



---

Abteilung III  
C-5700/2007  
{T 0/2}

## Urteil vom 19. August 2009

---

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz), Richter Stefan Mesmer,  
Richter Frank Seethaler,  
Gerichtsschreiber Martin Buchli.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_,

vertreten durch  
Achammer Mennel Welte Achammer Kaufmann Rechts-  
anwälte GmbH, Schlossgraben 10, AT-6800 Feldkirch,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

IV, Einspracheentscheid vom 24. Juli 2007.

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

Der 1944 in Deutschland geborene, in Österreich lebende österreichische Staatsangehörige A.\_\_\_\_\_, der in den Jahren 1967 bis 1988 in der Schweiz im Transport- und Gastgewerbe gearbeitet und obligatorische Beiträge an die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV) entrichtet hatte, meldete sich am 6. September 2005 bei der Pensionsversicherungsanstalt, Landesstelle V.\_\_\_\_\_, zum Bezug einer schweizerischen Invalidenrente an. Diese leitete das Gesuch an die IV-Stelle für Versicherte im Ausland (im Folgenden: Vorinstanz) weiter.

**B.**

Mit Verfügung vom 26. April 2006 wies die Vorinstanz das Leistungsbegehren vollumfänglich ab. Dabei stützte sie sich auf den "Schlussbericht des RAD Rhone (erstmaliges Gesuch IV-Rente)" vom 22. April 2006, der dem Gesuchsteller eine Arbeitsunfähigkeit von 0% in der bisherigen Tätigkeit und eine Arbeitsunfähigkeit von 0% in einer angepassten Tätigkeit attestiert.

**C.**

Gegen die Verfügung vom 26. April 2006 reichte A.\_\_\_\_\_ mit Eingabe vom 29. Mai 2006 bei der Vorinstanz Einsprache ein unter Beilage eines fachärztlichen orthopädischen Gutachtens von Dr. med. S.\_\_\_\_\_, eines urologischen Gutachtens von Prof. Dr. med. T.\_\_\_\_\_, sowie eines Gesamtgutachtens von Dr. med. S.\_\_\_\_\_ . Auf diese Gutachten wird, soweit erheblich, im Rahmen der Begründung eingegangen. Mit Einspracheentscheid vom 24. Juli 2007 hielt die Vorinstanz an ihrer Verfügung vom 26. April 2006 fest und wies die Einsprache ab. Zur Begründung führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, aus den vorgelegten Gutachten gehe hervor, dass dem Einsprecher leichte Arbeiten ohne Überkopfarbeit vollschichtig zumutbar seien. Die in der Einsprache vorgebrachten Einwände seien aus medizinischer Sicht nicht nachvollziehbar. A.\_\_\_\_\_ könne sowohl in seiner zuletzt ausgeübten Tätigkeit im Gastgewerbe als auch als Taxichauffeur oder Fahrer eines Kleintransporters vollschichtig arbeiten.

**D.**

Mit Eingabe vom 27. August 2007 reichte A. \_\_\_\_\_ (im Folgenden: Beschwerdeführer) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 24. Juli 2007 ein mit dem Begehren, ihm sei ab 1. Oktober 2005 eine Invalidenrente im gesetzlichen Ausmass einer ganzen Rente zu gewähren, eventualiter sei die Eidgenössische Invalidenversicherung zu verpflichten, ab dem 1. Oktober 2005 eine Invalidenrente im gesetzlichen Ausmass einer ganzen Rente zu gewähren; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Zur Begründung bringt der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem ihm die Beurteilung durch den IV-Arzt nicht vorgelegt worden sei. Der Einspracheentscheid vom 24. Juli 2007 sei auch mangelhaft begründet, da aus diesem nicht nachvollziehbar sei, weshalb nicht auf die eingereichten Gutachten abgestellt worden sei. Mit Bezug auf die materiellen Anspruchsvoraussetzungen für eine Invalidenrente bringt der Beschwerdeführer vor, seine gesundheitlichen Beschwerden und Beeinträchtigungen seien ausreichend, um die volle Invalidität zuzuerkennen.

**E.**

Die Vorinstanz beantragt mit Vernehmlassung vom 2. November 2007 die Abweisung der Beschwerde. Sie führt im Wesentlichen aus, sämtliche Gutachter seien zur übereinstimmenden Beurteilung gelangt, dass der Beschwerdeführer bezüglich leichter Tätigkeiten in wechselnder Körperhaltung noch vollschichtig arbeitsfähig sei. Nach schweizerischem Recht bestehe deshalb kein Rentenanspruch, da der Beschwerdeführer sowohl in seiner letzten Arbeitstätigkeit sowie in einer Verweistätigkeit ein rentenausschliessendes Erwerbseinkommen generieren könne.

**F.**

Mit Replik vom 4. Dezember 2007 beantragt der Beschwerdeführer die Durchführung einer mündlichen und öffentlichen Verhandlung gemäss Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101). Im Weiteren hält er an seinen Begehren gemäss Beschwerde vom 27. August 2007 fest. Der Beschwerdeführer geniesse "Berufsschutz" und könne nicht auf irgendeine Tätigkeit verwiesen werden. Bei prognostizierten jährlichen Krankenständen von acht bis zehn Wochen sei eine Vermittelbarkeit auf dem Arbeitsmarkt nicht mehr gegeben.

**G.**

Mit Duplik vom 18. Dezember 2007 hält die Vorinstanz an ihren Anträgen und Ausführungen fest. Ergänzend zu ihren bisherigen Ausführungen weist sie darauf hin, dass das schweizerische Recht keine Einschränkung der Verweisbarkeit im Sinne eines Berufsschutzes kenne.

**H.**

Am 20. Februar 2008 reichte der Beschwerdeführer Schlussbemerkungen ein, mit welchen er auf die im Rahmen der Replik beantragte Durchführung einer mündlichen und öffentlichen Verhandlung gemäss Art. 6 EMRK verzichtet. Materiell führt der Beschwerdeführer aus, entgegen der in der Duplik der Vorinstanz vertretenen Auffassung gebe es auch in der schweizerischen Rechtsordnung zumindest einen "relativen Berufsschutz". Im Übrigen hält der Beschwerdeführer an seinen Anträgen vom 27. August 2007 fest.

Die Vorinstanz hat keine Schlussbemerkungen eingereicht.

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

**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). Zu den anfechtbaren Verfügungen gehören jene der IV-Stelle für Versicherte im Ausland, die zu den Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts gehört (Art. 33 lit. d VGG; vgl. auch Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 [IVG, SR 831.20]). Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist in casu nicht gegeben (Art. 32 VGG).

**1.2** Gemäss Art. 19 Abs. 3 VGG sind die Richter und Richterinnen des Bundesverwaltungsgerichts zur Aushilfe in anderen Abteilungen verpflichtet. Nach Art. 11 Abs. 3 Bst. e des Geschäftsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 17. April 2008 (VGR, SR 173.320.1) ist die Verwaltungskommission des Gerichts (Leitungsorgan) zuständig für die Anordnung der Aushilfe von Richtern und Richterinnen in anderen Abteilungen. Die Verwaltungskommission hat an ihrer Sitzung vom 12. Februar 2009 einer Aushilfe der Abteilung III im Bereich der Sozialversicherung durch die Abteilung II zugestimmt. Aus diesem Grund

ging die Instruktion des vorliegenden Falles Anfang März 2009 auf einen Richter der Abteilung II über.

**1.3** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem VwVG, soweit das VGG oder das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) nichts anderes bestimmen (Art. 3 Bst. d<sup>bis</sup> VwVG, Art. 37 VGG), wobei namentlich das ATSG weitreichende Verfahrensbestimmungen enthält.

**1.4** Der Beschwerdeführer ist durch die Verfügung der IV-Stelle für Versicherte im Ausland vom 24. Juli 2007 besonders berührt und er hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung (Art. 59 ATSG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 60 ATSG) ist daher einzutreten.

## **2.**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit, zumal hier offensichtlich keine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat (Art. 49 VwVG).

## **3.**

Zunächst sind die für die Beurteilung der Streitsache wesentlichen (materiellen) Rechtssätze und die von der Rechtsprechung dazu entwickelten Grundsätze darzustellen.

**3.1** Der Beschwerdeführer ist Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, so dass vorliegend das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Freizügigkeitsabkommen, 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 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), welche als Anhang II des FZA auch für die Schweiz Anwendung findet, 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.

Demnach hat der Beschwerdeführer unter den gleichen Voraussetzungen ein Anspruch auf eine Invalidenrente wie ein in der Schweiz wohnhafter Schweizer Bürger. Daraus ergibt sich wiederum, dass sich der Anspruch des Beschwerdeführers auf Leistungen der schweizerischen Invalidenversicherung nach dem schweizerischen Recht beurteilt.

**3.2** 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 spezialgesetzlicher Übergangsbestimmungen.

In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (vgl. BGE 130 V 329 E. 2.3). Nach der Rechtsprechung stellt das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung einer Streitsache in der Regel auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Einspracheentscheides (hier: 24. Juli 2007) eingetretenen Sachverhalt ab (vgl. BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweisen). Tatsachen, die jenen Sachverhalt seither verändert haben, sollen im Normalfall Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung sein (vgl. BGE 121 V 362 E. 1b).

Für das vorliegende Verfahren ist deshalb das per 1. Januar 2003 in Kraft getretene ATSG anwendbar. Die darin enthaltenen Formulierungen der Arbeitsunfähigkeit, der Erwerbsunfähigkeit, der Invalidität und der Einkommensvergleichsmethode entsprechen ohnehin den bisherigen, von der Rechtsprechung dazu entwickelten Begriffen in der IV. Demzufolge beanspruchen die diesbezüglich schon herausgebildeten

Grundsätze auch unter der Herrschaft des ATSG weiterhin Geltung (vgl. BGE 130 V 343). Bei den materiellen Bestimmungen des IVG und der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV, SR 831.201) ist sodann auf die jeweilige Fassung gemäss den am 1. Januar 2004 in Kraft getretenen Änderungen (4. IV-Revision) abzustellen. Nicht zu berücksichtigen sind damit die durch die 5. IV-Revision eingeführten Änderungen, welche am 1. Januar 2008 in Kraft getreten sind (AS 2007 5129). Im Folgenden werden deshalb jeweils die ab 1. Januar 2004 bis Ende 2007 gültigen Bestimmungen des IVG und der IVV zitiert (AS 2003 3837).

#### **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 mindestens eines vollen Jahres Beiträge an die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV) geleistet hat (Art. 36 Abs. 1 IVG). Diese Bedingungen müssen kumulativ gegeben sein.

**4.1** Der Beschwerdeführer hat unbestrittenermassen während mehr als einem Jahr Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung geleistet, so dass die Voraussetzung der Mindestbeitragsdauer für den Anspruch auf eine ordentliche Invalidenrente zweifellos erfüllt ist. Zu prüfen bleibt damit, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Beschwerdeführer invalid im Sinne des Gesetzes ist.

**4.2** Der Anspruch auf eine ganze Invalidenrente besteht nach den für den vorliegenden Fall einschlägigen Rechtsnormen (vgl. E. 3 hiavor) bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 70%, derjenige auf eine Dreiviertels-Rente bei einem solchen von mindestens 60%, derjenige auf eine halbe Rente ab einem Grad der Invalidität von 50% und derjenige auf eine Viertelsrente ab einem solchen von 40%.

Gemäss Art. 28 Abs. 1<sup>ter</sup> IVG werden Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50% entsprechen, nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben. Eine Ausnahme von diesem Prinzip gilt seit dem 1. Juni 2002 für Schweizer Bürger und Staatsangehörige der Europäischen Gemeinschaft, denen bereits bei einem Invaliditätsgrad ab 40% eine Rente ausgerichtet wird, wenn sie in einem Mitgliedstaat der Eu-

ropäischen Gemeinschaft Wohnsitz haben (vgl. BGE 130 V 253 E. 2.3; vgl. dazu auch E. 3.1 hiervor). Der Beschwerdeführer erfüllt als in Österreich wohnhafter österreichischer Staatsbürger fraglos diese Voraussetzungen an Wohnsitz und Staatsbürgerschaft.

**4.3** Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG). Nach Art. 4 IVG kann die Invalidität Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein (Abs. 1); sie gilt als eingetreten, sobald sie die für die Begründung des Anspruchs auf die jeweilige Leistung erforderliche Art und Schwere erreicht hat (Abs. 2). Erwerbsunfähigkeit ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (Art. 7 ATSG).

**4.4** Der Begriff der Invalidität ist demnach nicht nach medizinischen Kriterien definiert, sondern nach der Unfähigkeit, Erwerbseinkommen zu erzielen (BGE 110 V 275 E. 4a, BGE 102 V 166). Dabei sind die Erwerbs- bzw. Arbeitsmöglichkeiten nicht nur im angestammten Beruf bzw. der bisherigen Tätigkeit, sondern – wenn erforderlich – auch in zumutbaren Verweisungstätigkeiten zu prüfen (vgl. E. 7.4 hiernach). Der Invaliditätsgrad ist also grundsätzlich nach wirtschaftlichen und nicht nach medizinischen Grundsätzen zu ermitteln. Bei der Bemessung der Invalidität kommt es somit einzig auf die objektiven wirtschaftlichen Folgen einer funktionellen Behinderung an, und nicht allein auf den ärztlich festgelegten Grad der funktionellen Einschränkung (BGE 110 V 275; ZAK 1985 S. 459).

Trotzdem ist die Verwaltung und im Beschwerdefall auch das Gericht auf Unterlagen angewiesen, die der Arzt und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung gestellt haben. Aufgabe des Arztes ist es, den Gesundheitszustand 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 (BGE 115 V 134 E. 2, BGE 114 V 314 E. 3c mit Hinweisen; ZAK 1991 S. 319 E. 1c). Die rein wirtschaftlichen und rechtlichen Beurteilungen, insbe-

sondere im Zusammenhang mit der Bestimmung der Erwerbsfähigkeit, obliegen dagegen der Verwaltung und im Beschwerdefall dem Gericht.

## **5.**

Zunächst ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer aus dem Umstand, dass ihm in Österreich eine "Invaliditätspension" gerichtlich zuerkannt wurde, für das vorliegende Verfahren nichts zu seinen Gunsten ableiten kann, denn nach ständiger Rechtsprechung präjudiziert die Gewährung von Leistungen durch ein ausländisches Versicherungsorgan respektive durch ein ausländisches Gericht die invalidenversicherungsrechtliche Beurteilung nach schweizerischem Recht nicht (BGE 130 V 253 E. 2.4, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6130/2007 vom 24. Juni 2008 E. 7).

## **6.**

Vorliegend ist strittig und durch das Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob dem angefochtenen Entscheid ein medizinisch korrekter Sachverhalt zugrunde gelegt wurde.

**6.1** Der Beschwerdeführer bringt vor, der Entscheid der Vorinstanz stehe im Widerspruch zu den Erkenntnissen der beigebrachten Gutachten. Dabei sei dem angefochtenen Einspracheentscheid nicht zu entnehmen, aus welchen Gründen die im Verfahren vor dem Landgericht V.\_\_\_\_\_ eingeholten Gutachten (fachärztliches orthopädisches Gutachten von Dr. med. S.\_\_\_\_\_ vom 30. März 2006, urologisches Gutachten von Prof. Dr. med. T.\_\_\_\_\_ vom 6. April 2006 sowie Gesamtgutachten von Dr. med. S.\_\_\_\_\_ vom 14. April 2006) unrichtig sein sollen. Bei den Gutachtern handle es sich um höchstqualifizierte gerichtlich beeidete Sachverständige, die über die notwendige Sach- und Fachkunde verfügten.

**6.2** Die Vorinstanz bringt vor, die Gutachter im österreichischen Verwaltungs- und Klageverfahren und auch das Landgericht V.\_\_\_\_\_ im Urteil vom 3. Juli 2006 seien übereinstimmend zur Beurteilung gelangt, dass der Beschwerdeführer bezüglich leichter Tätigkeiten in wechselnder Körperhaltung noch vollschichtig arbeitsfähig sei. Dieser Beurteilung habe sich der ärztliche Dienst der IV uneingeschränkt angeschlossen.

**6.3** Der Sachverhalt ist in medizinischer Hinsicht durch die Würdigung ärztlicher Gutachten und Stellungnahmen festzustellen (vgl. BGE 122 V 157 E. 1b). Der Beweiswert von ärztlichen Gutachten hängt dabei

davon ab, ob ein 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 Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet, und ob die Schlussfolgerungen der Experten begründet sind (BGE 125 V 351 E. 3a). Nicht ausschlaggebend für den Beweiswert ist demgegenüber die (z.B. nationale) Herkunft des Gutachtens (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6130/2007 vom 24. Juni 2008 E. 8.1).

**6.4** Während die Vorinstanz die Auffassung vertritt, sämtliche Gutachten gingen übereinstimmend von einer vollschichtigen Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers aus, bringt dieser vor, die von ihm ins Recht gelegten Gutachten würden seine Arbeitsunfähigkeit belegen. Es verhält sich damit nicht so, dass die Vorinstanz die Korrektheit der österreichischen Gutachten anzweifelt, wie dies der Beschwerdeführer vorbringt. Vielmehr stützt sie ihren Entscheid gerade im Wesentlichen auf diese Gutachten.

Es sei im Übrigen darauf hingewiesen, dass die Vorinstanz aufgrund der Aktenlage auch keinen Grund hatte, die österreichischen Gutachten in Frage zu stellen, handelt es sich dabei doch um vom Landgericht V.\_\_\_\_\_ eingeholte, unabhängige Gutachten von spezialisierten Fachärzten, denen auch im Verfahren vor schweizerischen Behörden ein hoher Beweiswert zukommt. Wenn die Vorinstanz die medizinische Beurteilung durch die österreichischen Gutachter als unzutreffen angesehen hätte, so hätte sie dies jedenfalls eingehend begründen müssen (vgl. BGE 125 V 352 E. 3b/cc).

**6.5** Für das Bundesverwaltungsgericht ist damit in Bezug auf den massgeblichen medizinischen Sachverhalt einzig zu prüfen, ob die Vorinstanz tatsächlich, wie von ihr behauptet, ihrem Entscheid das Leistungsprofil zugrunde gelegt hat, das sich aus den österreichischen Gutachten ergibt. Dazu ist es – entgegen der Auffassung und dem Beweisantrag des Beschwerdeführers – nicht erforderlich, ein medizinisches Obergutachten einzuholen. Es reicht vielmehr aus, wenn das Gericht das medizinische Leistungsprofil gemäss dem Gesamtgutachten vom 14. April 2006 mit dem Leistungsprofil vergleicht, das dem angefochtenen Entscheid zugrunde liegt.

## 6.6

**6.6.1** Im Gesamtgutachten von Dr. med. S.\_\_\_\_\_ vom 14. April 2006 (act. 20 IVSTA), das sich seinerseits auf die fachärztlichen Gutachten von Dr. med. S.\_\_\_\_\_ vom 30. März 2006 (act. 18 IVSTA) und Prof. Dr. med. T.\_\_\_\_\_ vom 6. April 2006 (act. 19 IVSTA) stützt, wird das Leistungsprofil des Beschwerdeführers wie folgt festgelegt:

Leichte Arbeiten.

Arbeiten im Gehen, Stehen oder Sitzen, maximal 30 Minuten am Stück in einer Arbeitshaltung möglich, die neue Arbeitsposition muss mindestens 10 Minuten beibehalten werden können.

In geschlossenen Räumen.

8 Stunden täglich ohne längere als die üblichen Unterbrechungen.

Das Heben und Tragen von schweren und mittelschweren Lasten muss vermieden werden. Häufiges Bücken (mindestens 1 x pro Minute unter Tischkantenniveau) muss vermieden werden. Das Anheben von Gegenständen über mittlere Brustkorbhöhe muss vermieden werden. Das Klettern auf Leitern und Gerüsten ist aufgrund der deutlich eingeschränkten Funktionen der oberen Extremitäten zu vermeiden. Arbeiten in unebenem Gelände sind aufgrund der auftretenden Scherkräfte auf die Kniegelenke zu vermeiden, ebenso Arbeiten im Knie oder Hocken. Urologischerseits ist das Heben und Tragen von schweren Lasten, häufiges Bücken, Treppensteigen, also Tätigkeiten, die den Druck auf die Blase erhöhen zu vermeiden. [...]

Aus urologischer Sicht keine Krankenstände zu erwarten, aus orthopädischer Sicht aufgrund der Situation (siehe orthopädisches Gutachten) 8 bis 10 Wochen jährlich zu erwarten.

**6.6.2** Im Entscheid der Vorinstanz vom 24. Juli 2007 wird das Leistungsprofil des Beschwerdeführers wie folgt zusammengefasst:

"Aus den vorgelegten Gutachten [...] geht hervor, dass leichte Arbeiten ohne Überkopfarbeiten vollschichtig zumutbar seien. [...] Herr A.\_\_\_\_\_ hat eine gutartige Prostatavergrößerung, die absolut irrelevant ist bezüglich Arbeitsfähigkeit."

Der Entscheid enthält keine Ausführungen zu den prognostizierten krankheitsbedingten Arbeitsausfällen des Beschwerdeführers.

**6.6.3** Die Vorinstanz hat ihrem Entscheid damit ein anderes Leistungsprofil zugrunde gelegt, als es sich aus den österreichischen Gutachten ergibt. Es verhält sich gerade nicht so, dass die urologischen Beschwerden "absolut irrelevant" für das Leistungsprofil des Beschwerdeführers sind. Auch hat die Vorinstanz die Einschränkungen, die sich aus den orthopädischen Beschwerden ergeben, nur teilweise und die prognostizierten krankheitsbedingten Abwesenheiten im Umfang von jährlich acht bis zehn Wochen überhaupt nicht bei ihrer Entscheid-

findung berücksichtigt. Damit hat die Vorinstanz den rechtserheblichen Sachverhalt in medizinischer Hinsicht unrichtig oder jedenfalls unvollständig festgestellt respektive ihrem Entscheid einen unkorrekten medizinischen Sachverhalt zugrunde gelegt.

## **7.**

**7.1** Nach dem Gesagten ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführer bei Zugrundelegung des korrekten medizinischen Sachverhalts in anspruchsbegründendem Ausmass erwerbsunfähig ist.

**7.2** Der Beschwerdeführer bringt vor, aufgrund seiner gutachterlich festgestellten Beschwerden gebe es keine berufliche Tätigkeit mehr, die ihm gesundheitlich möglich und rechtlich zumutbar sei. Das medizinische Leistungskalkül lasse auch keine tägliche Arbeitszeit von nur einer einzigen Stunde zu, weder beim letzten Arbeitgeber noch bei potentiell anderen. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass er aus rechtlichen Gründen nicht auf irgendeine Tätigkeit verwiesen werden könne, zumal er in der Schweiz während vielen Jahren kontinuierlich dieselbe Tätigkeit ausgeübt habe. Er geniesse so genannten "Berufsschutz". Bei prognostizierten jährlichen Krankenständen von acht bis zehn Wochen sei eine Vermittelbarkeit am allgemeinen Arbeitsmarkt zudem nicht mehr gegeben. Es bestünden keine Anhaltspunkte, dass die gesundheitlichen Beschwerden und Beeinträchtigungen nicht ausreichend seien, um ihm eine volle Invalidenrente zuzuerkennen.

**7.3** Die Vorinstanz bringt demgegenüber vor, der Beschwerdeführer sei für leichte Arbeiten noch vollschichtig arbeitsfähig. Dem Beschwerdeführer sei vom österreichischen Gericht einzig wegen der ärztlich prognostizierten Wahrscheinlichkeit des Auftretens von Krankenständen im Ausmass von acht bis zehn Wochen jährlich, welche nach österreichischer Gerichtspraxis den Versicherten vom Arbeitsmarkt ausschliesse, eine Invalidenrente zugesprochen worden. Die Schweiz kenne keine entsprechende Rechtsprechung, weshalb die vollschichtige Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers als auf dem für die Beurteilung massgeblichen hypothetischen ausgeglichenen Arbeitsmarkt verwertbar zu betrachten sei. Schliesslich bringt die Vorinstanz vor, in der Schweiz gebe es keinen "Berufsschutz", wie ihn der Beschwerdeführer geltend mache.

**7.4** Fehl geht der Beschwerdeführer zunächst in der Annahme, es sei nur zu prüfen, ob er in der zuletzt ausgeübten Tätigkeit noch arbeits-

fähig sei. Ein "Berufsschutz", wie ihn der Beschwerdeführer geltend macht, existiert in der schweizerischen Rechtsordnung nicht. Aufgrund des im gesamten Sozialversicherungsrecht geltenden Grundsatzes der Schadenminderungspflicht ist ein dauernd in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkter Versicherter vielmehr nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung gehalten, innert nützlicher Frist auch in einem anderen Berufs- oder Erwerbszweig Arbeit zu suchen und anzunehmen, falls er in der angestammten Tätigkeit arbeitsunfähig ist und die Verweistätigkeit zumutbar erscheint (BGE 113 V 28 E. 4a, BGE 111 V 239 E. 2a; vgl. auch Art. 6 ATSG). Es ist demnach auch zu prüfen, ob der Beschwerdeführer in einer zumutbaren Verweistätigkeit arbeitsfähig ist, soweit sich hinsichtlich der zuletzt ausgeübten Tätigkeit eine rentenbegründende Arbeitsunfähigkeit herausstellen sollte.

**7.5** Weiter erweist sich das Vorbringen des Beschwerdeführers, er könne auch nicht eine einzige Stunde täglich arbeiten, als offensichtlich tatsachenwidrig, wird im – vom Beschwerdeführer ins Verfahren eingebrachten – Gesamtgutachten von Dr. med. S.\_\_\_\_\_ vom 14. April 2006 doch explizit festgehalten, der Beschwerdeführer könne im Rahmen des Restleistungskalküls "8 Stunden täglich ohne längere als die üblichen Unterbrechungen" arbeiten. Der Beschwerdeführer bringt nicht vor, das Gutachten widerspreche der Tatsachenlage. Vielmehr stützt er seinen geltend gemachten Anspruch auf dieses Gutachten.

**7.6** Massgebend für die Beurteilung des vorliegenden Falles ist damit, ob und inwiefern es dem Beschwerdeführer zumutbar ist, die in E. 6.6 dargestellte Restarbeitsfähigkeit auf dem ihm nach seinen Fähigkeiten offen stehenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt zu verwerten, und ob dies für die Gesellschaft tragbar ist. Dies ist nach einem weitgehend objektivierten Massstab zu prüfen (BGE 127 V 298 E. 4c in fine, BGE 102 V 165; AHI 2001 S. 228 E. 2b). Der Begriff des ausgeglichenen Arbeitsmarkts ist dabei 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 sie ein rentenausschlies-

sendes Einkommen zu erzielen vermag oder nicht (BGE 110 V 276 E. 4b; ZAK 1991 S. 320 E. 3b). Daraus folgt, dass für die Invaliditätsbemessung nicht darauf abzustellen ist, ob eine invalide Person unter den konkreten Arbeitsmarktverhältnissen vermittelt werden kann, sondern einzig darauf, ob sie die ihr verbliebene Arbeitskraft noch wirtschaftlich nutzen könnte, wenn die verfügbaren Arbeitsplätze dem Angebot an Arbeitskräften entsprechen würden (AHI 1998 S. 291 E. 3b). Von einer Arbeitsgelegenheit im Sinne von Art. 16 ATSG kann aber dort nicht mehr gesprochen werden, wo die zumutbare Tätigkeit nur in so eingeschränkter Form möglich ist, dass sie der allgemeine Arbeitsmarkt praktisch nicht kennt oder dass sie nur unter nicht realistischem Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers möglich wäre (SVR 1996 IV Nr. 70 S. 204 E. 3c, ZAK 1989 S. 322 E. 4).

**7.7** Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist die prognostizierte krankheitsbedingte Abwesenheit des Beschwerdeführers bei dieser Beurteilung nicht unerheblich. Ob und in welchem Ausmass die (grundsätzlich vollschichtige) Arbeitsfähigkeit bei voraussehender acht- bis zehnwöchiger krankheitsbedingter Abwesenheit pro Jahr auf dem Arbeitsmarkt noch verwertbar ist, ist für die zuletzt ausgeübte und mögliche Verweistätigkeiten einzeln zu prüfen. Dabei scheint es dem Gericht zumindest fraglich, ob einem Arbeitgeber im Gastgewerbe, wo der Beschwerdeführer zuletzt arbeitstätig war, krankheitsbedingte Abwesenheiten eines Mitarbeiters im Umfang von 10 Wochen pro Jahr noch zugemutet werden können. Auf der anderen Seite ist es – im Gegensatz zur vom Beschwerdeführer vertretenen Auffassung – jedenfalls nicht prinzipiell ausgeschlossen, dass es Verweistätigkeiten gibt, wo die Restarbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers auch unter Berücksichtigung der prognostizierten Krankenstände noch verwertbar ist.

Für welche konkreten beruflichen Tätigkeiten und in welchem Umfang die Restarbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers gemäss Leistungsprofil des Gesamtgutachtens von Dr. med. S. \_\_\_\_\_ vom 14. April 2006 auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt noch verwertbar ist, ist von einer Fachperson der Berufsberatung zu beurteilen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2687/2006 vom 27. August 2008 E. 6.2). Diese hat dabei insbesondere auch die prognostizierten jährlichen krankheitsbedingten Abwesenheiten im Umfang von acht bis zehn Wochen zu berücksichtigen.

**7.8** Das Gericht hat im Sozialversicherungsrecht grundsätzlich die Wahl, ob es solche Abklärungen durch Anordnung eines Gerichtsgutachtens selbst vornehmen will, oder die Sache zur weiteren Abklärung an die verfügende Instanz zurückweist (BGE 122 V 157 E. 1d). Vorliegend scheint es angezeigt, die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, zumal nicht auszuschliessen ist, dass weitere medizinische Auskünfte betreffend die jeweilige Dauer und Vorhersehbarkeit der Krankenstände einzuholen sind. Zudem sind je nach Ergebnis der Abklärungen umfassende Rentenberechnungen durchzuführen.

## **8.**

**8.1** Der Beschwerdeführer rügt auch eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör, weil er sich zur Stellungnahme des IV-Arztes Dr. med. U.\_\_\_\_\_ vom 22. April 2007 nicht habe äussern können. Die Vorinstanz hat sich weder in ihrer Beschwerdeantwort vom 2. November 2007 noch in der Duplik vom 18. Dezember 2007 zum Vorwurf der Gehörsverletzung vernehmen lassen.

**8.2** Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung, soweit eine Heilung der Gehörsverletzung nicht in Betracht kommt (BGE 115 V 305). Angesichts der Rückweisung der Sache an die Vorinstanz kann vorliegend offen bleiben, ob diese den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt hat.

## **9.**

**9.1** Da eine Rückweisung in Sozialversicherungsangelegenheiten praxisgemäss als Obsiegen der Beschwerde führenden Partei gilt (BGE 132 V 215 E. 6) und der Vorinstanz keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 2 VwVG), sind vorliegend keine Verfahrenskosten zu erheben.

**9.2** Der obsiegende Beschwerdeführer hat Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Entschädigung in der Höhe von Fr. 2'000.– wurde zwar nicht entsprechend Art. 14 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) spezifiziert, der Betrag scheint aber mit Blick auf die Akten angemessen (Art. 14 Abs. 2 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen und die Sache zur weiteren Behandlung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. Soweit weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**3.**

Dem Beschwerdeführer wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– (inkl. Auslagen) zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben mit Rückschein)
- die Vorinstanz
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Martin Buchli

**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: