



Abteilung III
C-5453/2007
{T 0/2}

Urteil vom 17. September 2009

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz), Richter Beat Weber,
Richterin Maria Amgwerd,
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

Parteien

M._____,
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur.
Christina Ammann,
Beschwerdeführer,

gegen

IV-Stelle für Versicherte im Ausland IVSTA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Invalidenrente; Verfügung der IVSTA vom 15. Juni 2007.

Sachverhalt:**A.**

M._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer), geboren am [...], in seinem Heimatstaat wohnhafter portugiesischer Staatsangehöriger, war von 1982-1993 in der Schweiz erwerbstätig und entrichtete in diesem Zeitraum obligatorische Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV). In Portugal arbeitete er bis zum 31. März 2004 als Verteiler von Weinlieferungen, danach war er arbeitslos. Am 24. August 2005 wurde er wegen Krebses im Sigmadarm operiert und bis April 2006 nachbehandelt. Mit Gesuch vom 19. April 2006 meldete er sich zum Bezug einer schweizerischen Invalidenrente an.

B.

Mit Vorbescheid vom 25. April 2007 teilte die IV-Stelle für Versicherte im Ausland (IVSTA, nachfolgend: Vorinstanz) dem Beschwerdeführer gestützt auf die Beurteilung des ärztlichen Dienstes vom 23. April 2007 mit, dass das Leistungsbegehren abgewiesen werden müsste; es liege weder eine bleibende Erwerbsunfähigkeit noch eine ausreichende durchschnittliche Arbeitsunfähigkeit während eines Jahres vor. Trotz der gesundheitlichen Beeinträchtigung sei eine gewinnbringende Tätigkeit weiterhin in rentenausschliessender Weise zumutbar.

C.

Mit Schreiben vom 22. Mai 2007 erhob der Beschwerdeführer Einsprache gegen den Vorbescheid und reichte erneut seine Krankengeschichte sowie einen psychiatrischen Bericht vom 10. Mai 2007 ein. Er könne nicht weiter arbeiten. Er sei durch sein Krebsleiden und die entsprechenden Behandlungen traumatisiert. Sein Arzt attestiere ihm einen Invaliditätsgrad von über 55 %, eine weitere medizinische Expertise sogar 80 %.

D.

Am 31. Mai 2007 unterbreitete die Vorinstanz dem zuständigen IV-Stellenarzt Dr. A._____ die eingereichte medizinische Dokumentation zur Stellungnahme. Mit Bericht vom 12. Juni 2007 führt Dr. A._____ aus, die eingereichten Arztberichte würden bestätigen, dass der Beschwerdeführer keinen Rückfall (Krebs) erlitten habe und sich in einem guten gesundheitlichen Zustand befinde. Diesbezüglich sei der Beschwerdeführer arbeitsfähig. Hinsichtlich seiner psychischen

Verfassung spreche der Bericht vom 10. Mai 2007 von posttraumatischem Stress und einer schweren sexuellen Dysfunktion. Dies rechtfertige einen Verzicht auf die Wiederaufnahme der beruflichen Tätigkeit nicht. Man könne nicht von posttraumatischem Stress sprechen, da der chirurgische Eingriff und die Behandlung erfolgreich gewesen seien. Dagegen könne eine sexuelle Dysfunktion wohl deprimierend wirken, jedoch nicht ein Grund für eine Aufgabe der Arbeitstätigkeit sein. Es bleibe bei der ursprünglichen Beurteilung vom 23. April 2007. Das Rückenleiden beurteilte Dr. A. _____ im Bericht vom 23. April 2007 als geringfügige Beeinträchtigung, die mit der letzten Tätigkeit des Beschwerdeführers vereinbar sei.

E.

Mit Verfügung vom 15. Juni 2007 wies die Vorinstanz das Leistungsbegehren des Beschwerdeführers ab. Es liege weder eine bleibende Erwerbsunfähigkeit noch eine ausreichende durchschnittliche Arbeitsunfähigkeit während eines Jahres vor. Die eingereichte medizinische Dokumentation bestätige die bekannten Beschwerden und lege keine neuen Erkenntnisse dar. Trotz der gesundheitlichen Beeinträchtigung sei eine gewinnbringende Tätigkeit weiterhin in rentenausschliessender Weise zumutbar.

F.

Mit Eingabe vom 15. August 2007 erhob der Beschwerdeführer dagegen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt die Zusprechung einer ganzen Invalidenrente rückwirkend ab Mai 2006. Er leide an einem Kolonkarzinom, weshalb er am 24. August 2005 operiert worden sei und sich wegen des bösartigen Befundes einer Chemotherapie habe unterziehen müssen. Seit der Darmoperation leide er an posttraumatischem Stress und sei deshalb seit 2006 in psychiatrischer Behandlung. Zudem leide er an chronischen Lumbalgie (Schmerzen im Lendenwirbelbereich). Es würden degenerative Veränderungen mit Diskopathie L3/L4 vorliegen. Nach Einschätzung von Dr. B. _____ sei er nicht mehr arbeitsfähig. Gemäss Bericht des Präsidenten der Junta Médica vom 23. Januar 2007 sei er zu 80 % arbeitsunfähig. Der Beschwerdeführer beantragt das Einholen eines interdisziplinären Gutachtens.

G.

Mit Eingabe vom 17. September 2007 stellte der Beschwerdeführer ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege.

H.

Mit Schreiben vom 25. Januar 2008 informierte die Vorinstanz das Bundesverwaltungsgericht, dass sich aufgrund der erneuten Stellungnahme ihres ärztlichen Dienstes ein Einkommensvergleich aufdränge.

I.

Am 22. Januar 2008 unterbreitete die Vorinstanz der zuständigen IV-Stellenärztin Dr. C._____ die im Beschwerdeverfahren eingereichten ärztlichen Berichte zur Stellungnahme. Mit Bericht vom 24. Januar 2008 führte sie aus, dass der Beschwerdeführer im August 2005 bösartiges Gewebe aus dem colon sigmoideum operativ entfernen lassen musste und sich anschliessend bis zum 5. April 2006 einer Chemotherapie unterziehen musste. Es seien keine Anzeichen eines Rückfalls festgestellt worden. Der daraufhin entstandene "état dépressif" mit einer sexuellen Dysfunktion werde mit Antidepressiva behandelt. Bei einer guten Prognose sei der Beschwerdeführer, bis auf die Periode zwischen August 2005 und Mai 2006, nicht arbeitsunfähig. Der Beschwerdeführer beklage sich über chronische Lumbalgie. Unter Bezugnahme auf zwei Berichte (vom 9. Februar 2005 und 22. Januar 2007) kommt sie zum Schluss, dass die Veränderungen minimal seien, jedoch störende Schmerzen auftreten könnten. Die beiden im Beschwerdeverfahren beigebrachten Berichte würden keine neuen Elemente bringen. Der Beschwerdeführer sei im Getränkehandel tätig gewesen; unklar sei jedoch, ob er in der Kontrolle der Bestellungen/Lieferungen tätig gewesen sei, oder ob er die Lieferwagen be- und entladen habe. Im ersten Fall sei seine Arbeitsfähigkeit nicht beeinträchtigt, im zweiten Fall würde die Fortsetzung seiner beruflichen Tätigkeit jedoch zu einer Verstärkung der Symptome führen. Eine leichtere angepasste Tätigkeit sei jedoch möglich. Unter Berücksichtigung der Depression sei ein Reduktionsgrad von 10 % angemessen. Zusammengefasst sei der Beschwerdeführer zwischen dem 23. August 2005 (Hospitalisierung) und dem 31. Mai 2006 arbeitsunfähig gewesen. Eine leichtere Verweisungstätigkeit sei ab dem 1. Juni 2006 zu 90 % möglich.

Der am 6. Februar 2008 durchgeführte Einkommensvergleich ergab einen Invaliditätsgrad von 26.77 %.

J.

Mit Vernehmlassung vom 11. Februar 2008 beantragt die Vorinstanz unter Bezugnahme auf die Stellungnahmen ihres ärztlichen Dienstes

vom 24. Januar 2008 und dem Dienst für wirtschaftliche Invaliditätsbemessung vom 6. Februar 2008 die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung der angefochtenen Verfügung.

K.

Mit Replik vom 28. April 2008 beantragt der Beschwerdeführer erneut die Erstellung einer interdisziplinären Expertise. Die Vorinstanz habe ihren Entscheid lediglich auf eine Aktennotiz der beratenden Ärztin vom 24. Januar 2008 abgestützt. Eine Beurteilung aufgrund der Akten genüge nicht.

L.

Mit Duplik vom 7. Mai 2008 schliesst die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde. Die Replik vom 28. April 2008 enthalte keine neuen Vorbringen und Beweismittel.

M.

Am 3. März 2009 wurde das Verfahren im Rahmen interner Entlastungsmassnahmen von der Abteilung III des Bundesverwaltungsgerichts an die Abteilung II überwiesen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig (Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] i.V.m. Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung [IVG, SR 831.20]).

1.2 Gemäss Art. 19 Abs. 3 VGG sind die Richter und Richterinnen des Bundesverwaltungsgerichts zur Aushilfe in anderen Abteilungen verpflichtet. Vorliegend ist der Vorsitz im Beschwerdeverfahren auf die Abteilung II übergegangen. Der Spruchkörper setzt sich (neu) zusammen aus Richter Ronald Flury und Richterin Maria Amgwerd der Abteilung II und Richter Beat Weber der Abteilung III.

1.3 Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz

nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Vorbehalten bleiben gemäss Art. 3 Bst. d^{bis} VwVG die besonderen Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1). Gemäss 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.

1.4 Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung durch diese berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 59 ATSG, Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 60 Abs. 1 ATSG, Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

2.1 Der Beschwerdeführer ist Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft (EU), 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 mit ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) anwendbar ist, insbesondere dessen Anhang II, der die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit regelt (vgl. Art. 80a IVG, in Kraft seit dem 1. Juni 2002). Nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 (SR 0.831.109.268.1) haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen und 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. Demnach richtet sich vorliegend der Anspruch des Beschwerdeführers auf Leistungen der Invalidenversicherung nach schweizerischen Recht, insbesondere dem IVG sowie der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV, SR 831.201).

2.2 Weil in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestands Geltung haben, und weil nach ständiger Praxis der Sozialversicherungsgerichte bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen

Verwaltungsakts (vorliegend 15. Juni 2007) eingetretenen Sachverhalts abgestellt wird (BGE 132 V 1 E. 1, BGE 129 V 1 E. 1.2, mit Hinweisen), sind im vorliegenden Fall die auf den 1. Januar 2004 in Kraft getretenen Bestimmungen der 4. IV-Revision anwendbar, nicht aber diejenigen der 5. IV-Revision. Im Folgenden werden deshalb die ab 1. Januar 2004 (bis Ende 2007) gültig gewesenen Bestimmungen des IVG (Fassung vom 21. März 2003, AS 2003 3837 ff.) und der IVV (Fassung vom 21. Mai 2003, AS 2003 3859 ff.) zitiert.

2.3 Die Frage, ob und gegebenenfalls ab wann Anspruch auf Leistungen der schweizerischen Invalidenversicherung besteht, bestimmt sich allein aufgrund der schweizerischen Rechtsvorschriften (vgl. E. 2.1). Für die Beurteilung eines Rentenanspruchs sind daher die Feststellungen des ausländischen Versicherungsträgers bezüglich Invaliditätsgrad und Anspruchsbeginn für die rechtsanwendenden Behörden in der Schweiz nicht verbindlich (vgl. BGE 130 V 253 E. 2.4). Die dahingehende Rüge des Beschwerdeführers geht deshalb fehl.

3.

Der Beschwerdeführer beantragt die Zusprechung einer ganzen Invalidenrente rückwirkend ab Mai 2006. Sein Gesundheitszustand erlaube ihm nicht, seine berufliche Tätigkeit wieder aufzunehmen. Gemäss Bericht des Präsidenten der Junta Médica vom 23. Januar 2007 sei er zu 80 % arbeitsunfähig.

Die Vorinstanz verweist auf die Beurteilung ihres ärztlichen Dienstes vom 24. Januar 2008, wonach der Beschwerdeführer in einer leichteren Verweisungstätigkeit zu 90 % arbeitsfähig sei.

Der Beschwerdeführer war gemäss eigenen Angaben bis zum 31. März 2004 im Getränkehandel tätig; er war zuständig für die Lieferung von Weinkisten in die Geschäfte. Seit dem 1. April 2006 ist er arbeitslos und bezieht Leistungen der portugiesischen Arbeitslosenversicherung.

3.1 Anspruch auf eine ordentliche Rente haben die rentenberechtigten Versicherten, die bei Eintritt der Invalidität während mindestens eines vollen Jahres Beiträge geleistet haben (Art. 36 Abs. 1 IVG in der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung). Gemäss Art. 48 IVG (in der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung) werden IV-Leistungen lediglich für die zwölf der Anmeldung vorangehenden Monate

ausgerichtet. Der Beschwerdeführer hat in den Jahren 1982-1993 Beiträge an die AHV/IV geleistet und erfüllt damit die Voraussetzungen der Mindestbeitragsdauer gemäss Art. 36 Abs. 1 IVG (in der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung).

3.2 Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG). Die Invalidität kann Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein (Art. 4 Abs. 1 IVG); 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). 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). Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt (Art. 6 ATSG).

3.3 Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG (in der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung) haben Versicherte bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 70 % Anspruch auf eine ganze Rente, bei mindestens 60 % auf eine Dreiviertelsrente, bei mindestens 50 % auf eine halbe Rente oder auf eine Viertelsrente, wenn sie mindestens zu 40 % invalid sind.

3.4 Der Rentenanspruch entsteht gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG (in der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung) frühestens in dem Zeitpunkt, in dem die versicherte Person mindestens zu 40 % bleibend erwerbsunfähig geworden ist (Bst. a; Dauerinvalidität) oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40 % arbeitsunfähig gewesen war (Bst. b; langdauernde Krankheit). Gemäss Art. 29^{ter} IVV liegt ein wesentlicher Unterbruch der Arbeitsunfähigkeit vor, wenn die versicherte Person an mindestens 30 aufeinanderfolgenden Tagen voll arbeitsfähig war.

3.5 Die Verwaltung und im Beschwerdefall das Gericht haben die medizinischen Unterlagen – wie alle anderen Beweismittel – nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung frei, d.h. ohne Bindung an

förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (BGE 132 V 393 E. 2.1; ALFRED MAURER/GUSTAVO SCARTAZZINI/MARC HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, 3. Aufl., Basel 2009, § 21 Rz. 7). Dies bedeutet für das Gericht, dass es alle Beweismittel, unabhängig, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden hat, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruchs gestatten. Insbesondere darf bei einander widersprechenden medizinischen Berichten der Prozess nicht erledigt werden, ohne das gesamte Beweismaterial zu würdigen und die Gründe anzugeben, warum auf die eine und nicht auf die andere medizinische These abzustellen ist. 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 351 E. 3a; vgl. hierzu UELI KIESER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Zürich/St. Gallen 2008, S. 434 f., Rz. 19).

3.6 Gleichwohl erachtet es die Rechtsprechung mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung als vereinbar, Richtlinien für die Beweiswürdigung in Bezug auf bestimmte Formen medizinischer Berichte und Gutachten aufzustellen (vgl. hierzu BGE 125 V 351 E. 3b; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts I 128/98 vom 24. Januar 2000 E. 3b). So ist den im Rahmen des Verwaltungsverfahrens eingeholten Gutachten externer Spezialärzte, welche aufgrund eingehender Beobachtungen und Untersuchungen sowie nach Einsicht in die Akten Bericht erstatten und bei der Erörterung der Befunde zu schlüssigen Ergebnissen gelangen, bei der Beweiswürdigung volle Beweiskraft zuzuerkennen, solange nicht konkrete Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen (BGE 125 V 351 E. 3b/bb, mit Hinweisen). Berichte der behandelnden Ärzte schliesslich sind aufgrund deren auftragsrechtlicher Vertrauensstellung zum Patienten mit Vorbehalt zu würdigen (BGE 125 V 351 E. 3b/cc). Dies gilt für den allgemein praktizierenden Hausarzt wie auch für den behandelnden Spezialarzt (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts I 655/05 vom 20. März 2006 E. 5.4, mit Hinweisen).

Bei der Abschätzung des Beweiswerts im Rahmen einer freien und

umfassenden Beweiswürdigung dürfen allerdings auch die potentiellen Stärken der Berichte behandelnder Ärzte nicht vergessen werden. Der Umstand allein, dass eine Einschätzung vom behandelnden Mediziner stammt, darf nicht dazu führen, sie von vornherein als unbeachtlich einzustufen; die einen längeren Zeitraum abdeckende und umfassende Betreuung durch behandelnde Ärzte bringt oft wertvolle Erkenntnisse hervor. Auf der anderen Seite lässt es die unterschiedliche Natur von Behandlungsauftrag des therapeutisch tätigen (Fach-)Arztes einerseits und Begutachtungsauftrag des amtlich bestellten fachmedizinischen Experten andererseits (BGE 124 I 170 E. 4) nicht zu, ein Administrativ- oder Gerichtsgutachten stets in Frage zu stellen und zum Anlass weiterer Abklärungen zu nehmen, wenn die behandelnden Ärzte zu anderslautenden Einschätzungen gelangen. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen sich eine abweichende Beurteilung aufdrängt, weil die behandelnden Ärzte wichtige – und nicht rein subjektiver ärztlicher Interpretation entspringende – Aspekte benennen, die im Rahmen der Begutachtung unerkannt oder ungewürdigt geblieben sind (Urteil des Bundesgerichts 9C_24/2008 vom 27. Mai 2008 E. 2.3.2, mit Hinweisen, publiziert in: Plädoyer 3/2009, S. 72 ff.).

3.7 Im Sozialversicherungsrecht haben Verwaltung und Gericht ihren Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die bloße Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt diesen Beweisanforderungen nicht. Vielmehr ist jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste gewürdigt wird (BGE 129 V 222 E. 4.3.1, BGE 128 V 66 E. 5c, BGE 126 V 353 E. 5b; MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER, a.a.O., § 21 Rz. 8; KIESER, a.a.O., S. 433, Rz. 17).

3.8 Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer im August 2005 bösartiges Gewebe aus dem colon sigmoideum (s-förmiger Abschnitt des Dickdarms, der in den Mastdarm übergeht) operativ entfernen lassen musste. Daraufhin musste er sich bis zum 5. April 2006 einer Chemotherapie unterziehen. Mit Bericht vom 15. Mai 2006 sowie Bericht vom 26. Dezember 2006 stellte Dr. D._____ von der Abteilung Chirurgie am [Klinikname] fest, dass keinerlei Anzeichen eines Rückfalls bestünden (act. 19, 21). Der zuständige Onkologe führte mit Bericht vom 31. Januar 2007 aus, dass die gesundheitliche Entwicklung des Beschwerdeführers nach der Chemotherapie weiterhin periodisch kontrolliert werde (act. 23).

Die Berichte der zuständigen IV-Stellenärzte Dr. A._____ und Dr. C._____ kommen aufgrund der ärztlichen Berichte und Befunde aus Portugal zum selben Schluss; es gebe keine Anzeichen für einen Rückfall oder für Ableger. Der Beschwerdeführer werde regelmässig daraufhin kontrolliert. Sämtliche eingereichten Berichte bestätigten dies. Vom 23. August 2005 (Datum Hospitalisierung) bis zum 31. Mai 2006 (ca. 2 Wochen nach dem Bescheid, dass kein Rückfall vorliege) sei der Beschwerdeführer zwar arbeitsunfähig gewesen, jedoch nicht durchschnittlich 40 % während eines Jahres (act. 27, 38, 46).

Somit kann festgehalten werden, dass der Beschwerdeführer im massgeblichen Zeitraum, ein Jahr vor Antragsstellung bis zum Datum der angefochtenen Verfügung, nicht während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40 % arbeitsunfähig war (Art. 29 Abs. 1 IVG Bst. b [in der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung] vgl. E. 3.4).

3.9 Bezüglich der psychischen Verfassung des Beschwerdeführers bestätigt einzig Dr. E._____, Assistenzarzt für Psychiatrie, mit Bericht vom 10. Mai 2007, dass der Beschwerdeführer seit dem Jahr 2006 bei ihm in Behandlung sei und entsprechende Medikamente einnehme. Er leide an posttraumatischem Stress und einer schweren sexuellen Dysfunktion nach dem chirurgischen Eingriff und der Chemotherapie. Aufgrund der Erkrankung sei der Beschwerdeführer lediglich zu etwa 55 % arbeitsfähig.

In den Stellungnahmen der zuständigen IV-Stellenärzte wird dieser Umstand gewürdigt; der Beschwerdeführer habe eine depressive Episode, welche mit Antidepressiva behandelt werde. Die Medikation entspreche der Behandlung einer geringfügigen depressiven Episode. Vor dem Hintergrund, dass die Chemotherapie offensichtlich erfolgreich gewesen sei, könne jedoch nicht von posttraumatischem Stress gesprochen werden. Die sexuelle Dysfunktion könne deprimierend wirken, begründe jedoch keine Arbeitsunfähigkeit.

3.10 Der Beschwerdeführer führt aus, er leide an chronischen Lumbalgien bei diskreter Skoliose, Spondylose L3/L4 sowie diskrete Spondylose (Abnützung der Wirbel) L4 mit Diskopathie L3/L4 und bezieht sich dabei auf die Radiographie vom 22. Januar 2007 sowie den radiologischen Bericht vom 9. Februar 2005 (beide Berichte verfasst von

Dr. F._____).

Die zuständigen IV-Stellenärzte gehen übereinstimmend davon aus, dass die Beeinträchtigungen der Wirbelsäule nicht schwerwiegend seien. Dr. A._____ führt im Bericht vom 23. April 2007 aus, dass die Beeinträchtigungen minimal und darüberhinaus mit der letzten Tätigkeit des Beschwerdeführers vereinbar seien (vgl. hierzu E. 3.12). Dr. C._____ erachtet in ihrer Stellungnahme vom 24. Januar 2008 die in den entsprechenden Berichten beschriebenen Veränderungen als minimal, jedoch als geeignet, störende Schmerzen zu bereiten (vgl. E. 3.12).

3.11 Der Auszug aus dem Bericht der Junta Médica vom 23. Januar 2007, wonach der Beschwerdeführer wegen seiner "multiplen Beschwerden" zu 80 % arbeitsunfähig sei, bindet das Gericht, entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers, nicht; die Arbeitsfähigkeit wird aufgrund der von den portugiesischen Ärzten erhobenen Befunde von den Ärzten des ärztlichen Dienstes der Vorinstanz beurteilt (Art. 59 Abs. 2 IVG, Art. 49 IVV); die Invaliditätsbemessung wird gestützt darauf von der zuständigen IV-Stelle nach den massgebenden schweizerischen Kriterien vorgenommen (Art. 57 IVG). Überdies binden die Kriterien ausländischer Ärzte oder Versicherungsträger für die Annahme einer Arbeitsunfähigkeit die schweizerischen Behörden in keiner Weise (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-0033/2007 vom 3. März 2009 E. 8.6).

3.12 Die Befunde des ärztlichen Dienstes der Vorinstanz sind klar und schlüssig, wonach die erwähnten Diagnosen (kein Rückfall nach der erfolgreichen Darmoperation und der Chemotherapie, leichte depressive Episode, minimale Lumbalgien bzw. Spondylose L3/L4 sowie diskrete Spondylose L4 mit Diskopathie L3/L4) die Ausübung einer leichteren, leidensangepassten Verweisungstätigkeit zu 90 % ermöglichen, jedoch nicht mehr die Arbeit in der angestammten Tätigkeit als Getränkelieferant. In der ersten Stellungnahme des ärztlichen Dienstes vom 23. April 2007 ging Dr. A._____ noch davon aus, dass die angestammte Tätigkeit weiterhin vollzeitlich ausgeübt werden könne. Dies wurde in der Stellungnahme vom 24. Januar 2008 (Dr. C._____) aufgrund der Eingaben im vorliegenden Beschwerdeverfahren dahingehend korrigiert, dass unklar sei, welcher Art die berufliche Tätigkeit des Beschwerdeführers im Getränkehandel gewesen sei; wenn die Tätigkeit verbunden sei mit dem Be- bzw. Entladen eines

Camions, d.h. mit dem Heben schwerer Lasten, sei die Tätigkeit nicht mehr ausführbar. Falls der Beschwerdeführer beispielsweise im Bestellwesen tätig sei, sei die angestammte Tätigkeit durchaus noch zumutbar. Da der Beschwerdeführer gemäss eigenen Angaben die Lieferungen der Weinkartons in die Läden besorgte und somit das Heben der Kartons selber erledigt hat (act. 11), ist der Auffassung zu folgen, dass aufgrund seiner Beschwerden die angestammte Tätigkeit nicht mehr zugemutet werden kann. Eine leichtere Verweisungstätigkeit, wie vom ärztlichen Dienst der Vorinstanz vorgeschlagen, erscheint zumutbar. Dies wird von den portugiesischen Ärzten, die sich mit dem Fall befasst haben, auch nicht widerlegt. Es gibt keine ersichtlichen Gründe, von der Beurteilung der Vorinstanz entscheidend abzuweichen oder die vom Beschwerdeführer angebehrte interdisziplinäre Expertise anzuordnen. Durch die Annahme, dass die Ausübung einer leichten Verweisungstätigkeit zu 90 % zumutbar ist, wurde auf die genannten Beschwerden, insbesondere die leichte depressive Episode (vgl. E. 4.2), Rücksicht genommen.

4.

4.1 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). Der Einkommensvergleich hat in der Regel so zu erfolgen, dass die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen ziffernmässig möglichst genau ermittelt und einander gegenübergestellt werden; der Invaliditätsgrad lässt sich sodann aus der Einkommensdifferenz bestimmen. Können die fraglichen Erwerbseinkommen nicht genau ermittelt werden, 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; KIESER, a.a.O., S. 176 ff., Rz. 71 ff.).

4.2 Der von der Vorinstanz durchgeführte Einkommensvergleich wird vom Beschwerdeführer replikweise nicht beanstandet. Die Vorinstanz hat mangels Lohnangaben in Portugal für die Ermittlung von Validen- und Invalideneinkommen auf statistische Werte und diesbezüglich auf

den schweizerischen Arbeitsmarkt abgestellt. Aufgrund der theoretischen und abstrakten Natur des Begriffs der ausgeglichenen Arbeitsmarktlage (vgl. E. 4.1) ist für den Einkommensvergleich bedeutungslos, ob die versicherte Person im Ausland wohnt. Entscheidend ist lediglich, dass sich die massgebenden Vergleichseinkommen (das Validen- und das Invalideneinkommen) auf denselben Arbeitsmarkt beziehen, da es die bestehenden Unterschiede in den Lohnniveaus und den Lebenshaltungskosten zwischen den Ländern nicht gestatten, über die Grenzen hinweg einen objektiven Vergleich der betreffenden Einkommen vorzunehmen (Urteil des Bundesgerichts 9C_335/2007 vom 8. Mai 2008 E. 3.3.2, mit Hinweisen). Vorliegend sind sowohl das angenommene Valideneinkommen von Fr. 5'075.61.- pro Monat im Jahr 2006 (Grundlohn in der Lebensmittel- bzw. Getränkebranche für einfache Tätigkeiten bei 42,2 h/Woche) als auch das berechnete Invalideneinkommen von Fr. 4'588.74.- (bei im Jahr 2006 im tertiären Sektor üblichen 41,7 h/Woche) für eine leichtere Verweisungstätigkeit nicht zu beanstanden. Abgezogen hiervon werden 10 % wegen Ausübung der Verweistätigkeit zu 90 %; dies ergibt ein Invalideneinkommen von Fr. 4'129.87.-. Im Übrigen erscheint der einzelfallbedingte Leidensabzug von 10 % aufgrund des Alters sowie der Tatsache, dass nur leichtere und angepasste Tätigkeiten in Frage kommen, angemessen. Daraus resultiert ein Invalideneinkommen von Fr. 3'716.88.-.

Der errechnete Erwerbsunfähigkeits- bzw. Invaliditätsgrad beträgt somit 26,77 % bzw. aufgerundet 27 %, was die Zuspreehung einer Invalidenrente ausschliesst (vgl. E. 3.3 und 3.4).

4.3 Somit ist mit dem im Sozialversicherungsrecht massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt, dass der Beschwerdeführer in einer leichten Verweisungstätigkeit zu 90 % arbeitsfähig war. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

5.

Als unterliegende Partei hat der Beschwerdeführer grundsätzlich die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.3]). Der Beschwerdeführer beantragt, ihm für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihm die unterzeichnende Rechtsanwältin als unentgeltlicher Rechtsbeistand beizustellen.

5.1 Gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz, ihr Vorsitzender oder der Instruktionsrichter nach Einreichung der Beschwerde eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, auf Antrag von der Bezahlung der Verfahrenskosten befreien, sofern ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint. Nach Art. 65 Abs. 2 VwVG kann der Partei ein Anwalt bestellt werden, wenn es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist.

5.2 Eine Person ist bedürftig, wenn sie nicht in der Lage ist, für die Prozesskosten aufzukommen, ohne dass sie Mittel beanspruchen müsste, die zur Deckung des Grundbedarfs für sie und ihre Familie notwendig sind (BGE 127 I 202 E. 3b). Aufgrund der eingereichten Unterlagen ist die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers ausgewiesen. Er ist ohne Beeinträchtigung der für seinen Unterhalt erforderlichen finanziellen Mittel nicht in der Lage, die Prozesskosten zu bestreiten.

Prozessbegehren sind dann als aussichtslos anzusehen, wenn deren Erfolgsaussichten beträchtlich geringer sind als die Gefahr eines Unterliegens und diese deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (BGE 129 I 129 E. 2.3.1). Dabei ist massgebend, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (BGE 129 I 129 E. 2.3.1). Das Begehren des Beschwerdeführers kann vor diesem Hintergrund nicht als aussichtslos bezeichnet werden, weshalb auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten ist. Da der Beschwerdeführer zudem nicht in der Lage war, seine Rechte in ausreichendem Masse selber wahrzunehmen, ist auch das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung gutzuheissen. Als unentgeltlicher Rechtsbeistand wird ihm antragsgemäss seine Rechtsvertreterin beigeordnet.

5.3 Die Entschädigung der Rechtsvertreterin wird mangels Einreichung einer Kostennote unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwandes auf Fr. 1'800.- (exkl. MWST) festgesetzt (Art. 65 Abs. 5 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2). Die Mehrwertsteuer ist nur für Dienstleistungen geschuldet, die im Inland gegen Entgelt erbracht werden, nicht jedoch im vorliegenden Fall, in dem die Dienstleistung der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers mit Wohnsitz im Ausland erbracht worden ist (Art. 5 Bst. b des Mehrwertsteuergesetzes vom 2. September 1999 [MWSTG, SR 641.20] i.V.m. Art. 14 Abs. 3 Bst. c MWSTG sowie Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE). Diese Entschädigung ist aus der Gerichtskasse zu leisten.

5.4 Die begünstigte Partei ist gemäss Art. 65 Abs. 4 VwVG verpflichtet, der Gerichtskasse Ersatz zu leisten, wenn sie später zu hinreichenden Mitteln gelangt.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

In Gutheissung des Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung wird gutgeheissen. Der Rechtsvertreterin wird zulasten der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 1'800.- zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...])
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Ronald Flury

Astrid Hirzel

Rechtsmittelbelehrung:

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

Versand: