

# **BVGer C-2563/2006 vom 8. Februar 2008**

Bundesverwaltungsgericht, 2008-02-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-2563\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-2563_2006)

FR: TAF C-2563/2006 du 8 février 2008

IT: TAF C-2563/2006 del 8 febbraio 2008

## **Regeste**

Invalidenversicherung (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz; 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 Bst. d VGG; SR 173.32]; 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 vorliegend nicht gegeben (Art. 32 VGG).

### **E. 1.2**

Das Bundesverwaltungsgericht übernimmt, sofern es zuständig ist, die Beurteilung der am 1. Januar 2007 bei den Eidgenössischen Rekurs- oder Schiedskommissionen oder bei den Beschwerdediensten der Departemente hängigen Rechtsmittel. Dies ist vorliegend der Fall. Die Beurteilung erfolgt nach neuem Verfahrensrecht (vgl. Art. 53 Abs. 2 VGG). Das VwVG findet keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) anwendbar ist (Art. 3 Bst. dbis VwVG; Art. 1 Abs. 1 IVG).

### **E. 1.3**

Durch die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeführer besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung (Art. 59 ATSG; vgl. auch Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG). Er ist daher zur Beschwerde legitimiert.

### **E. 1.4**

Der Beschwerdeführer hat frist- und formgerecht (Art. 60 ATSG; vgl. auch Art. 50 und 52 VwVG) Beschwerde erhoben. Auf das Rechtsmittel ist einzutreten.

### **E. 2**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich im Wesentlichen nach den Vorschriften des VGG, des VwVG (vgl. Art. 37 VGG) sowie des ATSG. Dabei finden nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln diejenigen Rechtssätze Anwendung, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2). 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 (Art. 49 VwVG).

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer macht in formeller Hinsicht geltend, der Einspracheentscheid sei aufzuheben, weil im Verfahren vor der Vorinstanz sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei. Die Vorinstanz stütze sich in ihrem Einspracheentscheid insbesondere auf eine neue medizinische Begutachtung des IV-ärztlichen Dienstes. Diese Stellungnahme sei ihm vorgängig nicht zur Kenntnis gebracht worden.

#### **E. 3.1**

Das rechtliche Gehör umfasst die Rechte der Parteien auf Teilnahme am Verfahren und auf Einflussnahme auf den Prozess der Entscheidungsfindung. In diesem Sinne dient es einerseits der Sachabklärung, stellt andererseits aber auch ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass von Verfügungen dar, welche in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreifen (vgl. BGE 126 V 130 E. 2b, BGE 121 V 150 E. 4a; A. Kölz/I. Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 292 ff.). Zum verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]), der für das Verwaltungsverfahren in Art. 26 ff. VwVG wie auch in Art. 42 ATSG konkretisiert worden ist, gehören insbesondere Garantien bezüglich Beweisverfahren, Begründungspflicht der Behörden und Akteneinsicht. Darin enthalten ist ebenfalls das Recht, sich zu allen rechtserheblichen Punkten vor Erlass einer Verfügung äussern zu können (Art. 30 VwVG).

#### **E. 3.2**

Im vorinstanzlichen Verfahren stellte die IV-Stelle dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers auf Gesuch hin am 3. Januar 2005 die vollständigen IV-Akten zur Verfügung. In seiner Einsprache vom 21. Januar 2005 nahm dieser Bezug auf die Akten. Unter anderem rügte er, dass die Aussagen des IV-Stellenarztes qualifiziert fehlerhaft seien. Nicht zuletzt aufgrund dieser Rüge hat die IV-Stelle vor Erlass des Einspracheentscheids eine zweite Stellungnahme beim medizinischen Dienst eingeholt und einen erneuten Einkommensvergleich durchführen lassen.

#### **E. 3.3**

Es ist unbestritten, dass diese nachträglich erstellten Unterlagen dem Beschwerdeführer nicht zur Kenntnis gebracht worden sind, obwohl die Vorinstanz ihren Einspracheentscheid wesentlich darauf abgestützt hat. Die fraglichen Aktenstücke sind, wenn auch nicht einzige Grundlage, so doch durchaus rechtserheblich für den Entscheid der Vorinstanz. Durch die fehlende Bekanntgabe des Einholens einer weiteren Stellungnahme eines IV-Stellenarztes und eines neuen Einkommensvergleichs hat die Vorinstanz daher den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt.

#### **E. 3.4**

Nach ständiger Praxis kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt werden. Die Verletzung gilt dann als geheilt, wenn der Betroffene die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüft, wobei eine Heilung jedoch die

Ausnahme bleiben soll (vgl. BGE 127 V 438 E. 3d/aa, BGE 126 V 130 E. 2b, BGE 118 Ib 111 E. 4b, BGE 117 Ib 481, BGE 116 V 182 E. 1b; VPB 61.30 E 3.1).

### **E. 3.5**

Die vorliegend festgestellte Verletzung des rechtlichen Gehörs ist nicht als besonders schwerwiegend zu qualifizieren, betraf sie doch bloss Aktenstücke, welche die bereits bekannte Auffassung des medizinischen Dienstes der Vorinstanz im Wesentlichen bestätigten und nur eine minimale, nicht rentenrelevante Änderung der Invaliditätsberechnung zur Folge hatten, die zudem zu Gunsten des Beschwerdeführers ausfiel. In seiner Beschwerde beantragte der Beschwerdeführer, es sei ihm nach Einsicht in die Akten Gelegenheit zur Ergänzung der Beschwerde zu geben. Die Rekurskommission liess ihm die fehlenden Aktenstücke am 22. September 2005 zukommen und setzte ihm eine Frist zur Einreichung einer ergänzenden Beschwerdebeurteilung. Der Beschwerdeführer war somit ohne Weiteres in der Lage, den Einspracheentscheid sachgerecht anzufechten und sich vor der Rekurskommission und dem Bundesverwaltungsgericht, welchen volle Kognition zukommt, umfassend zu äussern. Demzufolge ist die Verletzung des rechtlichen Gehörs im Beschwerdeverfahren geheilt worden.

### **E. 3.6**

Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs erweist sich demnach im Ergebnis als unbegründet.

### **E. 4**

Materiell umstritten und im vorliegenden Verfahren zu prüfen ist, ob die Vorinstanz den Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Rente der schweizerischen Invalidenversicherung zu Recht verneint hat.

#### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer ist Staatsangehöriger eines Mitgliedsstaates der Europäischen Gemeinschaft, 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 und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen; FZA; SR 0.142.112.681), welches die verschiedenen bis dahin geltenden bilateralen Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den einzelnen Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft insoweit absetzt, als darin derselbe Sachbereich geregelt wird, anzuwenden ist (Art. 20 FZA). Soweit dieses Abkommen, insbesondere dessen Anhang II, der die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit regelt (Art. 8 FZA), keine abweichenden Bestimmungen vorsieht, ist mangels einer einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen bzw. abkommensrechtlichen Regelung die Ausgestaltung des Verfahrens sowie die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen einer schweizerischen Invalidenrente grundsätzlich Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung (BGE 130 V 257 Erw. 2.4). Daraus folgt, dass die Verwaltung und im Beschwerdefall das Gericht den Leistungsanspruch des Beschwerdeführers gemäss Art. 3 Abs. 1 der Koordinierungsverordnung (EWG) Nr. 1408/71 grundsätzlich nach den für schweizerische Staatsangehörige geltenden Regeln zu beurteilen haben.

#### **E. 4.2**

Die Frage, ob und gegebenenfalls ab wann Anspruch auf Leistungen der schweizerischen Invalidenversicherung besteht, bestimmt sich demnach allein aufgrund der schweizerischen Rechtsvorschriften. Für die Beurteilung eines Rentenanspruchs sind 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; AHI-Praxis 1996 S. 177 E. 1).

### **E. 4.3**

In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 130 V 329). Ein allfälliger Leistungsanspruch ist für die Zeit vor einem Rechtswechsel aufgrund der bisherigen und ab diesem Zeitpunkt nach den neuen Normen zu prüfen (pro rata temporis; BGE 130 V 445). Im vorliegenden Verfahren finden demnach grundsätzlich jene Vorschriften Anwendung, die bei Erlass des Einspracheentscheids vom 16. August 2005 in Kraft standen; weiter aber auch solche Vorschriften, die zu jenem Zeitpunkt bereits ausser Kraft getreten waren, die aber für die Beurteilung eines allenfalls früher entstandenen Rentenanspruchs von Belang sind (für das IVG: ab dem 1. Juni 2002 in der Fassung vom 8. Oktober 1999 [AS 2002 701, sowie AS 2002 685]; ab dem 1. Januar 2003 in der Fassung vom 6. Oktober 2000 [AS 2002 3371 und 3453] und ab dem 1. Januar 2004 in der Fassung vom 21. März 2003 [AS 2003 3837; 4. IVG-Revision]). Für die Prüfung des Rentenanspruchs ab 2003 ist sodann das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene ATSG anwendbar. Da die darin enthaltenen Formulierungen der Arbeitsunfähigkeit, der Erwerbsunfähigkeit, der Invalidität und der Einkommensvergleichsmethode den bisherigen von der Rechtsprechung dazu entwickelten Begriffen in der Invalidenversicherung entsprechen und die von der Rechtsprechung dazu herausgebildeten Grundsätze unter der Herrschaft des ATSG weiterhin Geltung haben (BGE 130 V 343), wird im Folgenden auf die dortigen Begriffsbestimmungen verwiesen.

### **E. 4.4**

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: 16. August 2005) eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweis). Sachverhaltsänderungen, die nach dem massgebenden Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Entscheides eingetreten sind, sind im vorliegenden Verfahren grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Allerdings können Tatsachen, die den Sachverhalt seither verändert haben, unter Umständen Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung sein (BGE 121 V 366 E. 1b mit Hinweisen).

### **E. 5**

Gemäss Art. 2 ATSG sind die Bestimmungen dieses Gesetzes auf die bundesgesetzlich geregelten Sozialversicherungen anwendbar, wenn und soweit die einzelnen Sozialversicherungsgesetze es vorsehen. Nach Art. 1 IVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die Invalidenversicherung anwendbar (Art. 1a 70), soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

#### **E. 5.1**

Anspruch auf eine Rente der schweizerischen Invalidenversicherung hat, wer invalid im Sinn des Gesetzes ist (Art. 7, 8, 16 ATSG; Art. 4, 28, 29 IVG) und beim Versicherungsfall mindestens während eines vollen Jahres Beiträge an die Alters-, Hinterlassenen- und

Invalidenversicherung geleistet hat (Art. 36 Abs. 1 IVG). Diese zwei Bedingungen müssen kumulativ erfüllt sein; das heisst, fehlt auch nur eine, so entsteht kein Rentenanspruch, selbst wenn die andere erfüllt ist.

## **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer hat während mehr als einem Jahr Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung entrichtet, so dass er die gesetzliche Mindestbeitragsdauer erfüllt. Zu prüfen bleibt, ob er im Sinne des Gesetzes in rentenbegründendem Ausmass invalid geworden ist.

### **E. 5.3.1**

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). Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG in der bis Ende 2003 gültig gewesenen Fassung besteht ein Anspruch auf eine ganze Invalidenrente, wenn die versicherte Person zu mindestens zwei Dritteln, derjenige auf eine halbe Rente, wenn sie mindestens zur Hälfte, und derjenige auf eine Viertelsrente, wenn sie mindestens zu 40% invalid ist. Die seit dem 1. Januar 2004 massgeblichen neuen Rentenabstufungen gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG geben bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40 Prozent Anspruch auf eine Viertelsrente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50 Prozent Anspruch auf eine halbe Rente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 60 Prozent Anspruch auf eine Dreiviertelsrente und bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 70 Prozent Anspruch auf eine ganze Rente. Viertelsrenten werden allerdings gemäss Art. 28 Abs. 1ter IVG nur an Versicherte ausbezahlt, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne von Art. 13 ATSG in der Schweiz haben. Nach der Rechtsprechung des EVG stellt Art. 28 Abs. 1ter IVG nicht eine blosse Auszahlungsvorschrift, sondern eine besondere Anspruchsvoraussetzung dar (BGE 121 V 275 Erw. 6c). Seit Inkrafttreten des FZA können indes Angehörige von EU-Staaten sowie dort lebende Schweizer Bürgerinnen und Bürger ebenfalls eine Viertelsrente beanspruchen.

### **E. 5.3.2**

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 in der Weise zu erfolgen, dass die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen ziffernmässig möglichst genau ermittelt und einander gegenübergestellt werden, worauf sich aus der Einkommensdifferenz der Invaliditätsgrad bestimmen lässt. Insoweit die fraglichen Erwerbseinkommen ziffernmässig nicht genau ermittelt werden können, 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 30 Erw. 1, BGE 104 V 136 Erw. 2a und b; ZAK 1990 S. 518 Erw. 2). Erwerbsunfähigkeit ist, vereinfacht ausgedrückt, die durch einen Gesundheitsschaden verursachte Unfähigkeit, durch zumutbare Arbeit Geld zu verdienen

(Alfred Maurer, Bundessozialversicherungsrecht, Basel 1993, S. 140). Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung (und im Beschwerdeverfahren das Gericht) auf Unterlagen angewiesen, die der Arzt und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes ist es, den Gesundheitsschaden 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 (vgl. dazu unten E. 5.3.3). Es sind demnach nicht nur die Erwerbsmöglichkeiten im angestammten Beruf, sondern auch in zumutbaren Verweisungstätigkeiten zu prüfen. Bei der Bemessung der Invalidität ist auf die objektiven wirtschaftlichen Folgen der funktionellen Behinderung abzustellen, welche nicht zwingend mit dem vom Arzt festgelegten Grad der funktionellen Einschränkung übereinstimmen müssen (BGE 110 V 275 Erw. 4a [= ZAK 1985 S. 462 Erw. 4a]).

### **E. 5.3.3**

Zu bemerken bleibt, dass aufgrund des im gesamten Sozialversicherungsrechts geltenden Grundsatzes der Schadenminderungspflicht ein in seinem bisherigen Tätigkeitsbereich dauernd arbeitsunfähiger Versicherter gehalten ist, innert nützlicher Frist Arbeit in einem anderen Berufs- oder Erwerbszweig zu suchen und anzunehmen, soweit sie möglich und zumutbar erscheint (BGE 113 V 28 Erw. 4a, 111 V 239 Erw. 2a). Deshalb ist es am behandelnden Arzt bzw. am Vertrauensarzt einer IV-Stelle zu bestimmen, in welchem Ausmass ein Versicherter seine verbliebene Arbeitsfähigkeit bei zumutbarer Tätigkeit und zumutbarem Einsatz auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt verwerten kann. Diese sogenannte Verweisungstätigkeit hat sich der Versicherte anrechnen zu lassen (leidensangepasste Verweisungstätigkeit; ZAK 1986 S. 204 f.).

### **E. 5.4**

Hinsichtlich der Entstehung des Anspruchs auf eine Invalidenrente schreibt Art. 29 Abs. 1 IVG vor, dass der Rentenanspruch nach Art. 28 IVG frühestens in dem Zeitpunkt entsteht, in dem die versicherte Person mindestens zu 40% bleibend erwerbsunfähig geworden ist (Bst. a: Dauerinvalidität) oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch zu mindestens 40% arbeitsunfähig gewesen war (Bst. b: langdauernde Krankheit). Als Erwerbsunfähigkeit gilt 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). Arbeitsunfähigkeit ist demgegenüber die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen 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). Für die Annahme bleibender Erwerbsunfähigkeit im Sinne von Art. 29 Abs. 1 Bst. a IVG und Art. 29 der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201) ist nach ständiger Rechtsprechung des EVG die überwiegende Wahrscheinlichkeit erforderlich, dass ein weitgehend stabilisierter, im Wesentlichen irreversibler Gesundheitsschaden vorliegt, welcher die Erwerbsfähigkeit der versicherten Person voraussichtlich dauernd in rentenbegründendem Ausmass 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 Erw. 4a mit Hinweisen). Diese Rechtsprechung führt dazu, dass die Annahme bleibender Erwerbsunfähigkeit im Rahmen von Art. 29 IVG Seltenheitswert hat; in Betracht fällt sie etwa bei Amputationen (Meyer-Blaser, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, Zürich 1997, S. 232 f., mit weiteren Hinweisen). Fehlen die genannten restriktiven Kriterien, so ist die Frage, wann ein allfälliger Rentenanspruch entsteht und mithin der Versicherungsfall eintritt, stets nach Massgabe von Art. 29 Abs. 1 Bst. b IVG zu prüfen. Mit der in dieser Bestimmung vorgesehenen Wartezeit von einem Jahr wird eine Abgrenzung zwischen den Aufgaben der Invalidenversicherung und denjenigen der sozialen Kranken- und Unfallversicherung bezweckt; letztere haben während der Wartezeit in erster Linie für den Erwerbsausfall bei Krankheit oder Unfall aufzukommen (BGE 111 V 23 Erw. 3a). Nach Art. 29ter IVV liegt ein wesentlicher Unterbruch der Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Art. 29 Abs. 1 Bst. b IVG vor, wenn die versicherte Person an mindestens 30 aufeinanderfolgenden Tagen voll arbeitsfähig war.

### **E. 5.5**

Bei einer im Ausland wohnenden Person kann nach dem Gesagten ein Rentenanspruch gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG erst dann entstanden sein, nachdem sie zu mindestens 50% bleibend erwerbsunfähig geworden ist (Bst. a) oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 50% arbeitsunfähig gewesen ist und die Erwerbsunfähigkeit nach Ablauf der Wartezeit weiterhin mindestens 50% beträgt (Bst. b). Für in der Schweiz wohnhafte Versicherte und seit 1. Juni 2002 auch für Angehörige von EU-Staaten sowie dort lebende Schweizer Bürgerinnen und Bürger betragen diese Werte jeweils 40%.

### **E. 6**

Der Beschwerdeführer rügt eine ungenügende Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, insbesondere hinsichtlich der medizinischen Erhebungen der Vorinstanz. Er verlangt auch die Anordnung zusätzlicher medizinischer Abklärungen.

#### **E. 6.1**

Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach hat das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet zum einen sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 195 E. 2, BGE 122 V 158 E. 1a, je mit Hinweisen). Zum anderen umfasst die behördliche und richterliche Abklärungspflicht nicht unbeschrieben alles, was von einer Partei behauptet oder verlangt wird. Vielmehr bezieht sie sich nur auf den im Rahmen des streitigen Rechtsverhältnisses (Streitgegenstand) rechtserheblichen Sachverhalt. Rechtserheblich sind alle Tatsachen, von deren Vorliegen es abhängt, ob über den streitigen Anspruch so oder anders zu entscheiden ist (Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 43 und 273). In diesem Rahmen haben Verwaltungsbehörden und Sozialversicherungsgericht zusätzliche Abklärungen stets vorzunehmen oder zu veranlassen, wenn hiezu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichender Anlass besteht (BGE 117 V 282 E. 4a mit Hinweis; Entscheid des EVG vom 20. Juli 2000, I 520/99).

#### **E. 6.2**

Die Akten enthalten namentlich folgende Arztberichte: - Dr. D.\_\_\_\_\_, Unfallspezialist, diagnostiziert am 25. Januar 2000 beim Beschwerdeführer eine beidseitige Meniskektomie, Lumbalarthrose sowie ein Karpaltunnelsyndrom. Er äussert sich jedoch nicht zu der daraus folgenden Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers (act. 41); - Dr. E.\_\_\_\_\_ von der spanischen Sozialversicherung diagnostiziert am 11. April 2000 zusätzlich eine beidseitige Ellbogenarthrose und hält fest, dass der Beschwerdeführer seine zuletzt ausgeführte Arbeit aktuell nicht wieder aufnehmen könne (act. 48/6). Der Arzt macht keine Angaben zu möglichen Verweistätigkeiten (act. 48/7); - die spanische Sozialversicherung attestiert dem Beschwerdeführer am 28. April 2000 eine permanente Arbeitsunfähigkeit von 100% (act. 32). Diagnostiziert werden folgende Beschwerden: - Status nach Arthroskopie im Knie rechts - Status nach arthroskopischer Meniskopathie im Knie links - Arthrose in beiden Ellbogen - Status nach beidseitiger Operation eines Karpaltunnelsyndroms - Dr. F.\_\_\_\_\_ bescheinigt dem Beschwerdeführer am 10. Mai 2002 eine Arbeitsunfähigkeit für alle Arbeiten (act. 23); - das Formular E 213 wurde erstmals am 9. September 2003 ausgefüllt. Der zuständige spanische Arzt stellt nach wie vor die gleichen Diagnosen und bejaht die Frage, ob der Beschwerdeführer leichtere oder angepasste Arbeiten ausführen könne; letztere könne der Beschwerdeführer zu 100% ausüben. Welche Arten von Verweistätigkeiten in Frage kämen, führt er jedoch nicht aus (act. 56); - Dr. G.\_\_\_\_\_ von der Sektion Traumatologie des (...) kommt am 15. Dezember 2003 zum Schluss, dass es dem Beschwerdeführer unmöglich sei, die bisherige Arbeit auszuführen, da diese ursächlich sei für das heutige Krankheitsbild (act. 47). Dieselbe Einschätzung hatte Dr. G.\_\_\_\_\_ bereits im Oktober 2001 sowie im März 2002 festgehalten (act. 45-47); - Dr. H.\_\_\_\_\_, Orthopäde am (...), bestätigt am 29. Juli 2004, dass der Beschwerdeführer in Bezug auf seine bisherige Tätigkeit arbeitsunfähig sei. Dies gelte auch für ähnliche Arbeiten, bei welchen Kraft aufgewendet werden müsse. Zusätzlich zu den bekannten Diagnosen erwähnt er eine Diskushernie L2/L3, eine Diskusprotrusion L3/L4, eine Rückenmarkskanal-Verengung, eine Lumbalskoliose sowie eine beidseitige Gonarthrose (act. 57); - am 20. August 2004 bestätigt Dr. I.\_\_\_\_\_ mittels dem Formular E 213, dass der Beschwerdeführer in Spanien zu 100% arbeitsunfähig eingestuft worden sei. Er leide auch an einer Persönlichkeitsstörung ("Trastorno mixto de personalidad") und Dysthymie. Die bisherige Tätigkeit als Hilfsarbeiter könne der Beschwerdeführer nur noch weniger als 2 Stunden pro Tag ausführen. Sein Bewegungsapparat sei überlastet. Geeignet seien lediglich leichte und sitzende Tätigkeiten. Vermieden werden sollten auch Tätigkeiten wie das Bücken, Aufheben oder Transportieren von Objekten. Auch der Gebrauch von Rampen, Treppen und Leitern oder anderweitige Sturzgefahren sollten in der Verweistätigkeit vermieden werden. Eine solch angepasste Tätigkeit könne er jedoch zu 100% ausführen (act. 58); - der IV-Stellenarzt Dr. med. B.\_\_\_\_\_ führt in seiner Einschätzung vom 9. Oktober 2004 aus, die Angaben der spanischen Ärzte zur Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers gemäss act. 57 und 58 seien widersprüchlich. Er kommt zum Schluss, dass der Beschwerdeführer in seiner bisherigen Tätigkeit seit August 1998 eine Arbeitsunfähigkeit von 70% aufweise. Bezüglich der Verweistätigkeiten sei er jedoch zu 80% arbeitsfähig. Aus seiner Sicht seien die Folgen des orthopädischen Eingriffs bescheiden und mit einer leichten Tätigkeit in der Industrie oder im Verkauf durchaus vereinbar. Als Beispiele gibt er Fabrikarbeiter, Magaziner oder Kassier an (act. 60 und 61). - Dr. med. C.\_\_\_\_\_, IV-Stellenarzt, hält in seiner Beurteilung vom 30. Juli 2005 fest, gemäss den medizinischen Unterlagen seien gesamthaft folgende Diagnosen gestellt worden: - eine beidseitige beginnende Gonarthrose bei Status nach arthrosko-pischer

Menislaesion, - Arthrose im Ellenbogen links, - Status nach beidseitiger Operation eines Karpaltunnelsyndroms, - Lumbalgie bei degenerierten Lendenwirbelsäulen-Veränderung vorne, - ein depressives Syndrom. -:- Aufgrund der Gonarthrose sei dem Beschwerdeführer eine rein stehende Tätigkeit wohl ganztags nicht zumutbar. Auch könne und solle der Beschwerdeführer wegen der Arthrose an Knien, Ellbogen und Wirbelsäule keine schwere Körperarbeit mehr ausüben. Als Verweistätigkeiten seien jedoch abwechslungsweise stehende/sitzende, oder vorwiegend sitzende Arbeiten (Billetverkauf, Kassier, Reparatur von kleinen Apparaten, sitzende Kleinmontagen, Überwachung Parking) möglich, wobei für diese Tätigkeiten eine 20%ige Einschränkung bestehe. Eher nicht mehr in Frage komme die Tätigkeit als Magaziner und Fabrikarbeiter (act. 71).

### **E. 6.3**

Diese medizinischen Unterlagen gestatten eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rentenanspruches. Die Berichte der spanischen Ärzte ergeben ein komplettes Bild über die gesundheitlichen Schäden des Beschwerdeführers. Die von seinem Rechtsvertreter in der Einsprache vorgebrachten angeblichen Fehler in der medizinischen Beurteilung von Dr. B.\_\_\_\_\_ hat der zweitbeurteilende Arzt Dr. C.\_\_\_\_\_ aufgenommen und einlässlich dazu Stellung genommen. Der Sachverhalt ist insoweit genügend abgeklärt. Auf die vom Beschwerdeführer beantragten zusätzlichen Beweismassnahmen ist in antizipierter Beweiswürdigung (vgl. BGE 122 II 469 E. 4a, BGE 122 III 223 E. 3c, BGE 120 1b 229 E. 2b, BGE 119 V 344 E. 3c mit Hinweisen) zu verzichten.

### **E. 7**

Der Beschwerdeführer wirft in seiner Beschwerdeschrift der Vorinstanz resp. den IV-Stellenärzten vor, bei der Beurteilung insbesondere auf einen Arztbericht aus dem Jahr 2000 abgestellt und die anderslautenden, neueren Berichte nicht gewürdigt zu haben. Sodann seien ihre Feststellungen teilweise aktenwidrig und die IV-Stellenärzte hätten auch nicht alle von den spanischen Ärzten gestellten Diagnosen berücksichtigt. Damit rügt der Beschwerdeführer die von der Vorinstanz vorgenommene Beweiswürdigung.

### **E. 7.1**

Die Verwaltung und im Beschwerdefall das Gericht haben die medizinischen Unterlagen nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung - wie alle anderen Beweismittel - frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. 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 es bei einander widersprechenden medizinischen Berichten den Prozess nicht erledigen, ohne das gesamte Beweismaterial zu würdigen und die Gründe anzugeben, warum es auf die eine und nicht auf die andere medizinische These abstellt. 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 352 E. 3a, BGE 122 V 160 E. 1c mit Hinweisen; AHI 2001 S. 113 E. 3a; RKUV 1999 Nr. U 332 S. 193 E. 2a/bb und RKUV 1998 Nr. U 313 S. 475 E. 2a). Im Sozialversicherungsrecht haben Verwaltung und Gericht ihren Entscheid, sofern das

Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blossе 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 126 V 360 E. 5b, BGE 125 V 195 E. 2, je mit Hinweisen).

### **E. 7.2**

Die Vorinstanz stützt ihren Entscheid namentlich auf die Einschätzungen der Ärzte ihres medizinischen Dienstes, die Dres. B. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_, welche ihrerseits insbesondere auf zwei relativ aktuelle Formulare E 213 vom September 2003 und August 2004 Bezug nehmen. Von daher lässt sich keineswegs sagen, die Vorinstanz habe zu Unrecht auf ärztliche Stellungnahmen aus dem Jahre 2000 abgestellt. So hat Dr. C. \_\_\_\_\_ in seinem Bericht die ganze Anamnese des Beschwerdeführers und alle in den Akten enthaltenen medizinischen Unterlagen aus dem Jahr 2000 bis 2004 aufgezählt. Aufgrund dieser Unterlagen fasst er die einzelnen festgestellten Diagnosen zusammen. Nach der Würdigung dieser Diagnosen bestimmt er die Restarbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers. Entgegen der Aussage des Beschwerdeführers ist die versicherungsärztliche Abklärung nicht dürftig ausgefallen; vielmehr ist der Stellungnahme von Dr. C. \_\_\_\_\_ nach Massgabe der zitierten Rechtsprechung (vgl. E. 7.1) voller Beweiswert zuzuerkennen.

### **E. 7.3**

Soweit in der Beschwerde ausgeführt wird, dass der Beschwerdeführer entgegen der Meinung von Dr. C. \_\_\_\_\_ anlässlich einer ärztlichen Untersuchung vom April 2000 zu Recht Stöcke benutzt habe, weil dies medizinisch indiziert gewesen sei, ist dieser Ansicht wohl zu folgen, denn der Beschwerdeführer liess kurz zuvor, am 8. März 2000, eine Meniskusoperation am rechten Knie durchführen (act. 48/6). Dies vermag jedoch die Feststellungen von Dr. C. \_\_\_\_\_ nicht zu relativieren und lässt insbesondere nicht den Schluss zu, der IV-Stellenarzt habe den Beschwerdeführer als Simulanten eingeschätzt. Die Angaben von Dr. C. \_\_\_\_\_, wonach der Beschwerdeführer sich anlässlich der Untersuchung vom August 2004 ohne die zwei mitgebrachten Krücken bewegt habe, wird durch den entsprechenden Arztbericht gestützt; an gleicher Stelle wird zudem festgehalten, dass anlässlich jener Untersuchung die Beweglichkeit des Beschwerdeführers an Rücken und Extremitäten nur geringfügig eingeschränkt gewesen sei (act. 58/5). Aus diesen Feststellungen kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten.

### **E. 7.4**

Auch wenn der Beschwerdeführer vorbringt, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass er als Dauerschmerzpatient gelte, und sie habe hinsichtlich der Schmerzsymptomatik unzutreffende Schlüsse gezogen, kann ihm nicht gefolgt werden. Nach der Gerichtspraxis können somatoforme Schmerzstörungen unter gewissen Umständen eine Arbeitsunfähigkeit verursachen. Wegen den mit Bezug auf Schmerzen naturgemäss verbundenen Beweisschwierigkeiten müssen die subjektiven Schmerzangaben der versicherten Person indes durch damit korrelierende, fachärztlich schlüssig feststellbare Befunde erklärbar sein. Das Vorliegen eines fachärztlich ausgewiesenen psychischen Leidens mit Krankheitswert - worunter anhaltende somatoforme Schmerzstörungen grundsätzlich fallen - ist aus rechtlicher Sicht wohl Voraussetzung, nicht aber hinreichende Basis für die Annahme einer invalidisierenden Einschränkung der Arbeitsfähigkeit. Namentlich vermag eine diagnostizierte anhaltende somatoforme Schmerzstörung als solche in der Regel keine lang

dauernde, zu einer Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit im Sinne von aArt. 4 Abs. 1 IVG (heute: Art. 8 Abs. 1 ATSG) zu bewirken. Ein Abweichen von diesem Grundsatz fällt nur in jenen Fällen in Betracht, in denen die festgestellte somatoforme Schmerzstörung nach Einschätzung des Arztes eine derartige Schwere aufweist, dass der versicherten Person die Verwertung ihrer verbleibenden Arbeitskraft auf dem Arbeitsmarkt bei objektiver Betrachtung (und unter Ausschluss von Einschränkungen der Leistungsfähigkeit, die auf aggravatorisches Verhalten zurückzuführen sind) sozialpraktisch nicht mehr zumutbar oder dies für die Gesellschaft gar untragbar ist. Die - nur in Ausnahmefällen anzunehmende - Unzumutbarkeit einer willentlichen Schmerzüberwindung und eines Wiedereinstiegs in den Arbeitsprozess setzt jedenfalls das Vorliegen einer mitwirkenden, psychisch ausgewiesenen Komorbidität von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer oder aber das Vorhandensein anderer qualifizierter, mit gewisser Intensität und Konstanz erfüllter Kriterien voraus (BGE 130 V 352 Erw. 2.2.2 f.). Diese Voraussetzungen sind vorliegend klarerweise nicht erfüllt. Die untersuchenden spanischen Ärzte haben im September 2003 und August 2004 die Schmerzbilder des Beschwerdeführers und dessen Dysthymie berücksichtigt. Trotzdem sind sie übereinstimmend zum Schluss gelangt, dass dem Beschwerdeführer angepasste leichtere Verweisungstätigkeiten vollzeitlich zumutbar seien. Die IV-Stellenärzte ziehen diese Krankheitsbilder ebenfalls in ihre Würdigung mit ein. Ihre Angaben lassen weder auf eine relevante psychische Komorbidität noch auf das Vorliegen anderer qualifizierter Kriterien, die eine willentliche Schmerzüberwindung als unzumutbar erscheinen lassen würden, schliessen. Die Rüge des Beschwerdeführers ist demnach unbegründet.

#### **E. 7.5**

Auf die Angaben der spanischen Ärzte in den Formularen E 213, in welchen ausdrücklich nach der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers in der zuletzt ausgeübten Tätigkeit wie auch in zumutbaren Verweisungstätigkeiten gefragt wird, und die damit übereinstimmenden Einschätzungen der IV-Stellenärzte ist abzustellen. Als Beweisergebnis kann demzufolge festgehalten werden, dass der Beschwerdeführer in seiner angestammten Tätigkeit zu 100% arbeitsunfähig ist. Indessen sind ihm angepasste leichtere Arbeiten im Umfang von 80% zumutbar.

#### **E. 8**

Der Beschwerdeführer bringt vor, dass die von den IV-Stellenärzten vorgeschlagenen Verweistätigkeiten nicht realistisch seien und seinen Gesundheitszustand nicht berücksichtigen würden. Es seien ihm nur solche Verweistätigkeiten zuzumuten, welche mit Sicherheit zu keiner Verschlechterung seines Gesundheitszustandes führten. Zudem würden die von der Vorinstanz aufgeführten leidensangepassten Tätigkeiten auf dem Arbeitsmarkt gar nicht existieren.

#### **E. 8.1**

Für die Invaliditätsbemessung ist nicht darauf abzustellen, ob eine invalide Person unter den konkreten Arbeitsmarktverhältnissen vermittelt werden kann, sondern einzig darauf, ob sie die ihr verbliebene Arbeitskraft noch wirtschaftlich nützen könnte, wenn die verfügbaren Arbeitsplätze dem Angebot an Arbeitskräften entsprechen würden (AHI-Praxis 1998 290 f. Erw. 3b). Dabei darf bei der Bemessung des Invalideneinkommens nicht von realitätsfremden und in diesem Sinne unmöglichen oder unzumutbaren Einsatzmöglichkeiten ausgegangen werden. Art und Mass dessen, was einem Versicherten

an Erwerbstätigkeit noch zugemutet werden kann, richtet sich nach seinen besonderen persönlichen Verhältnissen einerseits und nach den allgemein herrschenden Anschauungen andererseits. Für die Beurteilung der Zumutbarkeit ist letztlich insofern eine objektive Betrachtungsweise massgebend, als es nicht auf eine bloss subjektiv ablehnende Bewertung der in Frage stehenden Erwerbstätigkeit durch den Versicherten ankommt. In Konkretisierung dieses Grundsatzes hat die Rechtsprechung die Zumutbarkeit der Einkommenserzielung weit gefasst (Ulrich Meyer-Blaser, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, Zürich 1997, S. 202.) Die Zumutbarkeit ist insbesondere dann zu verneinen, wenn die Tätigkeit nur unter der Gefahr, den Gesundheitszustand zu verschlimmern, ausgeübt werden kann (Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrecht, Bern 2003, §8 N11; Urteil des EVG vom 16. Juni 2004, I 824/02, E. 2.2.1 mit Hinweisen).

### **E. 8.2**

Den Akten kann nicht entnommen werden, dass diese Überlegungen im vorliegenden Fall nicht berücksichtigt worden wären. Gemäss der aufgeführten Anamnese waren sich sowohl die spanischen wie auch die IV-Stellenärzte bewusst, dass der Beschwerdeführer seit einiger Zeit nicht mehr gearbeitet hat. Keine der von ihnen erwähnten Verweisungstätigkeiten bringt für den Beschwerdeführer die Gefahr mit sich, bei deren Ausübung seinen Gesundheitszustand zu verschlimmern. Im Bericht vom 20. August 2004 werden explizit leichte, sitzende Tätigkeiten als vollzeitlich zumutbar bezeichnet (act. 58, Punkt 11.5 f.); die von Dr. C.\_\_\_\_\_ bezeichneten Arbeiten als Billetverkäufer, Kassier, sitzend zu verrichtende Kleinmontagen und die Überwachung in einem Parking sind solcher Art und enthalten entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers keinerlei Heben von Gewichten. Sodann ist auch zu berücksichtigen, dass den ärztlichen Schätzungen für die Beurteilung der Zumutbarkeit einer bestimmten Tätigkeit entscheidende Bedeutung zukommt. Nach der Praxis muss gerade auf Grund der medizinischen Feststellungen die Frage beurteilt werden, welche Arbeitsleistungen der versicherten Person trotz der gesundheitlichen Beeinträchtigungen, bei Aufbietung allen guten Willens und in Nachachtung des Grundsatzes der Schadenminderungspflicht noch zugemutet werden können (BGE 115 V 134 E. 2, BGE 114 V 314 E. 3c mit Hinweisen; ZAK 1991 S. 319 E. 1c; Urteil des EVG vom 16. Juni 2004, a.a.O., E. 2.1.3). Es ist daher mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer die Ausübung der von Dr. C.\_\_\_\_\_ erwähnten Verweisungstätigkeiten im oben (E. 7.5) beschriebenen Umfang, d.h. zu 80%, nach wie vor zumutbar ist.

### **E. 9**

Der Beschwerdeführer bestreitet sodann auch die Rechtmässigkeit des durchgeführten Einkommensvergleichs. Er beanstandet, dass auf in der Schweiz erhobene statistische Werte abgestützt werde und nicht auf die spanischen Lohnverhältnisse. Des Weiteren sei die Lohnstatistik aus dem Jahr 2002 und nicht die neuere, für ihn günstigere Erhebung aus dem Jahr 2004 verwendet worden. Zudem sei der auf den Tabellenlöhnen vorgenommene Abzug von 10% zu gering.

#### **E. 9.1**

Der Einkommensvergleich nach Art. 16 ATSG setzt voraus, dass bei der Ermittlung der beiden Vergleichseinkommen gleich vorgegangen wird, dass also eine gleichartige Vergleichsbasis vorliegt (Gleichartigkeit der Vergleichseinkommen, vgl. Ueli Kieser,

ATSG-Kommentar, Zürich 2003, Art. 16 Rz. 7). In zeitlicher Hinsicht sind die Verhältnisse bei Entstehen des (hypothetischen) Rentenanspruchs massgebend, wobei Validen- und Invalideneinkommen auf zeitidentischer Grundlage zu erheben und allfällige rentenwirksame Änderungen der Vergleichseinkommen bis zum Verfügungserlass respektive bis zum Einspracheentscheid zu berücksichtigen sind (BGE 129 V 222 E. 4.1). Die Gleichartigkeit der Vergleichseinkommen setzt aber auch voraus, dass die auf einem vergleichbaren örtlichen Arbeitsmarkt hypothetisch erzielbaren Einkommen verglichen werden. So ist dann, wenn sich das hypothetische Valideneinkommen aufgrund eines tatsächlichen Einkommens bestimmt, das der Versicherte vor dem Eintritt der Invalidität über längere Zeit im Ausland erzielt hat, nicht etwa das in der Schweiz erzielbare hypothetische Invalideneinkommen beizuziehen, sondern ein Invalideneinkommen zu ermitteln und dem Valideneinkommen gegenüber zu stellen, das der Versicherte auf dem örtlichen ausländischen Arbeitsmarkt erzielen könnte. Eine Bestimmung des Invalideneinkommens aufgrund der schweizerischen Tabellenlöhne kommt nur dann in Betracht, wenn auch auf ein Valideneinkommen in der Schweiz abgestellt wird.

### **E. 9.2**

Für die Bestimmung des Invalideneinkommens ist primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher die versicherte Person konkret steht. Ist kein solches tatsächlich erzieltetes Erwerbseinkommen gegeben, namentlich weil die versicherte Person nach Eintritt des Gesundheitsschadens keine oder jedenfalls keine ihr an sich zumutbare neue Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, so sind nach der Rechtsprechung in der Regel die gesamtschweizerischen Tabellenlöhne gemäss den vom Bundesamt für Statistik periodisch herausgegebenen Lohnstrukturerhebungen (LSE) heranzuziehen (vgl. das Urteil des Bundesgerichts U 75/03 vom 12. Oktober 2006; BGE 129 V 472 E. 4.2.1, BGE 126 V 75 E. 3.b).

### **E. 9.3**

Die Vorinstanz hat zu Gunsten des Beschwerdeführers als Valideneinkommen nicht das zuletzt in Spanien erzielte Einkommen als Hilfsarbeiter, sondern unter Beizug der LSE ein im Bereich der Metallbearbeitung in der Schweiz erzielbares Einkommen angenommen. Dass der Beschwerdeführer in Spanien ein höheres Valideneinkommen erzielt hätte, macht auch er selber nicht geltend. Was das Invalideneinkommen betrifft, steht aufgrund der Akten fest, dass der Beschwerdeführer seit mehreren Jahren kein Erwerbseinkommen mehr erzielt hat, weshalb hierfür ebenfalls auf die LSE abzustellen ist. Dass die Vorinstanz dabei auf die schweizerische Statistik abgestellt hat, ist nicht zu beanstanden. Dies entspricht ständiger Praxis und ist im Übrigen auch sachgerecht. Diese Statistik wird nach genau definierten Kriterien erstellt und ist mit Bezug auf die einzelnen Wirtschaftszweige entsprechend repräsentativ. Sodann sprechen auch Rechtsgleichheitsüberlegungen für ein Abstellen auf ein- und dieselbe Lohnstatistik für alle Versicherten, zumal solche Lohnstrukturerhebungen ohnehin nicht in allen Ländern durchgeführt werden. Der Beschwerdeführer hat sein Rentengesuch sodann am 29. Mai 2003 eingereicht. Unter Berücksichtigung von Art. 48 Abs. 2 IVG, wonach bei verspäteter Geltendmachung der mehr als zwölf Monate vor der Anmeldung entstehende Anspruch verwirkt ist (Locher, a.a.O., N. 27 zu § 41), Rentenzahlungen an den Beschwerdeführer demnach frühestens ab Mai 2002 erfolgen könnten, sowie der oben (E. 9.1) genannten Rechtsprechung hat die Vorinstanz zu Recht auf die LSE 2002 abgestellt.

#### **E. 9.4**

In ihrem Einspracheentscheid hat die Vorinstanz den durchgeführten Einkommensvergleich erläutert. Jenen Ausführungen ist beizupflichten. Die Einwendungen des Beschwerdeführers gehen fehl; so sind die von der Vorinstanz verwendeten Werte in der Statistik enthalten. Was den Prozentabzug vom Tabellenlohn betrifft, ist ein solcher nach der Rechtsprechung grundsätzlich zulässig, weil Versicherte wegen gesundheitlicher Beeinträchtigungen, des Alters, ausländischer Nationalität, Teilzeitarbeit und dem Umstand, dass sie eine gänzlich neue Arbeit antreten müssen, oft nicht das Lohnniveau gesunder Personen am gleichen Arbeitsplatz erreichen. Dabei ist die Frage, ob und in welchem Ausmass Tabellenlöhne herabzusetzen sind, von sämtlichen persönlichen und beruflichen Umständen des konkreten Einzelfalls abhängig; der Einfluss sämtlicher Merkmale auf das Invalideneinkommen ist nach pflichtgemäßem Ermessen gesamthaft zu schätzen, wobei der Abzug auf höchstens 25% zu begrenzen ist (BGE 126 V 79 f. Erw. 5b/aa-cc). Die Vorinstanz hat vorliegend in Würdigung der gesamten Umstände einen Abzug auf dem Tabellenlohn von 10% vorgenommen. Für das Bundesverwaltungsgericht besteht kein Anlass, in diese Ermessensausübung der Vorinstanz einzugreifen. Der Invaliditätsgrad von 36,06% ist zu bestätigen. Damit hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine schweizerische Invalidenrente.

#### **E. 10**

Zusammenfassend steht fest, dass die Vorinstanz das Rentengesuch des Beschwerdeführers zu Recht abgewiesen hat. Damit erweist sich der angefochtene Einspracheentscheid als rechtens; die Beschwerde ist abzuweisen.

#### **E. 11**

Der Beschwerdeführer beantragt, dass ihm für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und der unterzeichnete Rechtsanwalt als unentgeltlicher Rechtsbeistand beizustellen sei.

##### **E. 11.1**

Soweit sich das Gesuch des Beschwerdeführers auf die Befreiung von der Pflicht zur Bezahlung der Verfahrenskosten bezieht, ist dieses gegenstandslos, da im vorliegenden Beschwerdeverfahren ohnehin keine Verfahrenskosten zu erheben sind (Art. 69 Abs. 2 IVG i.V.m. Art. 85bis Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG, SR 831.10]; Bst. c der Schlussbestimmungen zur Änderung des IVG vom 16. Dezember 2005).

##### **E. 11.2**

Gemäss Art. 65 Abs. 1 und 2 VwVG kann einer Partei, die bedürftig ist, deren Begehren nicht als aussichtslos erscheinen und die nicht imstande ist, ihre Sache selbst zu vertreten, ein Anwalt bestellt werden. Die erwähnten Bedingungen müssen kumulativ erfüllt sein (vgl. BGE 122 I 51 E. 2c/bb). Die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers ist aktenkundig, die Beschwerde ist nicht als aussichtslos zu bezeichnen und die Vertretung war angesichts der sich stellenden Sachverhalts- und Rechtsfragen geboten. Dem Beschwerdeführer ist daher die unentgeltliche Verbeiständung zu gewähren und sein Rechtsvertreter ist ihm als Anwalt beizuordnen.

##### **E. 11.3**

Das Gericht setzt die Entschädigung für die amtlich bestellten Anwälte und Anwältinnen aufgrund der Kostennote fest. Der Vertreter des Beschwerdeführers reichte am 21. Januar 2008 zwei Kostennoten ein, wovon eine die Zeit vom 21. Dezember 2001 bis zum 21. Januar 2005 und die andere diejenige vom 13. September 2005 bis zum 5. Dezember 2005 betrifft. Vorliegend ist lediglich die zweite, das Beschwerdeverfahren vor der Eidgenössischen Rekurskommission und dem Bundesverwaltungsgericht betreffende Kostennote massgebend. Das dort geltend gemachte Honorar und die Auslagen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Indes ist festzuhalten, dass die Mehrwertsteuer nur für Dienstleistungen geschuldet ist, die im Inland gegen Entgelt erbracht werden, nicht jedoch für Dienstleistungen, die ins Ausland exportiert werden - wie im vorliegenden Fall, da der Beschwerdeführer im Ausland lebt (vgl. Art. 5 Bst. b in Verbindung mit Art. 14 Abs. 3 Bst. c des Bundesgesetzes vom 2. September 1999 über die Mehrwertsteuer [MWSTG, SR 641.20]; nicht veröffentlichtes Urteil des EVG vom 22. Mai 2003 [I 30/03], Erw. 6.4). Die Entschädigung ist demnach um den Mehrwertsteuerbetrag zu kürzen und somit im Rahmen der unentgeltlichen Verbeiständung auf Fr. 1'982.75 festzusetzen.

#### **E. 11.4**

Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass gemäss Art. 65 Abs. 4 VwVG die bedürftige Partei, wenn sie später zu hinreichenden Mitteln gelangt, verpflichtet ist, Honorar und Kosten des Anwalts an die Körperschaft oder autonome Anstalt zu vergüten, die sie bezahlt hat.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.