

**Bundesverwaltungsgericht**  
**Tribunal administratif fédéral**  
**Tribunale amministrativo federale**  
**Tribunal administrativo federal**



---

Abteilung III  
C-8365/2007  
{T 0/2}

**Urteil vom 1. Dezember 2008**

---

Besetzung

Richter Michael Peterli (Vorsitz),  
Richter Jürg Kölliker,  
Richterin Elena Avenati-Carpani,  
Gerichtsschreiberin Dominique Gross.

---

Parteien

**C.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Advokat Markus Trottmann,  
Eisengasse 5, 4051 Basel,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Invalidenrente.

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

Mit Verfügung vom 28. Mai 2002 (IV-Akt. 47) gewährte die IV-Stelle des Kantons Solothurn dem am 25. Mai 1957 geborenen schweizerischen Staatsbürger C.\_\_\_\_\_, gelernter Koch und Hotelier, eine halbe Invalidenrente mit Wirkung ab dem 1. Februar 2001, wobei – ohne dass hierzu ein detaillierter und begründeter Einkommensvergleich durchgeführt worden war – von einem Valideneinkommen von Fr. 80'000.- und einem Invalideneinkommen von Fr. 40'000.- ausgegangen (IV-Akt. 42) und damit ein Invaliditätsgrad von 50% eruiert wurde.

Diese Verfügung basierte aus medizinischer Sicht auf dem (einzigen diesbezüglich relevanten, den Sachverhalt gerade knapp genügend erhellenden) Bericht des Kardiologen Dr. med. L.\_\_\_\_\_ vom 21. Dezember 2001 (IV-Akt. 38), wonach C.\_\_\_\_\_ die bisherige Tätigkeit als Koch höchstens noch zu zwei bis drei Stunden täglich (vgl. Beiblatt zu Arztbericht, A1; gemäss Beiblatt zu Arztbericht, A2: nicht mehr) zumutbar sei; eine leidensangepasste, leichte Verweisungstätigkeit könne jedoch im Umfang von vier Stunden täglich ausgeübt werden (Beiblatt zu Arztbericht, B 2).

**B.**

Im Februar 2003 zog C.\_\_\_\_\_ ins Ausland, so dass die IV-Stelle des Kantons Solothurn mit Schreiben vom 13. Februar 2003 (IV-Akt. 52) die Akten zuständigkeitshalber an die IV-Stelle für Versicherte im Ausland (nachfolgend: IV-Stelle) überwies.

**C.**

Mit Verfügung vom 9. November 2007 (IV-Akt. 82) hob die IV-Stelle die C.\_\_\_\_\_ bis dahin gewährte halbe Invalidenrente mit Wirkung ab dem 1. Januar 2008 revisionsweise auf, da sich sein Gesundheitszustand verbessert habe. Einer gegen diese Verfügung gerichteten Beschwerde entzog sie die aufschiebende Wirkung.

**D.**

Gegen diese Verfügung erhob C.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) am 10. Dezember 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Akt. 1). Er beantragte, die angefochtene Verfügung aufzuheben und ihm weiterhin mindestens eine halbe IV-Rente zuzusprechen, eventualiter die Sache zwecks weiterer medizinischer Abklärungen zu-

rückzuweisen. Ferner beantragte er die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

**E.**

Mit Zwischenverfügung vom 22. Januar 2008 (Akt. 2) hat das Bundesverwaltungsgericht den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen.

**F.**

Anlässlich der Vernehmlassung vom 7. Februar 2008 (Akt. 10) beantragte die IV-Stelle die Abweisung der Beschwerde.

**G.**

Replicando reichte der Beschwerdeführer am 28. April 2008 drei weitere Berichte von Dr. med. L. \_\_\_\_\_ vom 23. April 2008 ein (Akt. 15).

**H.**

Mit Duplik vom 25. Juni 2008 (Akt. 17) beantragte die IV-Stelle, die Beschwerde gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und dem Beschwerdeführer über den 1. Januar 2008 hinaus eine halbe IV-Rente zu gewähren. Dieser Vernehmlassung lag die Stellungnahme von Dr. med. H. \_\_\_\_\_ vom 22. Mai 2008 (Beilage zu Akt. 17) zu Handen der IV-Stelle zugrunde, wonach der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers insbesondere gemäss dem neuen Arztbericht von Dr. med. L. \_\_\_\_\_ vom 23. April 2008 (Beilage zu Akt. 15) unverändert und ihm somit die zuletzt ausgeübte Tätigkeit als Koch weiterhin nicht zumutbar sei, jedoch eine leichte Verweisungstätigkeit nach wie vor zu 50% ausgeübt werden könne.

Im entsprechenden Einkommensvergleich der IV-Stelle vom 18. Juni 2008 (Beilage zu Akt. 17) hat sich, basierend auf einer vollzeitlichen Tätigkeit als Koch als Valideneinkommen und einer 50-prozentigen leichten Verweisungstätigkeit als Invalideneinkommen, ein Invaliditätsgrad von 69% ergeben. Hierzu führte die IV-Stelle sinngemäss aus, dass eigentlich aufgrund dieses Einkommensvergleichs eine Dreiviertelrente zu gewähren wäre, sie von einer wiedererwägungsweise Anpassung der Rente jedoch absehe, da die Verfügung der IV-Stelle des Kantons Solothurn vom 28. Mai 2002 im Rahmen des dieser zustehenden Ermessens als vertretbar erscheine.

**I.**

Mit Eingabe vom 14. Juli 2008 (Akt. 19) beantragte der Beschwerde-

führer – insbesondere mit Verweis auf den Arztbericht von Dr. med. L. \_\_\_\_\_ vom 23. April 2008, wonach nicht von einer Verbesserung der Herzkrankheit auszugehen und der Beschwerdeführer zur Zeit 100% arbeitsunfähig sei – die Gewährung einer ganzen Invalidenrente ab der Einleitung des Revisionsverfahrens am 1. Juni 2005 sowie wiedererwägungsweise die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Beschwerde.

**J.**

Am 15. September 2008 ersuchte der Beschwerdeführer die Vorinstanz um Wiedererwägung der Rentenverfügung vom 28. Mai 2002 (Akt. 21). Gleichzeitig beantragte er dem Bundesverwaltungsgericht, das vorliegende Verfahren bis zum Entscheid über das Wiedererwägungsgesuch zu sistieren und die aufschiebende Wirkung seiner Beschwerde wiedererwägungsweise wiederherzustellen.

**K.**

Mit Eingabe vom 19. September 2008 (Akt. 22) hielt die IV-Stelle an ihren Anträgen vom 25. Juni 2008 fest.

**L.**

Am 20. Oktober 2008 hat die IV-Stelle das Gesuch des Beschwerdeführers um Wiedererwägung abgewiesen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) in Verbindung mit Art. 33 Bst. d VGG und Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden von Personen im Ausland gegen Verfügungen der schweizerischen IV-Stelle für Versicherte im Ausland. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 IVG liegt nicht vor.

**1.2** Der Beschwerdeführer ist im Sinne von Art. 59 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) beschwerdelegitimiert.

**1.3** Die Beschwerde ist im Übrigen frist- und formgerecht eingereicht worden (Art. 60 ATSG und Art. 52 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]), so dass darauf einzutreten ist.

**2.** Vorliegend ist streitig und vom Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, inwiefern der Beschwerdeführer über den 1. Januar 2008 hinaus Anspruch auf Gewährung einer Invalidenrente hat.

**2.1** Nach der nachvollziehbaren Darlegung der IV-Stelle, namentlich beruhend auf dem Bericht von Dr. med. H. \_\_\_\_\_ vom 22. Mai 2008, hat sich der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers nicht verändert, so dass weiterhin in der zuletzt ausgeübten Tätigkeit als Koch eine (praktisch) vollständige Arbeitsunfähigkeit besteht, leidensangepasste leichte Verweisungstätigkeiten jedoch zu 50% zumutbar sind. Entsprechend erscheint die Angabe von Dr. med. L. \_\_\_\_\_ vom 21. Dezember 2001, dass der Beschwerdeführer bei der Ausübung solcher leichter Tätigkeiten eine Leistungsverminderung von 50% in Kauf nehmen müsse, da die von einem Gesunden geforderten Arbeiten nicht erbracht werden könnten, als nicht nachvollziehbar, zumal es sich beim Beschwerdeführer um eine erst 51-jährige, psychisch nicht beeinträchtigte und über eine gute Ausbildung als Koch und Hotelier (mit Sprachkenntnissen) verfügende Person handelt.

Die Revisionsverfügung vom 9. November 2007, mit der die dem Beschwerdeführer bis dahin gewährte halbe Invalidenrente per 1. Januar 2008 aufgehoben worden ist, ist somit – da sich dessen Gesundheitszustand nicht verändert hat – zu Unrecht ergangen. Ihm ist deshalb über den 1. Januar 2008 hinaus (zumindest) eine halbe Invalidenrente zu gewähren.

**2.2** Auf der oben erläuterten Basis (Valideneinkommen: vollzeitliche Tätigkeit als Koch; Invalideneinkommen: leichte Verweisungstätigkeit zu 50%) hat der nachvollziehbare und korrekte Einkommensvergleich der IV-Stelle vom 18. Juni 2008 einen Invaliditätsgrad von 69% ergeben und indizierte somit einen Anspruch auf eine Dreiviertelsrente.

Die Verfügung der IV-Stelle des Kantons Solothurn vom 28. Mai 2002 – in der diese entgegen Art. 28 Abs. 2 der damals geltenden Fassung des IVG auf die (nicht im Ermessen der IV-Stelle stehende) Durchführung eines korrekten Einkommensvergleichs verzichtet hat und ohne weiteres durch die Halbierung des (bei einer vollzeitlichen Tätigkeit als

Koch erzielten) Valideneinkommens auf einen Invaliditätsgrad von 50% bei dem in seiner bisherigen Tätigkeit als Koch nicht mehr relevant arbeitsfähigen Beschwerdeführer ausgegangen ist – erweist sich somit als gesetzeswidrig und damit als zweifellos unrichtig (siehe nur BGE 119 V 475 E. 3; DANIEL JACOBI, Der Anspruch auf Wiedererwägung von Verfügungen in der Sozialversicherung, ZBJV 2002, 467; UELI KIESER, ATSG-Kommentar, Zürich 2003, Art. 53 Rz. 20 ff.). Die Berichtigung einer solchen Gesetzeswidrigkeit ist bei einer periodischen Dauerleistung ohne weiteres von erheblicher Bedeutung (BGE 119 V 475 E. 1c).

**2.3** Nach Art. 53 Abs. 2 ATSG kann nur der Versicherungsträger als erlassende Behörde, nicht aber das Gericht eine Verfügung in Wiedererwägung ziehen, und dem Gericht ist es verwehrt, die Behörde zu einer Wiedererwägung zu verpflichten (siehe auch BGE 117 V 8 E. 2a mit Hinweisen; DANIEL JACOBI, Der Anspruch auf Wiedererwägung von Verfügungen in der Sozialversicherung, ZBJV 2002, 464 und 472). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann jedoch, wenn die zweifellose Unrichtigkeit und die erhebliche Bedeutung der Berichtigung der ursprünglichen Verfügung erst durch das Gericht festgestellt wird, dieses eine (spätere) zu Unrecht ergangene Revisionsverfügung mit der substituierten Begründung der zweifellosen Unrichtigkeit der ursprünglichen Verfügung schützen, sofern deren Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (BGE 110 V 291 E. 3c, 106 V 86 E. 1, 105 V 198 E. 1 mit Hinweisen).

**2.3.1** In Anlehnung an diese Praxis kann das Gericht eine Revisionsverfügung mit der substituierten Begründung der Wiedererwägung auch in dem (aufgrund der Interessenlage seltener gerichtlich zu beurteilenden) Fall anpassen (und nicht nur schützen), wenn die Behörde nachvollziehbar darlegt, dass sie die ursprüngliche Rentenverfügung als nicht korrekt erachtet, aber aufgrund des unveränderten Gesundheitszustandes keine Erhöhung dieser ursprünglich gewährten Rente vornimmt (vgl. BGE 129 V 433 E. 3; siehe hierzu auch die Anmerkungen von RALPH JÖHL, Zur Praxis der substituierten Begründung der Wiedererwägung bei zu Unrecht ergangenen Anpassungsverfügungen, AJP 2004, 1001 ff. insbesondere 1004, wonach "in der überwiegenden Zahl der Anwendungsfälle" der Substitutionspraxis bei verfahrensrechtlich unzulässigen Anpassungsverfügungen eine Leistungseinstellung zur Diskussion gestanden sei. Siehe auch unpublizierter Entscheid des Versicherungsgerichts vom 18. April 2000 in Sachen IV-

Stelle gegen F. und Rekurskommission AHV/IV für im Ausland wohnende Personen).

So kann doch vorliegend nur durch die substituierte Begründung der Wiedererwägung gewährleistet werden, dass die gesetzeswidrige ursprüngliche rentenzusprechende Verfügung, welche (aus welchen Gründen auch immer) unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist, im Rahmen dieses nun vor Gericht hängigen Rentenrevisionsverfahrens, bei dem sich keine Veränderung des Gesundheitszustandes gezeigt hat, nicht weiterhin (zumindest bis zu einer Veränderung des Gesundheitszustandes) Wirkung entfaltet, sondern (zumindest für die Zukunft) korrigiert werden kann.

## **2.4**

**2.4.1** Hinsichtlich der zeitlichen Wirkungen der Korrektur einer aufgrund spezifisch invalidenversicherungsrechtlicher Gesichtspunkte unrichtigen Verfügung findet die Bestimmung des Art. 88<sup>bis</sup> Abs. 1 Bst. c der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201) Anwendung. Demnach erfolgt die Erhöhung der Renten – falls festgestellt wird, dass der Beschluss der IV-Stelle zum Nachteil des Versicherten zweifellos unrichtig war – von dem Monat an, in dem der Mangel entdeckt wurde. Dies setzt nicht voraus, dass die Unrichtigkeit der Verfügung mit Sicherheit feststeht. Ein Mangel hat einerseits in dem Zeitpunkt als im Sinne dieser Bestimmung entdeckt zu gelten, in welchem das Vorliegen eines relevanten Mangels als wahrscheinlich erscheint und die Verwaltung damit ausreichend Anlass gehabt hätte, von Amtes wegen Abklärungen über den Grad der Invalidität zu treffen. Andererseits auch in dem Fall, wenn der Versicherte ein Revisionsgesuch gestellt hat, das die Verwaltung zum Tätigwerden und weiteren Abklärungen verpflichtet hätte (BGE 129 V 433, insbesondere E. 6.4, BGE 110 V 291 E. 4).

**2.4.2** Im Rahmen eines (von Amtes wegen oder aufgrund eines Gesuches eingeleiteten) Revisionsverfahrens ist der Gesundheitszustand, wie er der ursprünglichen Rentenverfügung (unter Vorbehalt früher durchgeführter Revisionen) zugrunde liegt, mit der seitherigen Entwicklung des medizinischen Sachverhaltes zu vergleichen (betreffend die gerichtliche Überprüfung vgl. BGE 125 V 369 E. 2, BGE 113 V 275 E. 1a). In diesem Rahmen ist die IV-Stelle beziehungsweise deren ärztlicher Dienst zum Tätigwerden und zu diversen Abklärungen verpflichtet, wobei es (abgesehen von der Eintretensfrage) keine Rolle

spielen kann, ob das Revisionsverfahren auf Gesuch hin oder – wie im vorliegenden Fall – von Amtes wegen eingeleitet wurde. Im Rahmen dieses Revisionsverfahrens hätte Dr. med. M.\_\_\_\_\_ anlässlich seiner IV-ärztlichen Stellungnahme vom 16. Januar 2007 erkennen müssen, dass Dr. med. L.\_\_\_\_\_ (nicht, wie von jenem fälschlicherweise angegeben, Dr. med. X.\_\_\_\_\_, der den Beschwerdeführer gemäss den Akten lediglich in der Folge eines im Jahr 1993 erlittenen Unfalls behandelt hatte) im Bericht vom 21. Dezember 2001, auf dem die ursprüngliche Rentenverfügung vom 28. Mai 2002 beruhte, die Tätigkeit als Koch nachvollziehbar als nicht mehr (in relevantem Ausmass) zumutbar erachtet hatte, so dass sich – wie in der Folge die IV-Stelle hätte erkennen müssen – die Durchführung eines Einkommensvergleichs unter Zugrundelegung von leidensangepassten Verweisungstätigkeiten als notwendig erwiesen und der von der IV-Stelle durchgeführte Prozentvergleich (vgl. den Vorbescheid vom 22. März 2002 und E. A oben) klar nicht genügt hätte.

**2.4.3** Mit der IV-ärztlichen Stellungnahme vom 16. Januar 2007 gilt somit der Mangel, dass dem Beschwerdeführer die Tätigkeit als Koch nur noch marginal zumutbar ist, aber kein korrekter Einkommensvergleich zur Berechnung des Invaliditätsgrads bei der Ausübung von Verweisungstätigkeiten zu 50% durchgeführt wurde, als entdeckt im Sinne von Art. 88<sup>bis</sup> Abs. 1 Bst. c IVV. Der Anspruch auf eine Dreiviertelsrente besteht somit ab dem 1. Januar 2007.

**2.5** Die Beschwerde ist deshalb in dem Sinn gutzuheissen, dass dem Beschwerdeführer nach Art. 28 Abs. 2 IVG mit Wirkung ab dem 1. Januar 2007 eine Dreiviertelsrente zu gewähren ist, welche von der IV-Stelle zu errechnen und anschliessend dem Beschwerdeführer mittels Verfügung zu eröffnen ist.

**2.6** Mit dieser Verfahrenserledigung werden die Anträge des Beschwerdeführers auf wiedererwägungsweise Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Beschwerde sowie auf Sistierung des Verfahrens bis zum Entscheid der Vorinstanz über das Wiedererwägungsgesuch vom 15. September 2008 gegenstandslos.

### **3.**

Der Antrag des Beschwerdeführers auf Ersatz der Kosten für die Untersuchung bei Dr. med. L.\_\_\_\_\_ vom 23. April 2008 ist abzuweisen, da nicht ausgewiesen ist, dass der Beschwerdeführer hierfür selbst

aufkommen musste (Art. 64 VwVG in Verbindung mit Art. 13 Bst. a des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2] e contrario).

**4.**

Es sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG), so dass der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 400.- dem Beschwerdeführer auf ein von ihm anzugebendes Konto zurückzuerstaten ist.

Dem Beschwerdeführer ist aufgrund von Art. 64 VwVG in Verbindung mit Art. 7 ff. eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- zu gewähren, welche der Vorinstanz auferlegt wird.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird in dem Sinn gutgeheissen, dass dem Beschwerdeführer mit Wirkung ab dem 1. Januar 2007 eine Dreiviertelsrente gewährt wird.

**2.**

Die Sache wird zur Berechnung der Rente im Sinne von Ziff. 1 des Dispositivs an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der vom Beschwerdeführer geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 400.- wird diesem nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils an die von ihm anzugebende Zahlungsstelle zurückerstattet.

**4.**

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- zu bezahlen. Weitergehende Entschädigungsansprüche des Beschwerdeführers werden abgewiesen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Michael Peterli

Dominique Gross

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 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: