



Abteilung III
C-6780/2007
{T 0/2}

Urteil vom 1. Dezember 2009

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richterin Franziska Schneider,
Richterin Maria Amgwerd,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

A._____,
Witwe des **B.**_____,
vertreten durch **C.**_____,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Invalidenrente.

Sachverhalt:**A.**

Der am 5. August 1947 im damaligen Jugoslawien geborene B._____ (nachfolgend: der Versicherte) war in den Jahren 1982-1984 sowie 1991-2000 als Krankenpfleger in der Schweiz tätig und entrichtete während dieser Zeit obligatorische Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV). Er meldete sich am 5. November 2002 bei der zuständigen Stelle für Sozialversicherungen an seinem Wohnort in K._____, Serbien, zum Bezug einer schweizerischen Invalidenrente an. Am 11. August 2003 verstarb er. Seine Anmeldung vom 5. November 2002 wurde der IV-Stelle für Versicherte im Ausland (IVSTA; nachfolgend: Vorinstanz) am 28. Juni 2006 übermittelt.

B.

In der Folge zog die Vorinstanz verschiedene Unterlagen zu den Akten. Nach Einsichtnahme in diese Unterlagen hielt sie mit Vorbescheid vom 25. Juli 2007 zuhanden der Witwe des Versicherten, A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) fest, sie gehe von einem Gesundheitsschaden aus, der unter die Bestimmungen über langdauernde Krankheit falle, und von einer Arbeitsunfähigkeit von 100% ab dem 26. Dezember 2000, 50% vom 1. Juli 2001 bis 16. Oktober 2002 sowie 100% seit dem 17. Oktober 2002. Dem Versicherten stehe daher ab 1. Dezember 2001 eine halbe Rente zu und ab 1. Januar 2003 eine ganze Rente.

C.

Am 22. August 2007 erhob die Beschwerdeführerin, vertreten durch C._____, Einwendungen gegen diesen Vorbescheid und beantragte, es sei eine durchgehende Arbeitsunfähigkeit von 100% vom 26. Dezember 2000 bis zum 11. August 2003 festzustellen.

D.

Mit Beschluss vom 4. September 2007 setzte die Vorinstanz den Grad der Invalidität und den Anspruchsbeginn des Versicherten wegen langdauernder Krankheit auf 50% seit 26. Dezember 2001 bzw. 100% seit 1. Januar 2003 fest und sprach ihm mit Verfügungen vom 5. September 2007 folgende Leistungen zu:

Mit Wirkung ab 1. Dezember 2001 bis 31. Dezember 2002 eine halbe Rente für den Versicherten und je eine halbe Kinderrente für die drei Töchter (geb. 1987, 1989 und 1990), sowie

mit Wirkung ab 1. Januar 2003 bis 31. August 2003 eine ganze Rente für den Versicherten und je eine ganze Kinderrente für die drei Töchter.

E.

Gegen diese Verfügung erhebt C._____ am 5. Oktober 2007 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und stellt die folgenden Anträge:

"- Rekonstruktion des Krankheitsverlaufs und Festlegung des für den Anfang der Invalidität massgebenden Zeitpunktes aufgrund Arbeitgeberdaten und der Krankengeschichte.

- Gewährung einer 100% Invalidität für die Periode vom 1. Juli 2001 bis 17. Oktober 2002.

- Anrechnung der Invaliditätszeit vom 26. Dezember 2000 bis 11. August 2003 als Beitragsjahre für die Berechnung sämtlicher anfallender Renten."

Zur Begründung führt er an, die Erkrankung des Versicherten habe vor dem 26. Dezember 2000 begonnen. Schon geraume Zeit vor diesem Datum sei sein gesundheitlicher Zustand derart beeinträchtigt gewesen, dass er freiwillig sein Arbeitspensum reduziert habe, ohne zu wissen, dass er an Leukämie erkrankt sei. Die Krankheit habe somit schon vor dem 26. Dezember 2000 zu einer teilweisen Invalidität geführt, was jedoch bei der Invaliditätsbemessung nicht berücksichtigt worden sei. Vor diesem Hintergrund sei die vollumfängliche Prüfung der Arbeitgeberakten, der Krankengeschichte und der Krankenakten unerlässlich. Im Weiteren sei es unwahrscheinlich, dass der Versicherte nach Ausbruch der Krankheit und nach sechs Monaten 100%iger Arbeitsunfähigkeit vom 1. Juli 2001 bis zum 17. Oktober 2002 zu 50% arbeitsfähig gewesen sein solle.

F.

Mit Verfügung vom 12. Oktober 2007 forderte das Bundesverwaltungsgericht C._____ auf, seine Beschwerdebefugnis darzulegen und nachzuweisen. Andernfalls werde auf die Beschwerde nicht

eingetreten.

Mit Eingabe vom 29. Oktober 2007 wies C._____ sich als Vertreter von A._____, der Witwe des Versicherten, aus, und präziserte, dass er in deren Namen und Auftrag Beschwerde erhoben hatte.

G.

Die Vorinstanz liess sich am 10. Januar 2008 vernehmen und beantragte die Abweisung der Beschwerde. Sie hielt fest, aus den ihr eingereichten medizinischen Unterlagen gehe hervor, dass der Versicherte am 26. Dezember 2000 hospitalisiert und im Rahmen der Abklärungen eine chronisch myeloische Leukämie diagnostiziert worden sei. Der beurteilende IV-Arzt sei zum Schluss gekommen, dass seit diesem objektiv feststellbaren Zeitpunkt eine gänzliche Arbeitsunfähigkeit gegeben sei. Nachdem eine zwischenzeitliche Verbesserung des Gesundheitszustands im Zeitraum vom 1. Juli 2001 bis zur erneuten Hospitalisierung am 17. Oktober 2002 dokumentiert sei, erachte der IV-Arzt für diesen Zeitraum eine 50%ige Arbeitsfähigkeit im zuletzt ausgeübten Tätigkeitsbereich als zumutbar. Insofern sei bezüglich des Rentenanspruchs der Versicherungsfall am 26. Dezember 2001 eingetreten, d.h. im Zeitpunkt, in dem der Versicherte zu 50% arbeitsfähig eingestuft worden sei. Der Anspruch auf eine ganze Invalidenrente sei nach der dreimonatigen ununterbrochenen Verschlimmerung am 17. Januar 2003 entstanden.

H.

Mit Replik vom 27. Februar 2008 machte die Beschwerdeführerin geltend, der Zeitpunkt der Erkrankung des Versicherten sei vor das von der Vorinstanz als massgeblich erachtete Datum anzusetzen. Anlässlich der Hospitalisation am 26. Dezember 2000 sei die Krankheit bereits weit fortgeschritten gewesen. Aus dem medizinischen Bericht von Dr. V._____ in P._____ gehe hervor, dass der Versicherte seit 2 bis 3 Jahren über die typischen Symptome einer chronischen myeloischen Leukämie wie Müdigkeit und erheblichen dauerhaften Leistungsabfall geklagt habe. Der Versicherte habe deswegen bereits ab 1. Juli 1997 sein Arbeitspensum von 100% auf 50% reduzieren müssen.

Die Leukozytenzahl sei anlässlich der Hospitalisation am 26. Dezember 2000 in Serbien mit 206'000 Leukozyten um das 20-fache über dem Normalwert gelegen. Der Arztbericht von Dr. med.

V._____ vom 13. Februar 2001 habe die typischen Anzeichen einer fortgeschrittenen Primärerkrankung genannt, nämlich Drehschwindel, Schwäche, Schwitzen und Fieber. Bei einer erneuten Hospitalisation am 24. Januar 2001 in P._____ seien Brust- und Armschmerzen aufgetreten. Vom medizinischen Standpunkt her könne nur die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die Krankheit bereits geraume Zeit zuvor ausgebrochen gewesen sei. Der Versicherte habe aus Angst, seine Arbeitsstelle zu verlieren, freiwillig sein Arbeitspensum reduziert, statt sich krank schreiben zu lassen. Er sei aber zweifelsfrei seit dem 1. Juli 1997 zu mindestens 50% arbeits- und erwerbsunfähig gewesen. Der Krankheitsbeginn sei daher nicht auf den 26. Dezember 2000, sondern auf den 1. Juli 1997 zu setzen. Es sei möglich, den Verlauf objektiv zu rekonstruieren, da die Erkrankung genügend erforscht sei. Darüber hinaus hätte die Pensumreduktion von 100% auf 50% seit 1997 sowie die Kündigung auf den 31. März 2000 keinen Sinn gemacht, da der Versicherte stets darum bemüht gewesen sei, seine Familie zu versorgen. Der Versicherte habe nach seiner Kündigung seine Rechte aus der Arbeitslosenversicherung kaum genutzt und bloss 97 Taggelder und 21 Krankentaggelder bezogen. Im Mai 2001 habe er fast fluchtartig die Schweiz verlassen, was nahelege, dass seine Urteilskraft gelitten habe.

Die Beschwerdeführerin rügt, das vom IV-Arzt in seinem Bericht vom 23. Juli 2007 verwendete Gutachten von Dr. W._____ vom 4. April 2003 enthalte keine Grundlage für die Feststellung einer Verbesserung des Gesundheitszustands des Versicherten, welche eine Invalidität von nur 50% ab 1. Juli 2001 rechtfertige. Der Versicherte sei seit dem 26. Dezember 2000 in ständiger Behandlung bei seiner Ehefrau, Dr. med. A._____, der Beschwerdeführerin, gewesen. Die Beschwerdeführerin sei im Gesundheitszentrum L._____ in M._____ für die medizinische Grundversorgung von 1300 Einwohnern zuständig. In ihrem Bericht vom 14. Februar 2008 bestätige sie, dass der Versicherte aufgrund seiner psychophysischen Verfassung nicht mehr in der Lage gewesen sei, irgendwelcher Beschäftigung nachzugehen. Die Aussage der Beschwerdeführerin sei besonders wichtig, weil sie als Einzige einen vollständigen Überblick bieten könne. Sie liefere die ergänzenden Informationen für eine Beurteilung für den Zeitraum vom 26. Dezember 2000 bis 11. August 2003, für welchen sie eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert habe. Der Versicherte sei einer kontinuierlichen Degeneration mit 100% Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit für die

gesamte Periode vom 26. Dezember 2000 bis zu seinem Tod am 11. August 2003 unterlegen.

I.

Mit Beschluss vom 7. April 2008 setzte die Vorinstanz den Grad der Invalidität bzw. den Anspruchsbeginn des Versicherten auf 100% seit dem 26. Dezember 2001 fest. Am 23. April 2008 zog die Vorinstanz die angefochtene Verfügung vom 5. September 2007 in Wiedererwägung und sprach dem Versicherten eine ganze Invalidenrente vom 1. Dezember 2001 bis 31. August 2003 sowie seinen Töchtern je eine ordentliche Kinderrente für den gleichen Zeitraum zu.

J.

Mit Verfügungen vom 5. Mai 2008 sowie 3. Juni 2008 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin auf, sich zur Frage zu äussern, ob sie die Beschwerde vom 5. Oktober 2007 aufrecht erhalte oder ob sie diese mit Blick auf die neue Verfügung vom 23. April 2008 zurück ziehe.

K.

In ihrer Triplik vom 27. Juni 2008 hielt die Beschwerdeführerin an ihrer Beschwerde fest und ersuchte in Bezug auf die Fragen des Krankheitsbeginns und des Eintritts des Versicherungsfalles um die Zuspreehung einer halben Rente ab 1. Januar 1998 sowie einer ganzen Rente ab 26. Dezember 2000. Die Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit sei bereits 1997 eingetreten, als der Versicherte sein Arbeitspensum ab 1. Januar 1997 aus Gründen mangelnder Leistungsfähigkeit auf 50% reduziert habe. Es könne mit grösstmöglicher Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, dass dem 26. Dezember 2000 – dem Zeitpunkt der erstmaligen Hospitalisation – eine lang andauernde, stabile chronische Phase mit erheblicher Leistungsminderung vorausgegangen sein müsse. Eine Auseinandersetzung mit diesem Sachverhalt und die Erörterung des Krankheitsbeginns sei auch für andere Versicherungsträger von Relevanz. Zwar lägen auch der Beschwerdeführerin erst ab dem 26. Dezember 2000 medizinische Unterlagen vor, die den Krankheitsverlauf lückenlos dokumentierten. Diese liessen jedoch genügend Rückschlüsse auf den vorangehenden Zeitraum zu. Selbst bei einer akuten Leukämie gebe es eine Vorlaufzeit. Eine CML habe sich nicht am 26. Dezember 2000 aus dem Nichts entwickeln können. Der Versicherte habe denn auch schon bei der Erhebung seiner Anamnese in seiner Erstaussage ausgesagt, er habe

sich schon über Jahre hinweg "sehr müde" gefühlt. Es sei ein sehr korrekter und integrier Mensch und ein fürsorglicher Ehemann und Vater gewesen. Es sei sehr unglaublich, dass er als Alleinversorger seiner Familie sein Einkommen freiwillig, ohne zwingenden Grund, halbiert hätte. Diese Reduktion seiner Erwerbstätigkeit sei daher nur mit dem Auftreten einer schleichenden CML zu erklären. Der Krankheitsbeginn sei daher auf den 1. April 1997 festzusetzen. Ab dem 1. Juli 1997 sei eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit anzunehmen, ab dem 1. Juli 1998 eine 50%ige Erwerbsunfähigkeit. Dem Beschwerdeführer sei demzufolge für den Zeitraum vom 1. Juli 1998 bis 26. Dezember 2000 eine halbe Invalidenrente zuzusprechen und für den Zeitraum vom 26. Dezember 2000 bis 11. August 2003 eine ganze Invalidenrente.

L.

Mit Quadruplik vom 28. August 2008 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde sowie die Bestätigung der wiedererwägungsweise gewährten Leistungen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Hat sich das anwendbare Recht seit dem zu beurteilenden Sachverhalt geändert, so gilt – sofern, wie hier, ausdrückliche Übergangsbestimmungen fehlen – der Grundsatz, dass diejenigen materiellen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten (BGE 129 V 356 E. 1).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht gelangen dagegen die neuen Regeln sofort zur Anwendung. Bezüglich der Verfahrensvorschriften richtet sich das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht daher nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021); 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 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) sind die Bestimmungen des ATSG auf die Invalidenversicherung anwendbar,

soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

1.2 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 IVG).

1.3 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 den Richterinnen Eva Schneeberger (Instruktionsrichterin) und Maria Amgwerd der Abteilung II sowie Richterin Franziska Schneider der Abteilung III.

1.4 Die Beschwerdeführerin als Adressatin der angefochtenen Verfügung ist durch diese berührt und hat daher ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung (Art. 59 ATSG). Sie ist somit zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt, der Vertreter der Beschwerdeführerin hat sich durch eine schriftliche Vollmacht ausgewiesen und der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt.

1.5 Mit Einreichung einer Beschwerde geht die Behandlung der Sache, die Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, auf die Rechtsmittelinstanz über. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann die Verwaltung bis zur Einreichung ihrer Vernehmlassung die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung ziehen (Art. 58 Abs. 1 VwVG); die Praxis lässt Wiedererwägungen indessen auch nach diesem Zeitpunkt zu (AUGUST MÄCHLER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Rz. 12 zu Art. 58 VwVG). Soweit die Vorinstanz mit ihrer Wiedererwägung den Begehren des Beschwerdeführers entsprochen hat, ist das Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben; im Übrigen aber setzt die Rechtsmittelinstanz die Behandlung der Beschwerde fort (vgl. Art. 58 Abs. 3 VwVG).

Soweit die Beschwerdeführerin für den Versicherten eine volle Invalidenrente ab dem 1. Dezember 2001 beantragt hat, ist das vorliegende Verfahren somit gegenstandslos geworden.

Ein aktuelles Rechtsschutzinteresse liegt somit nur noch insofern vor, als die Beschwerdeführerin sinngemäss beantragt, dem Versicherten und seinen Töchtern sei eine Invalidenrente bzw. Kinderrenten vor diesem Zeitpunkt zuzusprechen.

1.6 Gegenstand des Verfahrens vor Bundesverwaltungsgericht kann indessen nur sein, was Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen. Gegenstände, über welche die vorinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat und über welche sie nicht entscheiden musste, darf das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich nicht beurteilen, da es sonst in die funktionelle Zuständigkeit der unteren Instanz eingreifen würde (vgl. BGE 132 II 382 E. 1.2.3, BGE 117 Ib 114 E. 5b). Massgeblich für die Frage, worüber die Vorinstanz bei richtiger Gesetzesauslegung hätte entscheiden müssen, sind die von der Beschwerdeführerin vor der Vorinstanz gestellten Begehren.

Im vorliegenden Fall machte der Versicherte selbst in seiner Anmeldung vom 5. November 2002 geltend, seine Krankheit habe seit Dezember 2000 bestanden. Auch die Beschwerdeführerin beantragte in ihrer Einsprache vor der Vorinstanz, es sei eine "durchgehende 100%ige Arbeitsunfähigkeit" des Versicherten vom 26. Dezember 2000 bis zum 11. August 2003 festzustellen. Auch bei wohlwollendster Interpretation, unter Berücksichtigung, dass es sich sowohl beim Versicherten als auch bei der Beschwerdeführerin und ihrem Vertreter um juristische Laien handelt(e), kann aus diesen Formulierungen kein Antrag auf eine Invalidenrente vor dem 1. Dezember 2000 entnommen werden.

Soweit die Beschwerdeführerin daher im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht erstmals einen Anspruch auf eine halbe Rente für den verstorbenen Versicherten oder dessen Töchter ab dem 1. Januar 1998, somit vor dem 1. Dezember 2000, geltend machen will, kann darauf nicht eingetreten werden.

2.

Nach dem Zerfall der Föderativen Volksrepublik Jugoslawien blieben zunächst die Bestimmungen des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Föderativen Volksrepublik Jugoslawien über Sozialversicherung vom 8. Juni 1962 (SR 0.831.109.818.1) für alle Staatsangehörigen des ehemaligen Jugo-

slawien anwendbar (BGE 126 V 203 E. 2b, BGE 122 V 382 E. 1, BGE 119 V 101 E. 3). Zwischenzeitlich hat die Schweiz mit mehreren Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawien (Kroatien, Slowenien, Mazedonien), nicht aber mit Serbien oder Bosnien und Herzegowina neue Abkommen über Soziale Sicherheit abgeschlossen. Im vorliegenden Fall findet demnach weiterhin das schweizerisch-jugoslawische Sozialversicherungsabkommen Anwendung. Nach Art. 2 dieses Abkommens stehen die Staatsangehörigen der Vertragsstaaten hinsichtlich der in Art. 1 genannten Rechtsvorschriften, zu welchen die schweizerische Bundesgesetzgebung über die Invalidenversicherung gehört, in ihren Rechten und Pflichten einander gleich, soweit nichts Anderes bestimmt ist. Betreffend die Voraussetzungen des Anspruchs auf eine schweizerische Invalidenrente sind keine abweichenden Vorschriften auszumachen.

3.

In zeitlicher Hinsicht sind diejenigen materiellen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten (BGE 129 V 356 E. 1).

Da vorliegend lediglich über einen geltend gemachten Rentenanspruch für die Zeit vom 1. Dezember 2000 bis 30. November 2001 zu befinden ist, finden im vorliegenden Verfahren daher jene Rechtsvorschriften Anwendung, welche in jener Zeitperiode Geltung hatten, nämlich für die Periode bis zum 31. Dezember 2000 die Bestimmungen des Invalidenversicherungsgesetzes in der zuletzt am 18. Dezember 1998 revidierten Fassung [AS 1999 1571] sowie für die Periode ab dem 1. Januar 2001 die Bestimmungen des Invalidenversicherungsgesetzes in der Fassung vom 23. Juni 2000 [AS 2000 2677 und AS 2000 2685].

In materieller Hinsicht kommen daher weder die Bestimmungen des ATSG, welches erst seit 1. Januar 2003 in Kraft ist, noch diejenigen der 4. oder 5. IV-Revision, die erst am 1. Januar 2004 bzw. 1. Januar 2008 in Kraft getreten sind, zur Anwendung.

4.

Die Beschwerdeführerin beantragt die Zusprechung einer halben Rente für den Versicherten und dessen Töchter ab 1. Januar 1998 sowie einer ganzen Rente ab 26. Dezember 2000. Die Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit des Versicherten sei bereits 1997

eingetreten, als der Versicherte sein Arbeitspensum ab 1. Januar 1997 aus Gründen mangelnder Leistungsfähigkeit auf 50% reduziert habe. Es könne mit grösstmöglicher Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, dass dem 26. Dezember 2000 – dem Zeitpunkt der erstmaligen Hospitalisation – eine lang andauernde, stabile chronische Phase mit erheblicher Leistungsminderung vorausgegangen sein müsse.

4.1 Wie dargelegt (E. 1.6), kann auf das Beschwerdebegehren nicht eingetreten werden, soweit die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf eine halbe Rente für den verstorbenen Versicherten oder dessen Töchter vor dem 1. Dezember 2000 geltend macht.

4.2 Meldet sich ein Versicherter mehr als zwölf Monate nach Entstehen des Anspruchs an, so werden die Leistungen lediglich für die zwölf der Anmeldung vorangehenden Monate ausgerichtet. Weitergehende Nachzahlungen werden erbracht, wenn der Versicherte den anspruchsbegründenden Sachverhalt nicht kennen konnte und die Anmeldung innert zwölf Monaten nach Kenntnisnahme vornimmt (aArt. 48 Abs. 2 IVG).

Im vorliegenden Fall hat sich der Versicherte am 5. November 2002 beim zuständigen Versicherungsträger seines damaligen Aufenthaltslandes gemeldet. Soweit die Beschwerdeführerin Leistungen für die Zeit vor dem 5. November 2001 beantragt, ist ihr Begehren daher offensichtlich unbegründet.

4.3 Die Vorinstanz hat den Anspruchsbeginn auf den 1. Dezember 2001 festgesetzt, weil sie von einer Karenzfrist von 12 Monaten ab Dezember 2000 als dem Beginn der massgeblichen Erwerbsunfähigkeit ausgegangen ist.

4.3.1 Gemäss aArt. 29 Abs. 1 IVG entsteht der Rentenanspruch nach aArt. 28 IVG frühestens in dem Zeitpunkt, in dem der Versicherte mindestens zu 40% bleibend erwerbsunfähig geworden ist (Variante 1) oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40% arbeitsunfähig gewesen war (Variante 2). Bei Versicherten mit Wohnsitz im Ausland entsteht der Rentenanspruch nach aArt. 29 Abs. 1 Bst. b IVG erst, wenn sie während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 50% arbeitsunfähig gewesen sind und der Invaliditätsgrad nach Ablauf der Wartezeit mindestens 50% beträgt (BGE 121 V 264 E. 6c). Bleibende Erwerbsunfähigkeit (aArt. 29 Abs. 1 lit. a IVG) ist

dann anzunehmen, wenn ein weitgehend stabilisierter, im Wesentlichen irreversibler Gesundheitsschaden vorliegt, welcher die Erwerbsfähigkeit der versicherten Person voraussichtlich dauernd in rentenbegründendem Masse beeinträchtigen wird. Als relativ stabilisiert kann ein ausgesprochen labil gewesenes Leiden nur dann betrachtet werden, wenn sich sein Charakter deutlich in der Weise geändert hat, dass vorausgesehen werden kann, in absehbarer Zeit werde keine praktisch erhebliche Wandlung mehr erfolgen (BGE 119 V 102 E. 4a mit Hinweisen).

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 111 V 23 E. 3) dient aArt. 29 Abs. 1 IVG der Abgrenzung der Invalidenversicherung von der sozialen Krankenversicherung: Einerseits gelangt der Versicherte sofort in den Genuss der Rente, wenn seine Erwerbsunfähigkeit Dauercharakter angenommen hat und weder Heil- noch Eingliederungsmassnahmen eine Besserung erwarten lassen. Andererseits ist ein Rentenanspruch aber auch bei einem seit mindestens einem Jahr ohne Unterbruch dauernden Leiden möglich, selbst wenn ein Ende des Leidens abzusehen ist. Damit wird ein weitgehender Anschluss an die Leistungen der Krankengeldversicherung bezweckt (E. 3a mit Hinweisen). Das Kriterium der Stabilität, allenfalls ergänzt durch dasjenige der Irreversibilität, ist für die Abgrenzung der beiden Varianten vorbehaltlos massgebend (E. 3b mit Hinweisen). Es geht nicht an, die Voraussehbarkeit der bleibenden Erwerbsunfähigkeit bei Gesundheitsschäden anzunehmen, die nach erhärteten medizinischen Erfahrungen keine Tendenz zur Besserung aufweisen und bereits zu einer mindestens hälftigen, voraussichtlich durch keine Eingliederungsmassnahmen verminderbaren Erwerbsunfähigkeit geführt haben. Als Hauptkriterium gilt die Stabilität und dieses Erfordernis bezieht sich nicht auf die wirtschaftlichen Auswirkungen, sondern auf den Gesundheitsschaden selbst (E. 3c mit Hinweisen). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf die bleibende Erwerbsunfähigkeit nur prognostisch, nicht aber aufgrund retrospektiver Feststellungen beurteilt werden. Diese Betrachtungsweise soll eine praktikable und rechtsgleiche Abgrenzung der Anwendungsfälle der Varianten 1 und 2 sicherstellen und verhindern, dass der an einem unheilbaren, voraussichtlich in absehbarer Zeit zum Tode führenden Leiden erkrankte Versicherte in der Invalidenversicherung bessergestellt würde als der Versicherte mit einer langdauernden, voraussichtlich heilbaren Krankheit oder mit langwierigen Unfallfolgen (BGE 111 V 23 E. 3c).

Das Bundesgericht hat daher in seiner Rechtsprechung die Anwendung der Variante 1 auf fortschreitende Krebsleiden stets abgelehnt (BGE 111 V 23 E. 3.c mit Hinweisen). Es gehe nicht an, die Voraussehbarkeit der bleibenden Erwerbsunfähigkeit bei derartigen Gesundheitsschäden nur deshalb anzunehmen, weil sie "nach erhärteten medizinischen Erfahrungen keine Tendenz zur Besserung aufweisen".

4.3.2 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 Rechtsanspruches 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).

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 Be-

richt 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 unerkant 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.).

Im Sozialversicherungsrecht haben Verwaltung und Gericht ihren Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosser 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).

4.3.3 Im vorliegenden Fall ist unbestritten – und durch die Wiedererwägungsverfügung der Vorinstanz vom 23. April 2008 auch rechtskräftig anerkannt – dass beim Versicherten mindestens seit dem 26. Dezember 2000 eine fortschreitende Krebserkrankung bestand. Der Versicherte selbst führte in seinem Antrag vom 5. November 2002 aus, die Krankheit bestehe seit Dezember 2000. Als behandelnde Ärzte gab er Prof. Dr. med. X. _____ (ab Dezember 2000), Dr. med. V. _____ (ab Januar 2001), Dr. med. Z. _____ sowie seine Frau (ab Mai 2001) an. Der erstbehandelnde Arzt, Prof. Dr. med. X. _____, Klinik K. _____, führte in seinem Arztbericht vom 11. Januar 2001 aus, der Versicherte sei vom 29. Dezember 2000 bis 11. Januar 2001 bei ihm in Behandlung gewesen. In der Anamnese habe er über Beschwerden berichtet, welche bereits 10 Tage vor der Hospitalisation aufgetreten seien. In der Folge kehrte der Versicherte in die Schweiz zurück und begab sich in die Behandlung seines Hausarztes, Dr. med. Z. _____, sowie, auf dessen Zuweisung hin, in diejenige der Spezialärztin für Blut- und Tumorerkrankungen, Dr. med. V. _____. Diese Ärzte attestierten ihm in der Folge am 22. Januar 2001 bzw. am 30. Januar 2001 eine voraussichtlich vorübergehende Arbeitsunfähigkeit von 100% ab dem 29. Dezember 2000 für voraussichtlich vier Wochen bzw. bis 31. Januar 2001 sowie zu 50% bis Ende Februar 2001.

4.3.4 Angesichts dieser Aktenlage sind keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass bereits in jenem Zeitpunkt ein weitgehend stabilisierter, im Wesentlichen irreversibler Gesundheitsschaden im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorlag. Vielmehr belegen gerade die Arztzeugnisse der beiden behandelnden Schweizer Ärzte, dass nach ihrer Prognose der Versicherte damals noch nicht voraussichtlich dauernd erwerbsunfähig war. Zwar erwies sich diese Prognose in der Folge als unzutreffend, weil sich der Zustand des Versicherten offenbar verschlechterte und er bis zu seinem Tod arbeitsunfähig blieb. Davon geht auch die Vorinstanz in ihrer Wiedererwägungsverfügung vom 23. April 2008 aus. Dabei handelt es sich indessen um eine retrospektive Feststellung, auf die nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht abgestellt werden darf für die Einschätzung als voraussichtlich bleibende Erwerbsunfähigkeit im Sinn der Variante 1 von aArt. 29 Abs. 1 IVG.

Welchen Beweiswert die von der Beschwerdeführerin selbst verfassten und von ihrem Vertreter teilweise übersetzten Berichte vom 4. November 2002 und vom 14. Februar 2008 haben, kann letztlich offen

gelassen werden, da sie den Versicherten – gemäss dessen eigenen Angaben – erst ab Mai 2001 behandelte und auch aus ihrem Bericht nicht hervorgeht, dass sie vor Dezember 2001 einen irreversiblen Gesundheitsschaden und eine voraussichtlich bleibende Erwerbsunfähigkeit prognostizierte.

4.3.5 Im Ergebnis ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die Krankheit des Versicherten als Krankheit im Sinn der Variante 2 von aArt. 29 Abs. 1 IVG eingestuft hat, bei der die mindestens ein Jahr dauernde Erwerbsunfähigkeit erst im Nachhinein feststand und bei der daher die entsprechende Karenzzeit von 12 Monaten zur Anwendung kam.

5.

Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist und soweit sie nicht bereits zufolge der teilweisen Wiedererwägung durch die Vorinstanz gegenstandslos geworden ist.

6.

Gemäss Art. 69 Abs. 1^{bis} (in der Fassung vom 16. Dezember 2005, in Kraft seit 1. Juli 2006) i.V.m. Art. 69 Abs. 2 IVG (in der Fassung vom 16. Dezember 2005, in Kraft seit 1. Januar 2007) ist das Beschwerdeverfahren bei Streitigkeiten um die Bewilligung oder die Verweigerung von IV-Leistungen vor dem Bundesverwaltungsgericht kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da die Vorinstanz während dem Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ihre Verfügung in einem erheblichen Ausmass zu Gunsten der Beschwerdeführerin in Wiedererwägung gezogen hat, gilt die Beschwerdeführerin in diesem Umfang als teilweise obsiegende Partei. Die ihr aufzuerlegenden Verfahrenskosten sind daher aus diesem Grund auf Fr. 100.-- zu reduzieren. Der Vorinstanz werden trotz dem teilweisen Unterliegen keine Verfahrenskosten auferlegt (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die der Beschwerdeführerin auferlegten, reduzierten Verfahrenskosten von Fr. 100.-- werden mit dem am 17. Februar 2008 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 300.-- verrechnet und der Differenzbetrag von Fr. 200.-- wird der Beschwerdeführerin aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

7.

Obsiegende Parteien haben Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 7 Abs. 1 des

Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE). Soweit die Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Die Beschwerdeführerin gilt im Ausmass der teilweisen Wiedererwägung durch die Vorinstanz als obsiegend. Ihr Vertreter ist zwar weder Anwalt noch anderweitig berufsmässiger Vertreter, sondern ein langjähriger Freund der Familie, und er hat auch keine Honorarnote eingereicht. Indessen ist trotzdem anzunehmen, dass der Beschwerdeführerin notwendige Kosten, insbesondere auch nicht unbeträchtliche Auslagen für die Kommunikation mit ihrem in der Schweiz wohnhaften Vertreter, entstanden sind. Die ihr zustehende, reduzierte Parteientschädigung ist daher von Amtes wegen und nach Ermessen auf Fr. 300.-- (inkl. Auslagen) festzulegen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird und soweit sie nicht zufolge der teilweisen Wiedererwägung durch die Vorinstanz gegenstandslos geworden ist.

2.

Der Beschwerdeführerin werden ermässigte Verfahrenskosten von Fr. 100.-- auferlegt. Die Verfahrenskosten werden per Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 300.-- verrechnet, und der Beschwerdeführerin werden Fr. 200.-- zu Händen des Vertreters zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 300.-- zu Lasten der Vorinstanz zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rück-
erstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 725.47.336.284; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

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: