

Bundesverwaltungsgericht nicht möglich, den Invaliditätsgrad des Versicherten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu bestimmen.

6.

Damit erweist sich der entscheidungswesentliche Sachverhalt als ungenügend abgeklärt, was eine Verletzung von Art. 43 Abs. 1 ATSG darstellt. Die angefochtene Verfügung ist daher in teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache mit der Weisung an die Vorinstanz zurückzuweisen, die Auswirkungen der am 5. Mai 2008 gemeldeten schwerwiegenden Krebserkrankung des Versicherten auf dessen Arbeits- und Erwerbsfähigkeit retrospektiv durch einen geeigneten Arzt (unter Beizug der Krankengeschichte) abklären zu lassen und anschliessend neu zu verfügen (Art. 61 Abs. 2 VwVG).

Ergänzend sei festgehalten, dass nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts der von der Vorinstanz im Rahmen der Invaliditätsberechnung gewährte leidensbedingte Abzug vom Invalideneinkommen von bloss 10% als überaus tief erscheint. Es ist zu beachten, dass der Versicherte im Jahre 2007 immerhin bereits mehr als 60jährig war, allein schon aus psychiatrischer Sicht in seiner Leistungsfähigkeit um 20% bis 30% eingeschränkt war, selbst in einer geeigneten Verweisungstätigkeit auf vermehrte Pausen angewiesen war und diese Tätigkeit nur unter Schonung seiner Schulter, mehrheitlich sitzend, mit der Möglichkeit zu Positionswechsel und ohne langes Stehen und Gehen hätte ausüben können – was ohne Zweifel seine Möglichkeit, ein durchschnittliches Erwerbseinkommen zu erzielen, wesentlich beeinträchtigt hätte.

7.

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

7.1 Angesichts des Obsiegens der Beschwerdeführer sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 sowie 2 VwVG). Der geleistete Verfahrenskostenvorschuss von Fr. 400.- wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

7.2 Den obsiegenden Beschwerdeführern ist eine von der Vorinstanz zu entrichtende Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]), welche mangels Kostennote aufgrund der Ak-

ten zu bestimmen ist (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Das zu entschädigende Honorar bestimmt sich nach dem notwendigen Zeitaufwand der nicht-anwaltlichen Vertretung (Art. 10 Abs. 1 und 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwands erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine Parteienschädigung von Fr. 1'200.- (inklusive Auslagen und – soweit geschuldet – Mehrwertsteuer).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde vom 16. Juni 2008 wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass die Verfügung vom 16. Mai 2008 aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, damit sie die Auswirkungen der am 5. Mai 2008 gemeldeten schwerwiegenden Krebserkrankung des Versicherten auf dessen Arbeits- und Erwerbsfähigkeit retrospektiv durch einen geeigneten Arzt (unter Beizug der Krankengeschichte) abklären lasse und in der Sache neu verfüge.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der bereits geleitete Verfahrenskostenvorschuss von Fr. 400.- wird den Beschwerdeführern nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Den Beschwerdeführern wird eine Parteienschädigung in der Höhe von Fr. 1'200.- zugesprochen, die von der Vorinstanz zu leisten ist.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. _____)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Stefan Mesmer

Susanne Marbet Coullery

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: