

BVGer C-257/2009 vom 24. Oktober 2011

Bundesverwaltungsgericht, 2011-10-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-257_2009

FR: TAF C-257/2009 du 24 octobre 2011

IT: TAF C-257/2009 del 24 ottobre 2011

Regeste

Rentenanspruch

Erwägungen

E. 1

Angefochten sind zwei Verfügungen der Vorinstanz vom 18. November 2008, mit welcher dem Beschwerdeführer rückwirkend ab dem 1. Juli 2006 eine ordentliche Viertelsrente und mit Wirkung vom 1. Juli 2006 bis zum 30. November 2007 eine ordentliche Kinderrente zugesprochen wurde. Zudem wendet sich der Beschwerdeführer gegen die Mitteilung der K. _____ vom 28. November 2008.

E. 1.1

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich im Wesentlichen nach den Vorschriften des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2006 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32), des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021 [vgl. auch Art. 37 VGG]) sowie des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1 [vgl. auch Art. 3 Bst. d bis VwVG]). Dabei finden nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln diejenigen Verfahrensregeln Anwendung, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung in Kraft stehen (BGE 130 V 1 E. 3.2; vgl. auch Art. 53 Abs. 2 VGG).

E. 1.2

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als mögliche Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden.

E. 1.2.1

Zu den Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts gehört auch die IVSTA, die mit Verfügungen über Rentengesuche befasst ist (Art. 33 Bst. d VGG; vgl. auch Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung [IVG, SR 831.20]). Die angefochtenen Verfügungen sind ohne Zweifel als Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG zu qualifizieren; eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Insoweit ist das Bundesverwaltungsgericht daher zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

E. 1.2.2

In seiner Beschwerde widersetzt sich der Beschwerdeführer dem Verrechnungsanspruch der K. _____, wie er in der Mitteilung vom 28. November 2008 erhoben wird. In den

angefochtenen Verfügungen hat die Vorinstanz hierüber allerdings nicht befunden, so dass auf die entsprechende Rüge mangels Anfechtungsobjekts nicht eingetreten werden kann. Sollte der Beschwerdeführer unmittelbar die Mitteilung der K. _____ vom 28. November 2008 anfechten wollen, so könnte hierauf mangels Zuständigkeit ebenfalls nicht eingetreten werden, ist doch die K. _____ keine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts im Sinne von Art. 33 VGG.

E. 1.3

Nach Art. 59 ATSG ist zur Beschwerdeführung vor dem Bundesverwaltungsgericht legitimiert, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. auch Art. 48 Abs. 1 VwVG). Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren als Partei teilgenommen. Er ist als Adressat durch die angefochtenen Verfügungen besonders berührt, und hat an deren Änderung oder Aufhebung ein schutzwürdiges Interesse. Nachdem der einverlangte Verfahrenskostenvorschuss fristgerecht geleistet worden ist, kann auf die form- und fristgerechte Beschwerde eingetreten werden, soweit sie sich nicht gegen den mit Mitteilung vom 28. November 2008 erhobenen Verrechnungsanspruch der K. _____ wendet (Art. 60 ATSG; vgl. auch Art. 20 Abs. 1, Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG).

E. 2.1

Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann gerügt werden, die vorinstanzliche Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (Art. 49 VwVG).

E. 2.2

Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Im Rahmen seiner Kognition (vgl. Art. 49 VwVG; Benjamin Schindler, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, Rz. 1 ff. zu Art. 49) kann es die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 212; vgl. BGE 128 II 145 E. 1.2.2, BGE 127 II 264 E. 1b).

E. 2.3

Der Beschwerdeführer ist spanischer Staatsangehöriger und hat dort seinen Wohnsitz, so dass vorliegend die Bestimmungen des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (im Folgenden: FZA, SR 0.142.112.681) sowie der darin erwähnten europäischen Verordnungen anwendbar sind. Gemäss Art. 8 Bst. a FZA werden die Systeme der sozialen Sicherheit koordiniert, um insbesondere die Gleichbehandlung aller Bürger der Vertragsstaaten zu gewährleisten. Soweit - wie vorliegend - weder das FZA und die gestützt darauf anwendbaren gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakte abweichende Bestimmungen vorsehen noch allgemeine Rechtsgrundsätze dagegen sprechen, richtet sich die Ausgestaltung des Verfahrens und die Prüfung des Rentenanspruchs alleine nach der schweizerischen Rechtsordnung. Daraus folgt, dass die Verwaltung und im Beschwerdefall das Gericht den Leistungsanspruch des Beschwerdeführers gemäss Art. 3 Abs. 1

Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 grundsätzlich nach den für schweizerische Staatsangehörige geltenden Regeln zu beurteilen haben.

E. 2.4

In zeitlicher Hinsicht ist zunächst festzuhalten, dass Rechts- und Sachverhaltsänderungen, die nach dem massgebenden Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung vom 18. November 2008 eintraten, im vorliegenden Verfahren grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sind (vgl. BGE 130 V 329 sowie BGE 129 V 1 E. 1.2, je mit Hinweisen). Allerdings können Tatsachen, die den Sachverhalt seither verändert haben, unter Umständen Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung sein (vgl. BGE 121 V 366 E. 1b mit Hinweisen).

E. 2.4.1

In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben, wobei nach ständiger Praxis auf den im Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Verwaltungsaktes eingetretenen Sachverhalt abgestellt wird (BGE 130 V 329 E. 2.3, BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweisen). 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, vgl. BGE 130 V 445).

E. 2.4.2

Damit finden grundsätzlich jene schweizerischen Rechtsvorschriften Anwendung, die bei Erlass der angefochtenen Verfügungen vom 18. November 2008 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. Januar 2004 in der Fassung vom 21. März 2003 [AS 2003 3837; 4. IV-Revision] und ab dem 1. Januar 2008 in der Fassung vom 6. Oktober 2006 [AS 2007 5129; 5. IV-Revision]; zudem die Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung [IVV, SR 831.201] in den entsprechenden Fassungen der 4. und 5. IV-Revision).

E. 2.4.3

Ferner sind das ATSG und die Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV, SR 830.11) anwendbar. Die im ATSG enthaltenen Formulierungen der Arbeitsunfähigkeit (Art. 6), Erwerbsunfähigkeit (Art. 7) und Invalidität (Art. 8) entsprechen den bisherigen von der Rechtsprechung zur Invalidenversicherung entwickelten Begriffen und Grundsätzen (vgl. BGE 130 V 343 E. 3.1 ff.). Daran hat sich auch nach Inkrafttreten der Revision des IVG und des ATSG vom 6. Oktober 2006 sowie der IVV und ATSV vom 28. September 2007 (5. IV-Revision [AS 2007 5129 bzw. AS 2007 5155], in Kraft seit 1. Januar 2008) nichts geändert, weshalb im Folgenden auf die dortigen Begriffsbestimmungen verwiesen wird.

E. 3

Im Folgenden werden die für die Beurteilung der Streitsache wesentlichen Bestimmungen und von der Rechtsprechung dazu entwickelten Grundsätze dargestellt.

E. 3.1

Anspruch auf eine Rente der schweizerischen Invalidenversicherung hat, wer invalid im Sinne des Gesetzes ist (Art. 8 ATSG), und beim Eintritt der Invalidität während der vom Gesetz vorgesehenen Dauer (vgl. Art. 36 Abs. 1 IVG in der bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung [Beitragsdauer von 1 Jahr] und in der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung [Beitragsdauer 3 Jahre]) Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV) geleistet hat. Diese Bestimmungen müssen kumulativ gegeben sein; fehlt eine, so entsteht kein Rentenanspruch, selbst wenn die andere erfüllt ist. Der Beschwerdeführer arbeitete zuletzt vom 4. Mai 1987 bis 29. Juli 2007 bei der Bauunternehmung Q. _____, X. _____, in seinem angestammten Beruf als Maurer und Vorarbeiter (IV-act. 4, 5, 8 und 23). Von 1969 bis 2006 leistete er während insgesamt 420 Monaten Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (act 92). Zum unbestrittenen, frühestmöglichen Anspruchsbeginn (1. Juli 2006) waren somit die Voraussetzung der gesetzlichen Mindestbeitragsdauer für den Anspruch auf eine ordentliche Invalidenrente ohne Zweifel erfüllt (vgl. IV-act. 5, 24, 92).

E. 3.2

Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganz oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG), die Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein kann (Art. 4 Abs. 1 IVG). Invalidität ist somit der durch einen Gesundheitsschaden verursachte und nach zumutbarer Behandlung oder Eingliederung verbleibende länger dauernde (volle oder teilweise) Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt resp. der Möglichkeit, sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen. Der Invaliditätsbegriff enthält damit zwei Elemente (vgl. UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich, [im Folgenden: KIESER, ATSG], Rz. 7 zu Art. 8): ein medizinisches (Gesundheitsschaden mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit) und ein wirtschaftliches im weiteren Sinn (dauerhafte oder länger dauernde Einschränkung der Erwerbsfähigkeit oder der Tätigkeit im Aufgabenbereich).

E. 3.3

Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt (Art. 6 ATSG). Erwerbsunfähigkeit ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (Art. 7 ATSG).

E. 3.4

Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG (in der bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung) bzw. Art. 28 Abs. 2 IVG (in der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung) besteht bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 70 % Anspruch auf eine ganze Rente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 60 % Anspruch auf eine Dreiviertelsrente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50 % Anspruch auf eine halbe Rente und bei einem solchen von mindestens 40 % Anspruch auf eine Viertelsrente. Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50 % entsprechen, werden jedoch nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben (vgl. Art. 28

Abs. 1ter erster Satz IVG in den bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassungen bzw. Art. 29 Abs. 4 erster Satz in der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung), was laut Rechtsprechung eine besondere Anspruchsvoraussetzung darstellt (BGE 121 V 264 E. 6c). Eine Ausnahme von diesem Prinzip gilt seit dem 1. Juni 2002 für Schweizer Bürger und Staatsangehörige der Europäischen Gemeinschaft (EU), denen bei einem Invaliditätsgrad ab 40 % eine ordentliche Rente ausgerichtet wird, auch wenn sie - wie vorliegend - in einem Mitgliedstaat der EU Wohnsitz haben.

E. 3.5

Der Rentenanspruch entsteht frühestens in jenem Zeitpunkt, in dem der Versicherte mindestens zu 40% bleibend erwerbsunfähig (Art. 7 ATSG) geworden ist oder während eines Jahres (Wartezeit) ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40% arbeitsunfähig und hernach mindestens im gleichen Grad erwerbsunfähig bzw. invalide gewesen ist (vgl. Art. 29 Abs. 1 Bst. a und b IVG in den bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassungen sowie Urteile des Bundesgerichts 9C_882/ 2009 vom 1. April 2010 E. 5.2 und 9C_718/2008 vom 2. Dezember 2008 E. 4. 1.1, je mit Hinweisen). Nach Art. 28 Abs. 1 IVG in der ab dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung haben jene Versicherten Anspruch auf eine Rente, welche ihre Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wieder herstellen, erhalten oder verbessern können (Bst. a), und die zusätzlich während eines Jahres (Wartezeit) ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich zu mindestens 40% arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen sind und auch nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40% invalid (Art. 8 Abs. 1 ATSG) sind (Bst. b und c). Vorbehältlich abweichender staatsvertraglicher Regelungen ist bei Personen mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland in diesem Zusammenhang eine Arbeitsunfähigkeit bzw. ein Invaliditätsgrad von 50% gefordert (vgl. Art. 28 Abs. 1ter erster Satz IVG in den bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassungen bzw. Art. 29 Abs. 4 erster Satz IVG in der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung). Sofern sich eine versicherte Person mehr als zwölf Monate nach Entstehen des Anspruchs anmeldet, werden die Leistungen allerdings lediglich für die zwölf der Anmeldung vorangehenden Monate ausgerichtet (Wartejahr, vgl. Art. 48 Abs. 2 IVG in der vorliegend in dieser Beziehung anwendbaren, bis Ende 2007 in Kraft gewesenen Fassung).

E. 3.6

Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, sind 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 Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten der Versicherte arbeitsunfähig ist. Im Weiteren sind die ärztlichen Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen dem Versicherten noch zugemutet werden können (BGE 125 V 261 E. 4, BGE 115 V 133 E. 2;). Eine zumutbare Arbeitsmöglichkeit hat sich der Versicherte anrechnen zu lassen (leidensangepasste Verweisungstätigkeit; ZAK 1986 S. 204 f.).

E. 3.6.1

Für den Beweiswert eines Arztberichtes ist entscheidend, ob er für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der

Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen der Experten begründet sind. Ausschlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Herkunft des Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder Gutachten (BGE 125 V 351 E. 3a).

E. 3.6.2

Auch auf Beurteilungen versicherungsinterner Ärzte der Vorinstanz oder von Ärzten eines regionalen ärztlichen Dienstes darf nur abgestellt werden, sofern sie schlüssig und nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei sind und keine Indizien gegen ihre Zuverlässigkeit bestehen. Nicht in jedem Einzelfall zwingend erforderlich ist, dass solche Ärzte den Versicherten persönlich untersuchen. Das Fehlen eigener Untersuchungen vermag daher ihre Stellungnahmen, Berichte oder Gutachten für sich alleine nicht in Frage zu stellen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es im Wesentlichen um die Beurteilung der erwerblichen Folgen eines bereits feststehenden medizinischen Sachverhalts geht, folglich die direkte ärztliche Befassung mit dem Versicherten in den Hintergrund rückt.

E. 3.6.3

Ausschlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Herkunft des Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen medizinischen Beurteilung als Bericht, Gutachten oder Stellungnahme (vgl. zum Ganzen: Urteile des Bundesgerichts 9C_323/2009 vom 14. Juli 2009 E. 4.3.1 und I 1094/06 vom 14. November 2007 E. 3.1.1 sowie BGE 125 V 351 E. 3.a und E. 3b/ee, je mit Hinweisen). Allerdings müssen diese Ärzte über die zur Beurteilung des Einzelfalles erforderlichen fachlichen Qualifikationen verfügen, andernfalls ein gewichtiges Indiz gegen die Zuverlässigkeit ihrer Expertise oder Stellungnahme vorliegt (vgl. dazu Urteile des Bundesgerichts I 142/07 vom 20. November 2007 E. 3.2.3 ff. und I 362/06 vom 10. April 2007 E. 3.2.1, je mit Hinweisen).

E. 3.6.4

Gleichwohl erachtet es die Rechtsprechung als mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung vereinbar, einem Gutachten externer Spezialärzte bei der Beweiswürdigung volle Beweiskraft zuzuerkennen, sofern keine konkreten Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen, sie aufgrund eingehender Beobachtungen und Untersuchungen sowie nach Einsicht in die Akten Bericht erstatten und bei der Erörterung der Befunde zu schlüssigen Ergebnissen gelangen (vgl. hierzu BGE 125 V 351 E. 3b/bb mit Hinweisen; AHI 2001 S.114 E. 3b; Urteil des EVG I 128/98 vom 24. Januar 2000 E. 3b). Berichte der behandelnden Ärzte dagegen sind - obschon ihren Erkenntnissen durchaus Gehör zu schenken ist - aufgrund ihrer auftragsrechtlichen Vertrauensstellung zum Patienten mit Vorbehalt zu würdigen. Dies gilt für den allgemein praktizierenden Hausarzt wie auch für den behandelnden Spezialarzt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_24/2008 vom 27. Mai 2008 E. 2.3.2, BGE 125 V 351 E. 3b/cc sowie Urteil des EVG I 655/05 vom 20. März 2006 E. 5.4, je mit Hinweisen).

E. 3.7

Bei erwerbstätigen Versicherten ist der Invaliditätsgrad gemäss Art. 16 ATSG in Verbindung mit Art. 28a Abs. 1 IVG aufgrund eines Einkommensvergleichs zu bestimmen. Dazu wird das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliede-

rungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (sogenanntes Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt (allgemeine Methode des Einkommensvergleichs; BGE 130 V 343 E. 3.4.2, 128 V 29 E. 1) zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (sogenanntes Valideneinkommen). Da nach empirischer Feststellung in der Regel die bisherige Tätigkeit im Gesundheitsfall weitergeführt worden wäre, ist Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Valideneinkommens häufig der zuletzt erzielte, der Teuerung sowie der realen Einkommensentwicklung angepasste Verdienst (RKUV 1993 Nr. U 168 101 E. 3b) beziehungsweise das an die branchenspezifische Nominallohnentwicklung angepasste frühere Einkommen (AHI 2000 305 ff. E. 2c). Bei der Bestimmung des Invalideneinkommens ist ebenfalls - sofern möglich - auf die beruflich-erwerbliche Situation abzustellen, in welcher die versicherte Person konkret steht. Ist kein solches Vergleichseinkommen vorhanden, weil die Person nach dem Eintritt des Gesundheitsschadens keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen ist, so können rechtsprechungsgemäss Daten der Dokumentation über Arbeitsplätze (DAP) oder aber Tabellenlöhne gemäss den vom Bundesamt für Statistik periodisch herausgegebenen Lohnstrukturerhebungen (LSE) herangezogen werden (BGE 129 V 472 E. 4.2.1). Aufgrund des im gesamten Sozialversicherungsrecht geltenden Grundsatzes der Schadenminderungspflicht ist ein in seinem bisherigen Tätigkeitsbereich dauernd arbeitsunfähiger Versicherter gehalten, innert nützlicher Frist Arbeit in einem anderen Berufs- oder Erwerbszweig zu suchen und anzunehmen, soweit sie möglich und zumutbar erscheint (BGE 113 V 28 E. 4a, BGE 111 V 239 E. 2a). Deshalb ist es am behandelnden Arzt bzw. am Vertrauensarzt einer IV-Stelle zu entscheiden, in welchem Ausmass ein Versicherter seine verbliebene Arbeitsfähigkeit bei zumutbarer Tätigkeit und zumutbarem Einsatz auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt verwerten kann. Diese sogenannte leidensangepasste Verweisungstätigkeit hat sich der Versicherte anrechnen zu lassen (ZAK 1986 S. 204 f.). Wird das Invalideneinkommen auf der Grundlage von statistischen Durchschnittswerten ermittelt, ist der entsprechende Ausgangswert zu kürzen, wenn im Einzelfall Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die versicherte Person wegen eines oder mehrerer Merkmale (namentlich Alter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Nationalität oder Aufenthaltskategorie sowie Beschäftigungsgrad) ihre gesundheitlich bedingte (Rest-) Arbeitsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nur mit unterdurchschnittlichem Einkommen verwerten kann. Bei der Bestimmung der Höhe des Abzuges ist der Einfluss aller in Betracht fallender Merkmale auf das Invalideneinkommen unter Würdigung der Umstände im Einzelfall gesamthaft zu schätzen und insgesamt auf höchstens 25% des Tabellenlohns zu begrenzen (vgl. BGE 134 V 322 E. 5.2 mit Hinweisen).

E. 4

Im Folgenden ist in Würdigung der relevanten Unterlagen in erster Linie zu prüfen, ob die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 18. November 2008 zu Recht ausgehend von einem Invaliditätsgrad von 49 % rückwirkend ab dem 1. Juli 2006 eine ordentliche Viertelsrente und eine entsprechende Kinderrente zugesprochen hat.

E. 4.1

Die angefochtenen Verfügungen vom 18. November 2008 beruhen im Wesentlichen auf den Stellungnahmen von Dr. med. E. _____ des ärztlichen Dienstes der Vorinstanz vom 17. Juni und 21. August 2008 (IV-act. 70 und 83).

E. 4.1.1

Bei der Ausarbeitung ihrer Stellungnahmen lagen dem ärztlichen Dienst der Vorinstanz Berichte und Schreiben von in der Schweiz auf den Gebieten der Rheumatologie, Wirbelsäulen- und Rückenmarkschirurgie, Radiologie, Orthopädie, Inneren Medizin, Manuellen und Allgemeinen Medizin sowie Arbeitsmedizin praktizierenden Fachärzten insbesondere aus der Zeit vom 15. September 2005 bis 26. Juni 2007 vor (IV-act. 42 bis 46, 50 bis 58, 60 bis 64, 74 bis 78 und 80) - zudem das im Auftrag der K._____ erstellte Gutachten des Zentrums für L._____ (L._____) vom 3. März 2006 (IV-act. 47) und das Arbeitsassessment vom 16. Mai 2006 sowie der Austrittsbericht vom 21. März 2006 der Rheumaklinik und des Instituts für Physikalische Medizin des Universitätsspitals X._____ (IV-act. 48 und 49). Als Hauptdiagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit stellte Dr. med. E._____ in ihrer Stellungnahme vom 17. Juni 2008 chronische Lumbalgien in Zusammenhang mit degenerativen Beschwerden, eine Facettengelenksdegeneration L4/L5 und eine Diskopathie L4/L5 fest (IV-act. 70). Als Nebendiagnose ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit führte sie eine Fettleibigkeit (BMI 35) auf. Trotz diverser Behandlungsversuche (multiple Physiotherapien, Infiltrationen, Arbeitstherapie etc.) gebe es keine Besserung. Wie bereits im Arbeitsassessment des Universitätsspitals X._____ vom 16. Mai 2006 ausgeführt, bestehe seit dem 26. Juli 2005 noch eine Arbeitsfähigkeit von 30 % im angestammten Beruf als Maurer/Vorarbeiter, in einer leichten leidensangepassten Tätigkeit (z.B. Concierge, Magaziner, motorisierter Bote, Billetverkäufer, Verkäufer, Kurier) dagegen eine vollschichtige Arbeitsfähigkeit. Versuche, die Arbeit wieder aufzunehmen, seien abgebrochen worden. Nach Durchsicht der ihr neu vorgelegten Unterlagen der M._____ Klinik vom 25. April, 7. Mai und 21. Mai 2007 (IV-act. 76, 77, 78) und des Berichts des Universitätsspitals X._____ vom 7. Februar 2001 (IV-act. 75) bestätigte Dr. med. E._____ in ihrer Stellungnahme vom 21. August 2008 ihre früheren Diagnosen und Aussagen (IV-act. 83).

E. 4.1.2

Bereits am 26. Juli 2005 hatte sich der Beschwerdeführer bei Dr. med. C._____, Allgemeine Medizin FMH, erstmalig wegen Rückenschmerzen und allgemeinen Knochenschmerzen gemeldet (IV-act. 56). Der Hausarzt diagnostizierte eine akute Lumboischialgie bei Diskushernie L4/L5 mit 100 % Arbeitsunfähigkeit ab folgenden Tag bis zum 24. Oktober 2005 (vgl. SUVA-Akten vom 24. Oktober 2005, nicht paginiert). Seit dem 26. Juli 2005 arbeitete der Beschwerdeführer nicht mehr (IV-act. 70). Wenige Tage später, am 1. August 2005, machte er beim Aussteigen aus einer Badewanne eine Fehlbewegung und verletzte sich zusätzlich im Rückenbereich (IV-act. 43, 44, 46, 61). Am 13. September 2005 diagnostizierte Dr. med. C._____ ein akutes Lumboradikulärsyndrom L1-TH12 rechts, äusserte sich aber unbestimmt über den Zeitpunkt einer allfälligen Arbeitsaufnahme (vgl. SUVA-Akten vom 13. September 2005, nicht paginiert).

E. 4.1.3

Im Bericht zum Arbeitsassessment vom 16. Mai 2006 hielt Dr. med. H._____ von der Rheumaklinik und des Instituts für Physikalische Medizin des Universitätsspitals X._____ fest (IV-act. 49), dass die aktuelle Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers in der zuletzt ausgeübten Tätigkeit bei geeignetem Arbeitsplatz 30 % betrage und längerfristig nicht mit einer Steigerung der Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit zu rechnen sei. In einer anderen, leichten bis mittelschweren Arbeit bestehe eine Arbeitsfähigkeit von 100 %

mit der Einschränkung von max. drei Stunden pro Tag vorgeneigtem Stehen. Aktiv diagnostizierte er wie die Gutachter des L._____ (vgl. E. 4.1.5. hiernach) ein chronisches Lumbovertebralsyndrom (allerdings linksseitig) mit Wirbelsäulenfehlform/-fehlhaltung und eine verminderte muskuläre Stabilisationsfähigkeit der LWS. Er erkannte Hinweise auf Symptomausweitung. Ausserdem beschrieb er eine linkslaterale Diskusprotrusion L4/L5 ohne neutrale Kompression, Spondylarthrosen der unteren LWS und ein metabolisches Syndrom (arterielle Hypertonie, Adipositas, Hypercholesterinämie).

E. 4.1.4

Die gleichen Diagnosen sind im Austrittsbericht der Rheumaklinik und des Instituts für Physikalische Medizin des Universitätsspitals X._____ vom 21. März 2006 aufgeführt; die Arbeitsunfähigkeit wurde für die Zeit vom 23. März bis 5. April 2006 auf 100 % festgelegt und festgehalten, dass die Arbeitsaufnahme als Maurer/Vorarbeiter vom weiteren klinischen Verlauf abhängt (IV-act. 48). Im Übrigen wurde bereits im zusammenfassenden Bericht vom 7. Februar 2001 von den Ärzten des Universitätsspitals X._____ eine arterielle Hypertonie ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit diagnostiziert (IV-act. 74 und 75).

E. 4.1.5

Im Weiteren kamen die Gutachter des Zentrums für L._____ (L._____) in ihren Ausführungen vom 3. März 2006 zum Schluss, dass dem Beschwerdeführer die Tätigkeit als Maurer/ Vorarbeiter mit verminderter Leistung und Anpassungen am Arbeitsplatz sogar halbtags zumutbar sei, andere berufliche, mittelschwere Tätigkeiten mit speziellen Einschränkungen seien ganztags möglich (IV-act. 47). Die Diagnosen lauteten: Chronisches lumbovertebrales Schmerzsyndrom mit Wirbelsäulenfehlform/-fehlhaltung, verminderte muskuläre Stabilisationsfähigkeit der Lendenwirbelsäule, Diskushernie L4/L5, aktuell ohne radikuläre Reiz- oder sensomotorische Ausfallsymptomatik, Zeichen eines dysfunktionalen Schmerz- und Krankheitsverhaltens (Symptomausweitung) und Verdacht auf coxogene Affektion linksseitig.

E. 4.1.6

Ebenfalls positiv beurteilte der von der K._____ zur Beurteilung am 4. Oktober 2006 hinzugezogene Allgemeinmediziner Dr. med. D._____, welcher ebenfalls eine chronische Lumbalgie bei DH L4/L5 und leichter Spondylarthrose der unteren LWS feststellte, die Entwicklung der Arbeitsfähigkeit (vgl. SUVA-Akten). Er hielt fest, ab dem 1. Oktober 2006 sollte wieder eine Arbeitsfähigkeit von 25 % (50 % Leistung in 50 % Anwesenheit) erreichbar sein, wobei Heben und Tragen über 10 kg in den ersten zwei Monaten vermieden werden sollten. Danach sollte die Arbeitsfähigkeit alle drei Wochen um 10-15 % zu steigern sein.

E. 4.1.7

Die Ärztin des medizinischen Dienstes erwähnte in ihrer Stellungnahme vom 17. Juni 2008 (IV-act. 70) auch den Bericht der M._____ Klinik vom 26. Juni 2007 (IV-act. 64), in welchem der leitende Arzt der Manuellen Medizin, Dr. med. O._____, zwar ein chronisches lumbovertebrales Syndrom bei muskulären Insuffizienzen, Segmentdegenerationen L3/4 und L4/L5 wie auch eine Schmerzaggravation diagnostizierte, aber im Gegensatz zu vorangehenden Feststellungen anderer Ärzte - auch der M._____ Klinik selbst (vgl. den Bericht von Dr. med. J._____ vom 7. Februar 2007, IV-act. 57) - weder

Hinweise auf eine radikuläre Problematik, noch auf eine systementzündliche Erkrankung, eine lokale Diskopathie oder eine Facettenproblematik fand. Die Tatsache, dass die Beschwerden trotz aller Behandlungsversuche Tag und Nacht vorhanden seien, sowie die fünf positiven Waddellzeichen zeigten, dass es zwischenzeitlich zu einer Schmerzentkoppelung im Sinne einer deutlichen Aggravation im Rahmen eines Chronifizierungsprozesses gekommen sei. Es sei aber keine Indikation für schmerztherapeutische Interventionen oder weitere Abklärungen gegeben. Dennoch empfiehlt der Arzt den Versuch mit einer adäquaten Medikation. Er schätzt die Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer seine Arbeit als Maurer wieder aufnehme, als sehr gering ein.

E. 4.2.1

Der Bericht von Dr. med. O. _____ erfolgte gestützt auf zwei Konsultationen. Er enthält keine Anamnese, setzt sich in keiner Weise mit früheren fachärztlichen Befunden auseinander und ist bezüglich der möglichen weiteren Behandlung widersprüchlich. Seine Diagnosen decken sich nicht mit jenen von Dr. med. P. _____ (Assistenzarzt der Wirbelsäulenchirurgie in der M. _____ Klinik) und Dr. med. J. _____ (Leitender Oberarzt der Wirbelsäulen- und Rückenmarkschirurgie in der M. _____ Klinik). Diese hatten nach mehreren, operativen Eingriffen, so am 12. September 2006, 7. Mai und 21. Mai 2007 (IV-act. 52, 77, 78), und nach Konsultationen mit Berichten vom 24. Juli 2006, 5. Oktober 2006, 7. Februar 2007 und 25. April 2007 (IV-act. 51, 53, 55/57, 76) starke spondylogene Kreuzschmerzen und sehr wahrscheinlich Fazettendegenerationen L4/L5 beidseitig diagnostiziert. Die am 21. Juli 2006 festgestellte Diskusprotusion L4/L5 mit leichter Wurzelkompression konnte mit stationärer Behandlung in der T. _____ behandelt werden (IV-act. 51 bis 54; vgl. auch SUVA-Akten: Schreiben der M. _____ Klinik vom 25. Oktober 2006, nicht paginiert). Im Gegensatz zu Dr. med. E. _____ und den Ärzten des Universitätsspitals X. _____ gelangte Dr. med. O. _____ zum Schluss, die Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer seine Arbeit als Maurer wieder aufnehme, sei sehr gering, begründete diese Aussage aber nicht näher, so dass der Schluss auf die Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf nicht nachvollziehbar ist (IV-act. 64).

E. 4.2.2

Auch der von der K. _____ beauftragte Dr. med. R. _____ stellte bereits in seinem Bericht vom 10. November 2005 ein chronifizierendes lumbovertebrales Syndrom bei Diskushernie L4/L5 ohne radikuläre Symptomatik, Adipositas und Verdacht auf Symptomausweitung und eine vollschichtige Arbeitsunfähigkeit in seinem angestammten Beruf seit dem 27. Juli 2005 fest (IV-act. 44, S. 3). Im Weiteren attestierte Dr. med. P. _____ von der M. _____ Klinik bis zum Abschluss der Abklärungen dem Beschwerdeführer am 6. März und am 21. Mai 2007 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit (IV-act. 58 und 63). Ebenso attestierte der behandelnde Rheumatologe Dr. med. B. _____ mit Schreiben vom 5. März 2007 nach einem gescheiterten 25%igen Arbeitsversuch weiterhin 100 % Arbeitsunfähigkeit (IV-act. 54 und 61) und spricht von einem völlig therapieresistenten lumbovertebralen und teilweise lumbospondylogenen Syndrom bei stationärer Diskushernie L4/L5 und Adipositas permagna (Bericht vom 21. Februar 2006 [IV-act. 46], sinngemäss auch im Bericht vom 19. September 2005 [IV-act. 43] und Bericht vom 6. Juli 2006 [IV-act. 50] und Bericht an die Invalidenversicherung vom 13. April 2007 [IV-act. 62]). Ebenfalls 100 % Arbeitsunfähigkeit zumindest bis zum 5. April 2006 wegen chronisch therapieresistenter Rückenschmerzen, resp. akuter Lumboschialgie L4/L5, Adipositas, Hypertonie und Hypercholesterinämie bescheinigte der Hausarzt Dr. med. C. _____ in seinem

Bericht vom 12. Februar 2007 (IV-act. 56; vgl. auch IV-act. 45 und SUVA-Akten, Schreiben vom 24. Oktober 2005, nicht paginiert).

E. 4.2.3

Für das Bundesverwaltungsgericht besteht kein Anlass, nicht den Feststellungen des medizinischen Dienstes der Vorinstanz zu folgen, der sich zu Recht auf die verlässlichen Angaben im Austrittsbericht sowie im Bericht zum Arbeitsassessment der Rheumaklinik und des Instituts für Physikalische Medizin des Universitätsspitals X._____ und das Gutachten des U._____, stützt. Die ärztlichen Atteste derjenigen Ärzte, die eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % bescheinigen, sind befristet, betreffen nur die bisherige Tätigkeit als Maurer/Vorarbeiter und lassen zum Teil eine nachvollziehbare Begründung vermissen. Es ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer seit Beginn der Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf (26. Juli 2005) - mit kurzen Unterbrüchen nach den operativen Eingriffen - mindestens zu 30 % als Maurer/Vorarbeiter und zu 100 % in einer leichten bis mittelschweren Tätigkeit arbeitsfähig ist.

E. 4.3

Zu überprüfen bleibt der von der IVSTA durchgeführte, vom Beschwerdeführer nicht beanstandete Einkommensvergleich (IV-act. 71).

E. 4.3.1

Das Valideneinkommen hat die Vorinstanz zu Recht aufgrund des in der letzten beruflichen Tätigkeit des Beschwerdeführers tatsächlich erzielten Lohnes bestimmt, war er doch bis zum Eintritt des invalidisierenden Gesundheitsschadens vollzeitig, mit unfall- bzw. krankheitsbedingten Unterbrüchen, als Vorarbeiter Hochbau bei der Q._____, X._____, berufstätig. Gemäss dem Fragebogen für Arbeitgeber vom 6. September 2007 verdiente der Beschwerdeführer zuletzt Fr. 6'801.- pro Monat (IV-act. 71). Unter Einbezug des 13. Monatslohn bestimmte die Vorinstanz das Valideneinkommen per 2006 zu Recht auf Fr. 7'367.75.

E. 4.3.2

Da der Beschwerdeführer sei Eintritt des invalidisierenden Gesundheitsschadens nicht mehr erwerbstätig ist, bestimmte die Vorinstanz das Invalideneinkommen unter Bezug der Tabellenlöhne gemäss LSE, was nicht zu beanstanden ist. Auf Grund der vom medizinischen Dienst vorgeschlagenen Verweisungstätigkeiten (IV-act. 70) ging die Vorinstanz vom Durchschnitt der Löhne für sonstige öffentliche und persönliche Dienstleistungen (Fr. 4'259.-), im Grosshandel und Handelsvermittlung (Fr. 4'792.-), in Detailhandel und Reparatur (Fr. 4'383.-) sowie für Dienstleistungen für Unternehmen (Fr. 4'563.-) aus - jeweils bezogen auf das Jahr 2006 und unter Berücksichtigung des Anforderungsniveaus 4 (einfache und repetitive Tätigkeiten, die keine Berufs- und Fachkenntnisse voraussetzen). Daraus berechnete es in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einen Durchschnittslohn von Fr. 4'499.25 ($= [4'792 + 4'383 + 4'259 + 4'563] : 4$) bei einer 40-Stundenwoche. Diesen passte sie zu Recht an die im Jahr 2006 im Dienstleistungssektor betriebsübliche Arbeitszeit von 41.7 Stunden an, so dass ein vorläufiges Invalideneinkommen von Fr. 4'690.47 ($= 4'499.25 : 40 \times 41.7$) resultierte. Von diesem hypothetischen Einkommen nahm sie einen leidensbedingten Abzug von 20% vor, was angesichts des Alters des Beschwerdeführers und seiner bei einer Arbeitsfähigkeit in Verweisungstätigkeiten von 100% eingeschränkten Leistungsfähigkeit (insbesondere kein längerdauerndes, vorübergeneigtes Stehen) angemessen erscheint. Das auf diese Weise

errechnete Invalideneinkommen beträgt Fr. 3'752.38 (= [4'690.47 : 100] x 80). Gegen diese Berechnung ist nichts einzuwenden.

E. 4.3.3

Auch die Berechnung der Einkommenseinbusse und damit des Invaliditätsgrads durch die Vorinstanz erfolgte korrekt. Ausgehend von einem Valideneinkommen von Fr. 7'367.75 und einem Invalideneinkommen von Fr. 3'752.38 bestimmte sie den Invaliditätsgrad auf 49 % ($\{(7'367.75 - 3'752.38) \times 100\} : 7'367.75 = 49.07$, abgerundet 49).

E. 5

Zu prüfen bleibt, ob die Vorinstanz zu Recht die Kinderrente für die Tochter S. _____ bis zum 30. November 2007 befristet hat - was vom Beschwerdeführer bestritten wird. Gemäss Art. 25 Abs. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) dauert der Rentenanspruch für Kinder, die noch in Ausbildung sind, bis zu deren Abschluss, längstens aber bis zum vollendeten 25. Altersjahr. Nicht aus den Akten ersichtlich ist, ob die Tochter S. _____ noch in Ausbildung ist. Diese Abklärung ist jedoch hinfällig, da sie unbestrittenermassen am 5. November 1982 geboren wurde und damit am 5. November 2007 ihr 25. Altersjahr vollendet hat (IV-act. 91). Die Vorinstanz hat somit zu Recht die ordentliche Kinderrente bis zum 30. November 2007 befristet.

E. 6

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer zu Recht unter Berücksichtigung eines Invaliditätsgrads von 49 %, dem Beginn der Arbeitsunfähigkeit am 26. Juli 2005 und des gesetzlichen Wartejahrs (vgl. E. 3.5 hiervor) mit Wirkung ab dem 1. Juli 2006 eine ordentliche Viertelsrente der Invalidenversicherung samt entsprechender bis zum 30. November 2007 befristeter Kinderrente für seine Tochter S. _____ zugesprochen hat. Die Beschwerde vom 29. Dezember 2008 ist daher abzuweisen.

E. 7

Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

E. 7.1

Als unterliegende Partei hat der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG), die sich aus der Gerichtsgebühr und den Auslagen zusammensetzen. Sie werden unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache im vorliegenden Verfahren auf Fr. 400.- festgesetzt (vgl. Art. 63 Abs. 4bis VwVG sowie Art. 1, 2 und 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) und mit dem bereits geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

E. 7.2

Weder der unterliegende Beschwerdeführer noch die obsiegende Vorinstanz haben Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 und 3 VGKE).