

# **BVGer C-33/2009 vom 8. April 2011**

Bundesverwaltungsgericht, 2011-04-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-33\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-33_2009)

FR: TAF C-33/2009 du 8 avril 2011

IT: TAF C-33/2009 del 8 aprile 2011

## **Regeste**

Rentenanspruch

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

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

### **E. 1.2**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das VGG nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 37 VGG). Gemäss Art. 3 lit. dbis VwVG bleiben in sozialversicherungsrechtlichen Verfahren die besonderen Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG, SR 830.1) vorbehalten. 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 bis 70 IVG), soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht. Dabei finden nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln in formellrechtlicher Hinsicht mangels anderslautender Übergangsbestimmungen grundsätzlich diejenigen Rechtssätze Anwendung, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2).

### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtenen Verfügungen berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung, sodass er im Sinne von Art. 59 ATSG beschwerdelegitimiert ist.

### **E. 1.4**

Da die Beschwerde im Übrigen unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes während der Gerichtsferien frist- (Art. 38 Abs. 4 und Art. 60 ATSG sowie Art. 22a Abs. 1 VwVG) und formgerecht (Art. 52 VwVG) eingereicht wurde, ist darauf einzutreten.

### **E. 2.1**

Da der Beschwerdeführer Schweizer Staatsbürger ist und das zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Kanada am 24. Februar 1994 abgeschlossene Abkommen über Soziale Sicherheit (SR 0.831.109.232.1) nichts anderes bestimmt, richtet sich der Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Rente der schweizerischen Invalidenversicherung im Prinzip sowohl in materiellrechtlicher als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht nach Schweizer Recht (vgl. aber betreffend Rentenexport E. 3.3 hiernach).

### **E. 2.2**

In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (BGE 130 V 329 E. 2.3). 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). Nach der Rechtsprechung stellt das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung einer Streitsache in der Regel auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung (hier: 2. Dezember 2008) eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweisen). Tatsachen, die jenen Sachverhalt seither verändert haben, sollen im Normalfall Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung sein (BGE 121 V 362 E. 1b).

### **E. 2.3**

Bei den materiellen Bestimmungen des IVG und der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201) ist auf die Fassung gemäss den am 1. Januar 2004 in Kraft getretenen Änderungen (4. IV-Revision; AS 2003 3837) abzustellen. Soweit ein Rentenanspruch ab dem 1. Januar 2008 zu prüfen ist, sind weiter die mit der 5. IV-Revision zu diesem Zeitpunkt in Kraft getretenen Gesetzes- und Verordnungsänderungen zu beachten (AS 2007 5129 und AS 2007 5155).

### **E. 2.4**

Die 5. IV-Revision brachte für die Invaliditätsbemessung keine substanziellen Änderungen gegenüber der bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Rechtslage, sodass die zur altrechtlichen Regelung ergangene Rechtsprechung weiterhin massgebend ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts [BGer] 8C\_373/2008 vom 28. August 2008 E. 2.1). Neu normiert wurde dagegen die minimale Beitragsdauer, welche von einem Jahr auf drei Jahre erhöht wurde (Art. 36 Abs. 1 IVG [in der Fassung der 5. IV-Revision]) und der Zeitpunkt des Rentenbeginns, der - sofern die entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen gegeben sind - gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG (in der Fassung der 5. IV-Revision) frühestens sechs Monate nach Geltendmachung des Leistungsanspruchs nach Art. 29 Abs. 1 ATSG entsteht. Ist der Versicherungsfall allerdings vor dem 1. Januar 2008 eingetreten und wurde die Anmeldung bis spätestens am 31. Dezember 2008 eingereicht, so gilt das alte Recht (vgl. auch Rundschreiben Nr. 253 des Bundesamtes für Sozialversicherungen [BSV] vom 12. Dezember 2007 [5. IV-Revision und Intertemporalrecht] und Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] C-5509/2008 vom 2. September 2010 E. 2.2).

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 8 ATSG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 IVG ist Invalidität die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit als Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall. Art. 7 ATSG definiert die Erwerbsunfähigkeit als durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen

oder psychischen Gesundheit verursachten und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibenden ganzen oder teilweisen Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt. Arbeitsunfähigkeit ist die durch 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).

### **E. 3.2**

Neben den geistigen und körperlichen Gesundheitsschäden können auch psychische Gesundheitsschäden eine Invalidität bewirken (Art. 8 i.V.m. Art. 7 ATSG). Nicht als Folgen eines psychischen Gesundheitsschadens und damit invalidenversicherungsrechtlich nicht als relevant gelten Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit, welche die versicherte Person bei Aufbietung allen guten Willens, die verbleibende Leistungsfähigkeit zu verwerten, abwenden könnte; das Mass des Forderbaren wird dabei weitgehend objektiv bestimmt (BGE 131 V 49 E. 1.2 mit Hinweisen, 130 V 352 E. 2.2.1; SVR 2007 IV Nr. 47 S. 154 E. 2.4). Entscheidend ist, ob und inwiefern es der versicherten Person trotz ihres Leidens sozialpraktisch zumutbar ist, die Restarbeitsfähigkeit auf dem ihr nach ihren Fähigkeiten offen stehenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt zu verwerten, und ob dies für die Gesellschaft tragbar ist. Dies ist nach einem weitgehend objektivierten Massstab zu prüfen (BGE 127 V 294 E. 4c in fine, 102 V 165; AHI 2001 S. 228 E. 2b). Grundlage für die Bemessung der Invalidität bildet die trotz gesundheitlicher Beeinträchtigung noch bestehende Arbeitsfähigkeit im versicherten Tätigkeitsbereich. Die Annahme eines psychischen Gesundheitsschadens im Sinne von Art. 4 Abs. 1 IVG sowie Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 ATSG im Besonderen setzt grundsätzlich eine lege artis auf die Vorgaben eines anerkannten Klassifikationssystems abgestützte psychiatrische Diagnose voraus (vgl. BGE 130 V 396). Eine solche Diagnose ist eine rechtlich notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für einen invalidisierenden Gesundheitsschaden (BGE 132 V 65 E. 3.4). Entscheidend ist, ob und inwiefern, allenfalls bei geeigneter therapeutischer Behandlung, von der versicherten Person trotz des Leidens willensmässig erwartet werden kann zu arbeiten (BGE 127 V 294 E. 5a). Diese Frage beurteilt sich nach einem weitgehend objektivierten Massstab (BGE 127 V 294 E. 4b/cc; vgl. auch Art. 7 Abs. 2 ATSG in der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Fassung). Die Annahme eines psychischen Gesundheitsschadens, so auch einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung, setzt zunächst eine fachärztlich (psychiatrisch) gestellte Diagnose nach einem wissenschaftlich anerkannten Klassifikationssystem voraus (BGE 130 V 396 E. 5.3 und E. 6). Wie jede andere psychische Beeinträchtigung begründet indes auch eine diagnostizierte anhaltende somatoforme Schmerzstörung als solche noch keine Invalidität. Vielmehr besteht eine Vermutung, dass die somatoforme Schmerzstörung oder ihre Folgen mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar sind. Bestimmte Umstände, welche die Schmerzbewältigung intensiv und konstant behindern, können den Wiedereinstieg in den Arbeitsprozess unzumutbar machen, weil die versicherte Person alsdann nicht über die für den Umgang mit den Schmerzen notwendigen Ressourcen verfügt. Ob ein solcher Ausnahmefall vorliegt, entscheidet sich im Einzelfall anhand verschiedener Kriterien. Im Vordergrund steht die Feststellung einer psychischen Komorbidität von erheblicher Schwere, Ausprägung und Dauer. Massgebend sein können auch weitere Faktoren, so: chronische körperliche Begleiterkrankungen; ein mehrjähriger, chronifizierter Krankheitsverlauf mit unveränderter oder progredienter Symptomatik ohne länger dauernde

Rückbildung; ein sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens; ein verfestigter, therapeutisch nicht mehr beeinflussbarer innerseelischer Verlauf einer an sich missglückten, psychisch aber entlastenden Konfliktbewältigung (primärer Krankheitsgewinn; "Flucht in die Krankheit"); das Scheitern einer konsequent durchgeführten ambulanten oder stationären Behandlung (auch mit unterschiedlichem therapeutischem Ansatz) trotz kooperativer Haltung der versicherten Person (BGE 130 V 352). Je mehr diese Kriterien zutreffen und je ausgeprägter sich die entsprechenden Befunde darstellen, desto eher sind - ausnahmsweise - die Voraussetzungen für eine zumutbare Willensanstrengung zu verneinen (BGE 131 V 49 E. 1.2 mit Hinweisen; SVR 2008 IV Nr. 23 S. 72 E. 2.1). Diese für alle Versicherten in gleicher Weise geltende Gerichtspraxis ist weder menschenrechtswidrig noch diskriminierend (SVR 2008 IV Nr. 62 S. 204 E. 4.2).

### **E. 3.3**

Anspruch auf eine ganze Invalidenrente besteht bei einem IV-Grad von mindestens 70 %, auf eine Dreiviertelsrente bei mindestens 60 %, auf eine halbe Rente bei mindestens 50 % sowie auf eine Viertelsrente bei mindestens 40 % (Art. 28 Abs. 1 IVG [4. IV-Revision] und Art. 28 Abs. 2 IVG [5. IV-Revision]). Gemäss Art. 28 Abs. 1ter IVG (respektive Art. 29 Abs. 4 IVG in der seit 1. Januar 2008 geltenden Fassung) werden Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50 % entsprechen, jedoch nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben, soweit nicht völkerrechtliche Vereinbarungen eine abweichende Regelung vorsehen, was für Schweizer Bürger und kanadische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Kanada der Fall ist (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 3 lit. a des Abkommens über Soziale Sicherheit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Kanada vom 24. Februar 1994). Diesen Personen wird auch bei einem Invaliditätsgrad ab 40 % eine Rente ausgerichtet. Der Rentenanspruch nach Art. 28 IVG entsteht nach den Vorschriften der 4. IV-Revision frühestens in dem Zeitpunkt, in dem der Versicherte mindestens zu 40 % bleibend erwerbsunfähig (Art. 7 ATSG) geworden ist (Art. 29 Abs. 1 lit. a IVG [4. IV-Revision]) oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40 % arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen war (Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG [4. IV-Revision]). Nach den Bestimmungen der 5. IV-Revision haben Anspruch auf eine Rente Versicherte, die ihre Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wieder herstellen, erhalten oder verbessern können, während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40 % arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen sind und nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40 % invalid (Art. 8 ATSG) sind (Art. 28 Abs. 1 lit. a - c IVG [5. IV-Revision]).

### **E. 3.4**

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 (sogenanntes Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (sogenanntes Valideneinkommen; Art. 16 ATSG). 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 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 konkret noch zugemutet werden können. Es sind demnach nicht nur die Erwerbsmöglichkeiten im angestammten Beruf, sondern auch in zumutbaren Verweisungstätigkeiten zu prüfen (BGE 115 V 134 E. 2, 114 V 314 E. 3c mit Hinweisen; ZAK 1991 S. 319 E. 1c). Nicht als Folgen eines Gesundheitsschadens und damit invalidenversicherungsrechtlich nicht als relevant gelten Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit, welche die versicherte Person bei Aufbietung allen guten Willens, die verbleibende Leistungsfähigkeit zu verwerten, abwenden könnte (BGE 131 V 49 E. 1.2 mit Hinweisen). 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, 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 Verweisungstätigkeit hat sich der Versicherte anrechnen zu lassen (leidensangepasste Verweisungstätigkeit; ZAK 1986 S. 204 f.).

### **E. 3.5**

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. Ausschlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Herkunft eines Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder Gutachten (BGE 125 V 351 E. 3a, BGE 122 V 157 E. 1c). Berichten und Gutachten versicherungsinterner Ärzte kommt Beweiswert zu, sofern sie als schlüssig erscheinen, nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei sind und keine Indizien gegen ihre Zuverlässigkeit besteht. Die Tatsache allein, dass der befragte Arzt in einem Anstellungsverhältnis zum Versicherungsträger steht, lässt nicht schon auf mangelnde Objektivität und auf Befangenheit schliessen. Es bedarf vielmehr besonderer Umstände, welche das Misstrauen in die Unparteilichkeit der Beurteilung objektiv als begründet erscheinen lassen (BGE 125 V 351 E. 3b/ee mit Hinweisen).

### **E. 4**

Vorliegend ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls seit wann und in welchem Umfang der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Invalidenrente hat.

#### **E. 4.1**

Gemäss Bescheinigung des ehemaligen Arbeitgebers des Beschwerdeführers konnte dieser seit dem 10. Februar 2004 aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr arbeiten (act. 8). Der Beginn der einjährigen Wartezeit im Sinne von Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG (4. IV-Revision) bzw. Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG (5. IV-Revision) ist demnach auf den 10. Februar 2004 - also mit der 100%-igen Krankschreibung durch den behandelnden Hausarzt Dr. med. C. \_\_\_\_\_ (act. 15) - festzusetzen. Ein allfälliger Rentenanspruch entsteht somit frühestens am 1. Februar 2005 (vgl. E. 3.3 hiervor).

#### **E. 4.2.1**

Die angefochtenen Verfügungen der IVSTA vom 2. Dezember 2008 stützen sich auf die Stellungnahme von Dr. med. D. \_\_\_\_\_ des IV-ärztlichen Dienstes vom 16. Juli 2008 (act. 90). Dieser kam nach Einsicht in die vorliegenden medizinischen Unterlagen zum Schluss, dass der Beschwerdeführer aufgrund der somatischen Auswirkungen der Rückenoperation in seiner bisherigen Tätigkeit als Strassenbauer seit dem 10. Februar 2004 zu 70 % arbeitsfähig (recte: arbeitsunfähig) sei, während er Verweisungstätigkeiten vom 10. Februar 2004 bis zum 25. Oktober 2004 zu 30 % und seit dem 26. Oktober 2004 wieder zu 70 % habe ausüben können. Die Stellungnahme von Dr. med. D. \_\_\_\_\_ erfolgte in Würdigung aller vorliegenden medizinischen Unterlagen und stützte sich insbesondere auf das interdisziplinäre Gutachten der Dres. med. F. \_\_\_\_\_ und G. \_\_\_\_\_ vom 13. Juni 2008 sowie auf die diesem zugrunde liegenden fachärztlichen Gutachten vom 28. Mai 2008 und 10. Juni 2008.

#### **E. 4.2.2**

Gemäss rheumatologischem Gutachten von Dr. med. F. \_\_\_\_\_, Facharzt für Rheumatologie, vom 28. Mai 2008 leide der Beschwerdeführer an einem lumbospondylogenen Syndrom (Osteochondrosen und Spondylarthrosen, vor allem L4/5 und L5/S1, Mikroinstabilität L4/5, Zustand nach Diskektomie L4/5 rechts im März 2004, muskuläre Dekonditionierung, aktuell keine Hinweise auf ein frisches radikuläres Syndrom), einer doppelseitigen Hüftarthrose bei Verdacht auf Impingement-Hüfte (schmerzhaft eingeschränkte Hüftgelenke, positiver Impingement-Test beidseitig, beginnende Hüftarthrose beidseitig) und einem Zustand nach Verkürzungsosteotomie des linken Femurs vor 30 Jahren. Die vom Versicherten geklagten wechselnd links und rechts vorhandenen Schmerzen im Bein dürften spondylogener Natur sein, da keine Hinweise auf ein Rezidiv der radikulären Symptomatik bestünden. Ursächlich dafür sei wohl die neu aufgetretene Mikroinstabilität im Segment L4/5. Ohne Zusatzabklärungen sei eine sichere Aussage jedoch nicht möglich. In der bisherigen Tätigkeit sei der Beschwerdeführer zu 60 % arbeitsunfähig, da dieser bei der Befragung den Anteil an "Rückenschwerarbeit" am letzten Arbeitsplatz heruntergespielt habe. Eine Reduktion der Arbeitsfähigkeit um mindestens 20 % habe sicher seit dem Ende der Rekonvaleszenzphase nach der Rückenoperation bestanden, doch sei der Versicherte sicher auch schon früher in seiner Arbeitsfähigkeit im Strassenunterhaltungsdienst eingeschränkt gewesen. Eine Arbeit mit moderater statischer und dynamischer Rückenbelastung in wechselnder Körperhaltung sei dem Versicherten zumutbar. Da Sitz- und Stehdauer eingeschränkt seien, müsse der Versicherte periodische Pausen einlegen können, sofern der Arbeitsplatz keinen optimalen

periodischen Wechsel der Körperhaltung zulasse. Im ungünstigsten Fall könne eine Arbeitsfähigkeit von 70 % "bei Ganztagspräsenz" angenommen werden (act. 86). Dr. med. G.\_\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie, attestierte dem Beschwerdeführer in seinem psychiatrischen Gutachten vom 10. Juni 2008 eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung (ICD 10 F45.4). Es bestehe jedoch keine psychische Komorbidität von erheblicher Schwere, Ausprägung und Dauer, sondern ein unauffälliger psychischer Zustand. Chronische körperliche Begleitkrankheiten fänden sich nicht. Auch würde kein sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens vorliegen. Einzig der Verlauf der Schmerzkrankheit sei chronifiziert und progredient, jedoch nicht in einem derartigen Ausmass, dass die Willensanstrengung zur Schmerzbewältigung nicht mehr zumutbar wäre. Dies lasse den Schluss ziehen, dass der Versicherte aus psychiatrisch-psychosomatischer Sicht voll arbeitsfähig sei (act. 87). In ihrer interdisziplinären Beurteilung vom 13. Juni 2008 führten Dres. med. F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ aus, dass der Beschwerdeführer "Rückenschwerarbeiten" nicht mehr ausüben könne. Aus rheumatologischer Sicht könne ihm bei dem im Vordergrund stehenden lumbospondylogenen Syndrom eine angepasste Tätigkeit zu mindestens 70 % zugemutet werden. Da noch therapeutische Behandlungen bestünden, lasse sich der Grad der Arbeitsfähigkeit nicht abschliessend beurteilen. Aus psychiatrischer Sicht würden bei A.\_\_\_\_\_ psychosomatische Beschwerden in Form einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung vorliegen. Angesichts des Fehlens einer psychischen Komorbidität könne er die Schmerzen jedoch soweit überwinden, dass er eine den somatischen Einschränkungen angepasste Tätigkeit ausführen könne. Aus psychiatrischer Sicht bestehe keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit (act. 88).

#### **E. 4.2.3**

Das interdisziplinäre Gutachten der Dres. med. F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ beruht auf den fachärztlichen Untersuchungen des Beschwerdeführers vom 28. Mai 2008 und 10. Juni 2008. Es sprechen keine konkreten Indizien gegen die Zuverlässigkeit dieses ausführlichen und nachvollziehbaren Gutachtens. Es beruht auf allseitigen Untersuchungen, berücksichtigt die geklagten Beschwerden, erfolgte in Kenntnis der Vorakten (insbesondere medizinische Berichte und Anamnese) und leuchtet in der Beurteilung der medizinischen Diagnosen und der Auswirkungen auf die Erwerbsfähigkeit ein.

#### **E. 4.2.4**

Daran vermögen auch die von Dr. med. F.\_\_\_\_\_ vorgeschlagenen Zusatzabklärungen nichts zu ändern. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers sind solche gemäss Dr. med. F.\_\_\_\_\_ nämlich nicht zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit, sondern einzig zur genaueren Abklärung der Ursache der vom Beschwerdeführer geklagten Beinschmerzen erforderlich.

#### **E. 4.2.5**

Auch der im vorliegenden Beschwerdeverfahren eingereichte "Functional Capacity Evaluation Summary Report" vom 29. Mai 2006 ist nicht geeignet, die Beurteilung der Dres. med. F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ in Frage zu stellen, ist daraus doch keine gegenteilige Beurteilung der Restarbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers ersichtlich.

#### **E. 4.2.6**

Hinsichtlich der vom Hausarzt Dr. med. C.\_\_\_\_\_ attestierten Arbeitsunfähigkeit von 100 % ist festzustellen, dass dieser keinen Unterschied zwischen der Arbeitsunfähigkeit in der angestammten und in einer leidensadaptierten Tätigkeit machte.

#### **E. 4.2.7**

Aus psychiatrischer Sicht leidet der Beschwerdeführer an einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung. Die Einschätzung von Dr. med. G. \_\_\_\_\_ erscheint aufgrund der medizinischen Akten nachvollziehbar. Er berücksichtigt bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit insbesondere auch die Vorgaben der Rechtsprechung, wonach eine (fachärztlich diagnostizierte) anhaltende somatoforme Schmerzstörung nur ausnahmsweise invalidisierend sein kann (vgl. E. 3.2 hiervor). Gemäss jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist vorliegend zwar entgegen der Beurteilung von Dr. med. G. \_\_\_\_\_ nebst dem Kriterium des mehrjährigen, chronifizierten Krankheitsverlaufs mit unveränderter oder progredienter Symptomatik ohne länger dauernde Rückbildung auch das Kriterium der chronischen körperlichen Begleiterkrankungen in Form der attestierten rheumatologischen Diagnosen gegeben (Urteil des Bundesgerichts 9C\_928/2010 vom 7. Februar 2011 E. 4.3 mit Hinweisen). Dies vermag die Einschätzung von Dr. med. G. \_\_\_\_\_ jedoch nicht in Zweifel zu ziehen, waren ihm die somatischen Leiden des Beschwerdeführers bei der interdisziplinären Begutachtung mit Dr. med. F. \_\_\_\_\_ doch bestens bekannt. Hinzu kommt, dass beim Beschwerdeführer weder eine psychiatrisch ausgewiesene Komorbidität von erheblicher Schwere noch ein objektivierbarer sozialer Rückzug festzustellen ist. Die nach der Rechtsprechung geforderten Foerster'schen Kriterien sind somit - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - weder in gehäufte Weise noch in ausgeprägter Form vorhanden, weshalb die Zumutbarkeit einer willentlichen Überwindung der somatoformen Schmerzstörung vorliegend zu bejahen ist.

#### **E. 4.2.8**

In Bezug auf die Restarbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit des Beschwerdeführers gilt anzumerken, dass diese von den beurteilenden Ärzten unterschiedlich eingeschätzt wird (0 %, 30 % und 40 %; vgl. act. 15, 19, 51, 53, 86 und 90), obwohl der medizinische Sachverhalt unbestritten ist. Dies lässt darauf schliessen, dass die bisherige Tätigkeit des Beschwerdeführers nicht von allen beurteilenden Ärzten als schwere körperliche Arbeit qualifiziert wurde. So attestierte etwa Dr. med. F. \_\_\_\_\_ dem Beschwerdeführer in seinem rheumatologischen Gutachten vom 28. Mai 2008 eine Arbeitsunfähigkeit von 60 % in der bisherigen Tätigkeit, da der Versicherte bei der Befragung den Anteil an Rückenschwerarbeit am letzten Arbeitsplatz herunter gespielt habe. Mit interdisziplinären Gutachten vom 13. Juni 2008 kamen Dres. med. F. \_\_\_\_\_ und G. \_\_\_\_\_ jedoch zum Schluss, dass der Beschwerdeführer "Rückenschwerarbeiten" nicht mehr ausüben könne. Mit Blick auf die bestehende Restarbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers in Verweisungstätigkeiten und den daraus resultierenden Invaliditätsgrad (vgl. E. 4.3.6 hiernach) kann die Frage, ob die Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit 100 %, 70 % oder 60 % beträgt, vorliegend jedoch offenbleiben.

#### **E. 4.2.9**

Als Zwischenergebnis ist folglich festzuhalten, dass keine Gründe ersichtlich sind, von der gestützt auf die Gutachten der Dres. med. F. \_\_\_\_\_ und G. \_\_\_\_\_ erfolgten Beurteilung von Dr. med. D. \_\_\_\_\_ abzuweichen. Damit ist nicht zu beanstanden, dass die IVSTA dieser Beurteilung gefolgt ist. Demnach ist der Beschwerdeführer in Verweisungstätigkeiten vom 10. Februar 2004 bis zum 25. Oktober 2004 zu 70 % und seit dem 26. Oktober 2004 zu 30 % arbeitsunfähig.

#### **E. 4.3**

In Bezug auf den Einkommensvergleich (art. 93 und 103) macht der Beschwerdeführer geltend, dass dieser nicht korrekt durchgeführt worden sei. Bestritten wird insbesondere die Höhe des Invalideneinkommens. Ferner hätte ein leidensbedingter Abzug von 25 % vorgenommen werden müssen.

#### **E. 4.3.1**

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 grundsätzlich die gesamtschweizerischen Tabellenlöhne gemäss den vom Bundesamt für Statistik (BFS) periodisch herausgegebenen Lohnstrukturerhebungen (LSE) heranzuziehen (vgl. das Urteil des Bundesgerichts U 75/03 vom 12. Oktober 2006), allenfalls die Zahlen der Dokumentation über Arbeitsplätze (DAP; vgl. BGE 129 V 472 E. 4.2.1, 126 V 75 E. 3.b). Zu berücksichtigen ist dabei, dass sich die für die Invaliditätsbemessung massgebenden Vergleichseinkommen eines im Ausland wohnenden Versicherten auf den gleichen Arbeitsmarkt beziehen müssen, weil es die Unterschiede in den Lohnniveaus und den Lebenshaltungskosten zwischen den Ländern nicht gestatten, einen objektiven Vergleich der in Frage stehenden Einkommen vorzunehmen (BGE 110 V 277 E. 4b; Urteil des Bundesgericht I 817/05 vom 5. Februar 2007 E. 8.1; Urteil des Bundesgericht U 262/02 vom 8. April 2003 E. 4.4).

#### **E. 4.3.2**

Nach der Rechtsprechung ist für die Bemessung des Valideneinkommens entscheidend, was die versicherte Person im massgebenden Zeitpunkt des frühestmöglichen Rentenbeginns, im vorliegenden Fall am 1. Februar 2005 (vgl. E. 4.1 hiervor), nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunde tatsächlich verdient hätte. Die Ermittlung des Valideneinkommens muss so konkret wie möglich erfolgen. Massgebend ist, was die versicherte Person aufgrund ihrer beruflichen Fähigkeiten und persönlichen Umstände sowie unter Berücksichtigung ihrer beruflichen Weiterentwicklung, soweit dafür hinreichend konkrete Anhaltspunkte bestehen, zu erwarten gehabt hätte. Da die bisherige Tätigkeit ohne Gesundheitsschaden erfahrungsgemäss fortgesetzt würde, ist in der Regel vom letzten vor Eintritt der Gesundheitsschädigung erzielten Lohn auszugehen. Das Gehalt ist, wenn nötig, der Teuerung und der realen Einkommensentwicklung anzupassen (Urteil des Bundesgerichts I 505/06 vom 16. Mai 2007 E. 2.1 mit Hinweisen).

#### **E. 4.3.3**

Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung ist zur Ermittlung des hypothetischen Invalideneinkommens auf den Wert "Total Privater Sektor" abzustellen, wenn der versicherten Person die angestammte Tätigkeit nicht mehr zumutbar ist und sie darauf angewiesen ist, ein neues Betätigungsfeld zu suchen, wobei grundsätzlich der ganze Bereich des Arbeitsmarktes zur Verfügung steht (Urteil des Bundesgerichts 9C\_237/2007 vom 24. August 2007 E. 5.2). Da dem von der Vorinstanz verwendeten Bulletin der Arbeitsstatistik, Bureau International du Travail, Genf 2008, für Kanada kein solcher Wert zu entnehmen ist, ist vorliegend auf die gesamtschweizerischen Tabellenlöhne gemäss LSE abzustellen.

#### **E. 4.3.4**

Für das Valideneinkommen des Beschwerdeführers ist auf den monatlichen Bruttolohn im Baugewerbe von Fr. 5'586.- abzustellen (vgl. LSE 2004, TA1, Anforderungsniveau 3 [Berufs- und Fachkenntnisse vorausgesetzt], Männer, Zentralwert von Fr. 5'358.-, angepasst an die durchschnittliche Wochenarbeitszeit von 41.7). In Anwendung des Grundsatzes, dass für den Einkommensvergleich die Verhältnisse im Zeitpunkt des Beginns des Rentenanspruchs massgebend sind, ist dieser Wert auf das Jahr 2005 zu indexieren (vgl. E. 4.1 hiervor), was ein monatliches Valideneinkommen von Fr. 5'650.- ergibt (Angaben zur Lohnentwicklung: Bundesamt für Statistik, Schweizerischer Lohnindex aufgrund der Daten der Sammelstelle für die Statistik der Unfallversicherung [SSUV], Nominallohnindex, Männer, 2002-2008, T1.1.93\_I, Abschnitt F [Baugewerbe]). Da dem Beschwerdeführer ein breites Spektrum an Stellen aus dem Anforderungsniveau 4 zumutbar ist, ist das Invalideneinkommen (in vollschichtiger Verweisungstätigkeit) auf Fr. 4'825.- festzusetzen (vgl. LSE 2004, TA1, Anforderungsniveau 4, Männer, Zentralwert von Fr. 4'588.-, angepasst an die durchschnittliche Wochenarbeitszeit von 41.7 Stunden, indexiert auf das Jahr 2005).

#### **E. 4.3.5**

Ein Abzug von dem mittels Tabellen ermittelten Invalideneinkommen kann vorgenommen werden, wenn der Versicherte voraussichtlich infolge seiner leidensbedingten Einschränkung, seines Alters, seiner Herkunft, der geleisteten Dienstjahre, des Beschäftigungsgrades und des Umstands, dass er eine gänzlich neue Arbeit antreten muss, nicht das Lohnniveau einer gesunden Person am gleichen Arbeitsplatz erreichen dürfte (sog. leidensbedingter Abzug). Die Frage, ob und in welchem Ausmass ein solcher Abzug zu gewähren ist, hängt von den persönlichen und beruflichen Umständen des Versicherten im Zeitpunkt des Verfügungserlasses ab, wobei der Einfluss der erwähnten Kriterien auf das Invalideneinkommen nach pflichtgemäßem Ermessen zu schätzen und der leidensbedingte Abzug auf maximal 25 % zu begrenzen ist (BGE 126 V 75 E. 5a). Die Gewährung des Abzuges als solche ist nicht zu beanstanden. Bei der Überprüfung des Ausmasses des Abzuges kann es sodann nicht darum gehen, dass die kontrollierende richterliche Behörde ihr Ermessen an die Stelle desjenigen der Vorinstanz setzt. Es geht bloss, aber immerhin, um die Frage, ob der überprüfende Entscheid, den die Behörde nach dem ihr zustehenden Ermessen im Einklang mit den allgemeinen Rechtsprinzipien in einem konkreten Fall getroffen hat, nicht zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen. Das Sozialversicherungsgericht darf somit sein Ermessen nicht ohne triftigen Grund an die Stelle desjenigen der Verwaltung setzen; es muss sich somit auf Gegebenheiten abstützen können, welche seine abweichende Ermessensausübung als naheliegender erscheinen lassen (vgl. BGE 126 V 75 E. 6 mit Hinweisen). Die Festlegung des Ausmasses beschlägt demnach eine typische Ermessensfrage und kann gerichtlich nur korrigiert werden, wenn die Vorinstanz ihr diesbezügliches Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hat (vgl. BGE 132 V 393 E. 3.3). Vorliegend hat die IVSTA einen leidensbedingten Abzug von 5 % vorgenommen. Zur Begründung führte sie in ihrer Vernehmlassung vom 14. Mai 2009 aus, dass ein leidensbedingter Abzug von 5 % angemessen sei, zumal gemäss den Angaben im rheumatologischen Gutachten von einer Ganztagspräsenz in Verweisungstätigkeiten mit einer Leistungsminderung von 30 % auszugehen sei, weshalb kein Teilzeitabzug vorzunehmen sei. Mit dieser Argumentation verkennt die IVSTA jedoch, dass das rheumatologische Gutachten primär von einer Teilarbeitsfähigkeit in Verweisungstätigkeiten von 70 % ausgeht und nur sekundär ("im ungünstigsten Fall") eine Ganztagspräsenz mit einem Rendement von 70 % diskutiert. Aufgrund der unzutreffenden

Begründung betreffend Ausmass des leidensbedingten Abzugs hat die IVSTA ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt, weshalb die Höhe des leidensbedingten Abzuges im vorliegenden Beschwerdeverfahren neu festzusetzen ist. Der Beschwerdeführer ist auch im Rahmen einer geeigneten leichteren Tätigkeit in der Leistungsfähigkeit beeinträchtigt, da Sitz- und Stehdauer eingeschränkt sind (vgl. act. 86). Unter Berücksichtigung dieser verminderten Einsetzbarkeit, des reduzierten Beschäftigungsgrades, der Herkunft des Beschwerdeführers, und des Umstands, dass er eine gänzlich neue Arbeit antreten muss, rechtfertigt sich vorliegend ein leidensbedingter Abzug von 20 % (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts I 870/05 vom 2. Mai 2007, E. 9). Bei einer Arbeitsfähigkeit von 100 % beläuft sich das Invalideneinkommen demnach auf Fr. 3'860.-.

#### **E. 4.3.6**

Bei einer Arbeitsfähigkeit von 70 % resultiert ein Invaliditätsgrad von 52 % ( $[(5'650 - 2'702) \times 100] : 5'650 = 52,18 \%$ ), weshalb ab dem 1. Februar 2005 Anspruch auf eine halbe Rente besteht (vgl. E. 4.1 und 4.2.9 hiervoor).

#### **E. 4.4**

Die IVSTA hat dem Beschwerdeführer folglich zu Recht ab dem 1. Februar 2005 eine halbe Rente zugesprochen. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

#### **E. 5**

Zu prüfen bleibt noch das Gesuch um Erteilung des Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege.

#### **E. 5.1**

Gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG kann eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und deren Begehren nicht als aussichtslos erscheint, auf Antrag von der Bezahlung der Verfahrenskosten befreit werden. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung kann der Partei ein Anwalt bestellt werden, wenn es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist.

#### **E. 5.1.1**

Eine Person ist bedürftig, wenn sie nicht in der Lage ist, für die Prozesskosten aufzukommen, ohne dass sie Mittel beanspruchen müsste, die zur Deckung des Grundbedarfs für sie und ihre Familie notwendig sind (BGE 127 I 202 E. 3b). Aufgrund der eingereichten Unterlagen ist die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers ausgewiesen, da er ohne Beeinträchtigung des für ihn nötigen Unterhalts nicht in der Lage ist, die Prozesskosten zu bestreiten.

#### **E. 5.1.2**

Prozessbegehren sind gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts als aussichtslos anzusehen, wenn die Gewinnaussichten (ex ante betrachtet; BGE 124 I 304 E. 2c, 122 I 5 E. 4a) beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zur Einlegung des Rechtsmittel entschliessen oder aber davon absehen würde, soll doch eine Partei einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 129 I 129 E. 2.3.1 mit Hinweis). Das Begehren des Beschwerdeführers kann vor diesem Hintergrund nicht als aussichtslos bezeichnet werden, weshalb in Gutheissung des Gesuchs

um unentgeltliche Prozessführung auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten ist. Da der Beschwerdeführer zudem nicht in der Lage war, seine Rechte in ausreichendem Masse selber wahrzunehmen, ist auch das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung gutzuheissen.

### **E. 5.2**

Die Entschädigung des Rechtsvertreters wird unter Berücksichtigung des normalerweise in ähnlich gelagerten Fällen gebotenen und aktenkundigen Anwaltsaufwands auf pauschal Fr. 2'500.- (inkl. Auslagen) festgesetzt (Art. 65 Abs. 5 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese Entschädigung ist aus der Gerichtskasse zu leisten. Hinzuweisen ist auf Art. 65 Abs. 4 VwVG, wonach die begünstigte Partei der Gerichtskasse Ersatz zu leisten hat, wenn sie später zu hinreichenden Mitteln gelangt.

### **E. 5.3**

Die Vorinstanz als obsiegende Partei hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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