

# **BVGer C-3540/2008 vom 20. August 2010**

Bundesverwaltungsgericht, 2010-08-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-3540\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-3540_2008)

FR: TAF C-3540/2008 du 20 août 2010

IT: TAF C-3540/2008 del 20 agosto 2010

## **Regeste**

Invalidenversicherung (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Mit den angefochtenen Verfügungen vom 23. April 2008 hat die IVSTA sowohl einen Rentenanspruch als auch einen Anspruch auf berufliche Massnahmen verneint.

Diesbezüglich ist festzustellen, dass grundsätzlich jeder vorinstanzliche Entscheid ein selbstständiges Anfechtungsobjekt bildet.

### **E. 1.2**

Aufgrund des engen persönlichen und sachlichen Zusammenhangs rechtfertigt es sich vorliegend jedoch, die beiden Verfahren C-3540/2008 und C-3541/2008 zu vereinigen und in einem einzigen Urteil zu erledigen (vgl. BGE 129 V 237 E. 1 mit Hinweisen und BGE 123 V 214 E. 1; BGE 128 V 124 E. 1 mit Hinweisen; zur Vereinigung von Verfahren vgl. auch Handbücher für die Anwaltspraxis, Band X, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, MOSER/ BEUSCH/KNEUBÜHLER, Basel, 2008, Ziff. 3.17 S. 114).

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) in Verbindung mit Art. 33 Bst. d VGG und Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes 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. 2.2**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das VGG nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 37 VGG). Gemäss Art. 3 Bst. 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. 2.3**

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. 2.4**

Gemäss Eingangsstempel erfolgte die Zustellung der Verfügungen vom 23. April 2008 am 28. April 2008 (vgl. Beschwerdenbeilage 1). Die Beweislast für den Beginn der Frist liegt bei der eröffnenden Behörde (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 1651). Da die IVSTA das Eröffnungsdatum gemäss Eingangsstempel nicht bestreitet und auch kein Zustellungsnachweis vorliegt, ist demnach zu Gunsten des Beschwerdeführers davon auszugehen, dass die 30-tägige Beschwerdefrist am 28. Mai 2008 abgelaufen ist (Art. 38 ATSG). Die Beschwerden erfolgten somit fristgerecht (Art. 60 ATSG).

### **E. 2.5**

Da die Beschwerden im Übrigen formgerecht (Art. 52 VwVG) eingereicht wurden, ist darauf einzutreten.

### **E. 2.6**

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**

Vorab ist zu prüfen, welche Rechtsnormen im vorliegenden Verfahren zur Anwendung gelangen.

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer ist deutscher Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Deutschland, weshalb das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedsstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) zu beachten ist. Nach Art. 1 Abs. 1 des auf der Grundlage des Art. 8 FZA ausgearbeiteten und Bestandteil des Abkommens bildenden (Art. 15 FZA) Anhangs II ("Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit") des FZA in Verbindung mit Abschnitt A dieses Anhangs wenden die Vertragsparteien untereinander insbesondere die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (SR 0.831.109.268.1; nachfolgend: Verordnung Nr. 1408/71), und die Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (SR 0.831.109.268.11) oder gleichwertige Vorschriften an. Dabei ist im Rahmen des FZA auch die Schweiz als

"Mitgliedstaat" im Sinne dieser Koordinierungsverordnungen zu betrachten (Art. 1 Abs. 2 Anhang II des FZA). Nach Art. 40 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1408/71 ist die vom Träger eines Staates getroffene Entscheidung über die Invalidität eines Antragstellers für den Träger eines anderen betroffenen Staates nur dann verbindlich, wenn die in den Rechtsvorschriften dieser Staaten festgelegten Tatbestandsmerkmale der Invalidität in Anhang V dieser Verordnung als übereinstimmend anerkannt sind. Eine solche anerkannte Übereinstimmung besteht für das Verhältnis zwischen einzelnen EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz nicht. Der Invaliditätsgrad bestimmt sich daher auch im Geltungsbereich des FZA nach schweizerischem Recht (BGE 130 V 253 E. 2.4).

### **E. 3.2**

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 Verfügungen (hier: 23. April 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. 3.3**

Bei den materiellen Bestimmungen des IVG und der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (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. 4.1**

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. 4.2**

Anspruch auf eine ordentliche Rente haben gemäss Art. 36 Abs. 1 IVG in der bis 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung die rentenberechtigten Versicherten, die bei Eintritt der Invalidität während mindestens eines vollen Jahres Beiträge an die schweizerische Sozialversicherung geleistet haben. Meldet sich ein Versicherter mehr als zwölf Monate nach Entstehen des Anspruchs an, so werden die Leistungen in Abweichung

von Art. 24 Abs. 1 ATSG lediglich für die zwölf der Anmeldung vorangehenden Monate ausgerichtet (Art. 48 Abs. 2 IVG in der bis 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung). Der Beschwerdeführer hat unbestrittenermassen während mehr als einem Jahr Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung geleistet, sodass die Voraussetzung der Mindestbetragsdauer für den Anspruch auf eine ordentliche Invalidenrente erfüllt ist.

#### **E. 4.3**

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 (in den seit 1. Januar 2003 bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassungen) beziehungsweise Art. 29 Abs. 4 IVG (in der seit 1. Januar 2008 gültigen Fassung [5. IV-Revision]) werden Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50% entsprechen, nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt Art. 28 Abs. 1ter IVG nicht eine blosser Auszahlungsvorschrift, sondern eine besondere Anspruchsvoraussetzung dar (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. Diesen Personen wird bei einem Invaliditätsgrad ab 40% eine Rente ausgerichtet, wenn sie in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft Wohnsitz haben (BGE 130 V 253 E. 2.3 und 3.1), was vorliegend der Fall ist. Die einschlägige Bestimmung der seit 1. Januar 2008 gültigen Fassung (Art. 29 Abs. 4 IVG [5. IV-Revision]) wurde zwar neu formuliert, hat aber inhaltlich keine Änderung erfahren, weshalb die hierzu entwickelte Rechtsprechung übernommen und weitergeführt werden kann. Der Rentenanspruch nach Art. 28 IVG entsteht 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]). Anspruch auf eine Rente haben 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]). Ein wesentlicher Unterbruch der Wartezeit liegt vor, wenn die versicherte Person an mindestens 30 aufeinanderfolgenden Tagen voll arbeitsfähig war (Art. 29ter IVV).

#### **E. 4.4**

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 beziehungsweise 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. 4.5**

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). Bestehen Zweifel an der Zuverlässigkeit und Schlüssigkeit der ärztlichen Feststellungen, sind ergänzende Abklärungen vorzunehmen. Dabei hat das Sozialversicherungsgericht grundsätzlich die Wahl, ob es die Sache zur weiteren Beweiserhebung an die verfügende Instanz zurückweisen oder die erforderlichen Instruktionen insbesondere durch Anordnung eines Gerichtsgutachtens selber vornehmen will (BGE 125 V 352 E. 3a mit Hinweisen; AHI 2001 S. 113 E. 3a; RKUV 1999 Nr. U 332 S. 193 E. 2a/bb und 1998 Nr. U 313 S. 475 E. 2a).

## **E. 5**

Vorliegend ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls seit wann (frühestens ab März 2006 [12 Monate vor Eingang des Leistungsbegehrens; vgl. E. 4.2 hiervor]) und in welchem Umfang der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Invalidenrente hat.

### **E. 5.1**

Aus den Akten geht hervor, dass der Beschwerdeführer nach dem Arbeitsunfall im September 2004 vom 4. April 2005 bis zum 21. Juli 2005 und vom 1. September 2005 bis am 2. Dezember 2005 erneut für die X. \_\_\_\_\_ AG gearbeitet hat (act. 3, 5, 22 und 38). Vorab zu prüfen ist demnach, in welchem Zeitpunkt die einjährigen Wartezeit im Sinne von Art. 29 Abs. 1 Bst. b IVG (4. IV-Revision) beziehungsweise Art. 28 Abs. 1 Bst. b IVG (5. IV-Revision) als eröffnet gilt und wann sie abgelaufen ist (vgl. E. 4.3 hiervor).

#### **E. 5.1.1**

Die Vorinstanz nimmt gestützt auf die Beurteilung von Dr. med. C. \_\_\_\_\_ des IV-ärztlichen Dienstes vom 15. Oktober 2007 an, der Beschwerdeführer sei wie folgt arbeitsunfähig (act. 32, 33, 37 und 40): In der bisherigen Tätigkeit: ab 22.09.2004 zu 100% ab 14.02.2005 zu 0% ab 22.07.2005 zu 100% ab 01.09.2005 zu 0% ab 29.09.2006 zu 100% In Verweisungstätigkeiten: ab 22.09.2004 zu 100% ab 14.02.2005 zu 0% ab 22.07.2005 zu 100% ab 01.09.2005 zu 0% ab 27.09.2006 zu 100% ab 27.01.2007 zu 50% ab 28.04.2007 zu 20% Gemäss Verfügung vom 23. April 2008 betreffend Rentenanspruch setzt die IVSTA demnach den Beginn der einjährigen Wartezeit auf den 27. September 2006, wobei nach deren Ablauf kein rentenbegründender Invaliditätsgrad bestanden habe.

#### **E. 5.1.2**

Dr. med. C. \_\_\_\_\_ attestierte dem Beschwerdeführer ab dem 27. beziehungsweise 29. September 2006 eine Arbeitsunfähigkeit von 0% (recte: 100%; act. 32). Den auf den 27. September 2006 festgesetzten Beginn der Arbeitsunfähigkeit in Verweisungstätigkeiten von 0% (recte: 100%) begründete Dr. med. C. \_\_\_\_\_ damit, dass sich die Arbeitsfähigkeit des Versicherten gemäss dem Austrittsbericht der Klinik Z. \_\_\_\_\_ vom 6. Februar 2007 im Rahmen des Rehabilitationsaufenthaltes vom 8. bis 27. Januar 2007 verbessert habe. Diese Begründung erweist sich jedoch als nicht schlüssig, zumal der Beginn der Arbeitsunfähigkeit nicht mit einer Verbesserung der Arbeitsfähigkeit einhergehen kann. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb Dr. med. C. \_\_\_\_\_ den Beginn der Arbeitsunfähigkeit von 100% auf den 27. September 2006 festgesetzt hat. Den auf den 29. September 2006 festgesetzten Beginn der Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeiten von 0% (recte: 100%) begründete Dr. med. C. \_\_\_\_\_ nicht näher. Auch mit Blick auf die Aktenlage erweist sich der auf den 27. und 29. September 2006 festgesetzte Beginn der Arbeitsunfähigkeit als nicht nachvollziehbar.

#### **E. 5.1.3**

Hinzu kommt, dass die bisherige Tätigkeit des Beschwerdeführers gemäss Bericht der Klinik Z. \_\_\_\_\_ vom 13. September 2005 betreffend stationärem Aufenthalt vom 8. August 2005 bis zum 31. August 2005 dessen körperliche Leistungsfähigkeit übersteige. Dafür sei der Beschwerdeführer nicht arbeitsfähig. Eine Verweisungstätigkeit mit maximaler Gewichtsbelastung von 25 kg könne er jedoch noch zu 100% ausüben (act. 38). Dr. med. B. \_\_\_\_\_ führte in seinem Bericht vom 29. November 2005 aus, dass der Beschwerdeführer nach dem erneuten Arbeitsbeginn im April 2005 über persistierende

Beschwerden der Hals- und Lendenwirbelsäule, Konzentrations- und Gedächtnisstörungen sowie Schlafstörungen wegen nächtlicher Schmerzen klagte. Im Bericht vom 30. November 2005 legte er zudem dar, dass der Beschwerdeführer nach der stationären Rehabilitation in Z. \_\_\_\_\_ wieder offiziell zu 50% auf dem angestammten Beruf zu arbeiten begann. In der Folge sei es erneut zu zunehmenden Beschwerden der Hals- und Lendenwirbelsäule gekommen, die eine stetig höhere Dosierung der Opiate erfordert habe. Andernfalls hätte eine fortgesetzte Arbeitstätigkeit nicht ausgeübt werden können. In der bisherigen Tätigkeit bestehe "ab sofort" eine Arbeitsunfähigkeit von 100%. Aus den Lohnabrechnungen der Monate April 2005 bis Juli 2005 und September 2005 bis November 2005 ist zudem ersichtlich, dass der Beschwerdeführer in dieser Zeit mehrmals krankheitsbedingt abwesend war (act. 3). Es stellt sich daher auch die Frage, ob diese Arbeitstätigkeit des Beschwerdeführers lediglich als gescheiterter Arbeitsversuch zu qualifizieren ist.

#### **E. 5.1.4**

Entgegen der Beurteilung der IVSTA beziehungsweise Dr. med. C. \_\_\_\_\_ lassen diese Aktenstücke darauf schliessen, dass der Beschwerdeführer in seiner bisherigen Tätigkeit auch während der Zeit vom 14. Februar 2005 bis zum 21. Juli 2005 und vom 1. September 2005 bis zum 28. September 2006 nicht voll arbeitsfähig war. Aus den Akten geht indessen nicht hervor, in welchem Ausmass der Beschwerdeführer während diesem Zeitraum vermindert leistungsfähig war. Es lässt sich somit nicht beurteilen, in welchem Zeitpunkt die einjährige Wartezeit als eröffnet gilt und wann sie abgelaufen ist. Diesbezüglich erweist sich der Sachverhalt als ungenügend abgeklärt.

#### **E. 5.2.1**

Im Übrigen wurde der Beschwerdeführer gemäss Austrittsbericht der Klinik Z. \_\_\_\_\_ vom 6. Februar 2007 - auf welchem die Beurteilung von Dr. med. C. \_\_\_\_\_ vom 15. Oktober 2007 beziehungsweise die angefochtene Verfügung im Wesentlichen beruht - in einer adaptierten Tätigkeit mit maximaler Gewichtsbelastung bis 25 kg zu 50% arbeitsfähig erachtet. Diese Arbeitsfähigkeit solle innert drei Monaten auf 80% gesteigert werden. Empfohlen werde das Weiterführen eines regelmässigen, selbstständigen Fitnesstrainings. Ambulante Physiotherapie sei zurzeit nicht angezeigt (act. 38). Demgegenüber wurde gemäss Austrittsbericht der Physiotherapie Neurologie der Klinik Z. \_\_\_\_\_ vom 1. März 2007 zur weiteren Kräftigung ein regelmässiges Training von zwei- bis dreimal pro Woche im Rahmen einer physiotherapeutisch geleiteten medizinischen Trainingstherapie empfohlen (act. 38).

#### **E. 5.2.2**

Ob die von der Klinik Z. \_\_\_\_\_ vorgeschlagenen medizinischen Massnahmen vorgenommen wurden, geht aus den Akten nicht hervor. Unter diesen Umständen ist es entgegen der Prognose der Klinik Z. \_\_\_\_\_ durchaus möglich, dass sich der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers bis zu den angefochtenen Verfügungen vom 23. April 2008 nicht in relevantem Ausmass verbessert hat. Bei dieser Sachlage wäre die IV-Stelle gehalten gewesen, vor ihrem Entscheid eine ergänzende ärztliche Abklärung vorzunehmen. Die medizinischen Unterlagen bilden mithin in zeitlicher Hinsicht keine rechtsgenügende Beurteilungsgrundlage. Diese Schlussfolgerung wird auch durch das schmerztherapeutische Gutachten des Schmerzzentrums D. \_\_\_\_\_ vom 24. September 2008 erhärtet. Obwohl dieses erst nach Erlass der angefochtenen Verfügung erstellt wurde, ist es geeignet, die Verwirklichung der von der Klinik Z. \_\_\_\_\_ gestellten günstigen

Prognose in Zweifel zu ziehen.

### **E. 5.3**

Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass sich aufgrund der dem Gericht vorliegenden medizinischen Unterlagen nicht beurteilen lässt, ob, seit wann und in welchem Umfang Anspruch auf eine Invalidenrente besteht. Der medizinische Sachverhalt erweist sich als ungenügend abgeklärt.

### **E. 5.4**

Der Beschwerdeführer beantragt, es sei "ein neutrales Gerichtsgutachten über die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers für die gesamte Dauer seit dem Unfall bis heute und mit einer Prognose für die Zukunft" in Auftrag zu geben. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung hat das Gericht, das den Sachverhalt als ungenügend abgeklärt erachtet, die Wahl, die Sache zur weiteren Beweiserhebung an die Verwaltung zurückzuweisen oder selber die nötigen Instruktionen vorzunehmen (E. 4.5 hiervor; ZAK 1987 S. 264 E. 2a). Bei festgestellter Abklärungsbedürftigkeit verletzt die Rückweisung der Sache an die Verwaltung als solche weder den Untersuchungsgrundsatz noch das Gebot eines einfachen und raschen Verfahrens. Anders verhielte es sich nur dann, wenn die Rückweisung an die Verwaltung einer Verweigerung des gerichtlichen Rechtsschutzes gleichkäme (beispielsweise dann, wenn aufgrund besonderer Gegebenheiten nur ein Gerichtsgutachten beziehungsweise andere gerichtliche Beweismassnahmen geeignet wären, zur Abklärung des Sachverhalts beizutragen), oder wenn die Rückweisung nach den konkreten Umständen als unverhältnismässig bezeichnet werden müsste (BGE 122 V 163 E. 1d). Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, die der Rückweisung der Sache zur weiteren Abklärung an die IVSTA entgegenstehen würden, sodass der Antrag des Beschwerdeführers auf Anordnung eines Gerichtsgutachtens abzuweisen ist.

### **E. 5.5**

Hinsichtlich des fraglichen Rentenanspruchs ist die Beschwerde somit teilweise gutzuheissen, die angefochtene Verfügung vom 23. April 2008 aufzuheben und die Sache an die IVSTA zurückzuweisen, damit sie ergänzende medizinische Abklärungen (Durchführung einer interdisziplinären Begutachtung des Beschwerdeführers in der Schweiz; medizinisch nachvollziehbar begründete Beurteilung betreffend [Rest-]Arbeitsfähigkeit und massgeblichen Zeitraum) vornehme und anschliessend über den Rentenanspruch neu verfüge. Dabei hat sie auch die vom Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren eingereichten medizinischen Unterlagen neueren Datums einzubeziehen.

### **E. 6**

Der Beschwerdeführer beantragt überdies die Gewährung von Eingliederungsmassnahmen, namentlich einer Umschulung auf eine andere Tätigkeit.

#### **E. 6.1**

Die Vorinstanz stellt den Antrag auf Abweisung dieser Beschwerde im Wesentlichen mit der Begründung, dass der Beschwerdeführer infolge des Bezugs von Arbeitslosengeldern in Deutschland keinen Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen der schweizerischen Invalidenversicherung habe.

#### **E. 6.2**

Der Beschwerdeführer reichte diverse Bescheide der Arbeitsgemeinschaft Grundsicherung für Arbeitsuchende zu den Akten. Aus dem Bescheid vom 4. Dezember 2006 ist ersichtlich, dass er im Jahr 2006 von der Arbeitsagentur Arbeitslosengeld bezogen hat (vgl. Bescheid vom 4. Dezember 2006, Berechnungsbogen, "Zu berücksichtigendes monatliches Einkommen", S. 4 und 6 f.). Gemäss Angaben des Beschwerdeführers stammte dieses Arbeitslosengeld aus der Zeit, in welcher er noch Arbeitsversuche unternommen habe, welche dann aufgrund seiner körperlichen Verfassung gescheitert seien. In den vorliegenden Bescheiden neueren Datums hat die Arbeitsgemeinschaft Grundsicherung für Arbeitsuchende kein Arbeitslosengeld als "zu berücksichtigendes monatliches Einkommen" des Beschwerdeführers aufgeführt. Aus diesen Bescheiden ist ersichtlich, dass der Beschwerdeführer bei der Arbeitsgemeinschaft Grundsicherung für Arbeitsuchende sog. "Arbeitslosengeld II" bezieht.

### **E. 6.3**

Nach Ziff. 9. lit. o) Ziff. 1. Abschnitt A Anhang II FZA gilt ein Arbeitnehmer oder Selbstständiger, der den schweizerischen Rechtsvorschriften über die Invalidenversicherung nicht mehr unterliegt, weil er seine existenzsichernde Erwerbstätigkeit in der Schweiz infolge Unfalls oder Krankheit aufgeben musste, als in dieser Versicherung versichert für den Erwerb des Anspruchs auf Eingliederungsmassnahmen und während der Durchführung dieser Massnahmen, sofern er keine anderweitige Erwerbstätigkeit ausserhalb der Schweiz aufnimmt.

### **E. 6.4**

Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung ist der Bezug von Arbeitslosengeldern im Wohnland der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ausserhalb der Schweiz gleichgestellt (BGE 132 V 53 E. 6.6). Die im Anhang II FZA hinsichtlich Eingliederungsmassnahmen vorgesehene Verlängerung der Versicherung endet insbesondere spätestens in dem Zeitpunkt, in welchem der Fall durch Zusprechung einer Rente definitiv abgeschlossen wird, die Eingliederung erfolgreich durchgeführt wurde, eine Erwerbstätigkeit ausserhalb der Schweiz aufgenommen wird oder Arbeitslosengelder im Wohnland bezogen werden (BGE 132 V 244 E. 6.4.1).

### **E. 6.5**

Gestützt auf diese Rechtsprechung und aufgrund der Tatsache, dass der Beschwerdeführer im Jahre 2006 in Deutschland Arbeitslosengelder bezogen hat, kann er vorliegend keine Eingliederungsmassnahmen der schweizerischen Invalidenversicherung beanspruchen. Die Frage, ob es sich beim vom Beschwerdeführer aktuell bezogenen Arbeitslosengeld II um Arbeitslosengeld im Sinne der erwähnten Rechtsprechung handelt, kann daher offenbleiben. Die Beschwerde betreffend Eingliederungsmassnahmen ist somit abzuweisen.

### **E. 7**

Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung. Der Beschwerdeführer hat ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung durch seinen Rechtsvertreter gestellt.

#### **E. 7.1.1**

Gemäss Art. 69 Abs. 1 bis i.V.m Art. 69 Abs. 2 IVG (in der seit 1. Juli 2006 gültigen Fassung) ist das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bei Streitigkeiten um die Bewilligung oder die Verweigerung von Leistungen der

Invalidenversicherung kostenpflichtig, wobei die Kosten nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert im Rahmen von Fr. 200.- bis 1'000.- festgelegt werden. Die Verfahrenskosten sind in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen; unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt, und ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

#### **E. 7.1.2**

Eine Rückweisung gilt praxisgemäss als Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (BGE 132 V 215 E. 6). Der Vorinstanz werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Soweit der Beschwerdeführer obsiegt, sind demnach keine Verfahrenskosten zu erheben.

#### **E. 7.1.3**

Nach 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.

#### **E. 7.1.4**

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, mit Hinweisen). Die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers ergibt sich aus den Akten. Er ist ohne Beeinträchtigung der für seinen Unterhalt erforderlichen finanziellen Mittel nicht in der Lage, die Prozesskosten zu bestreiten.

#### **E. 7.1.5**

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 Rechtsmittels 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). Die Rechtsbegehren des Beschwerdeführers sind, ex ante betrachtet, nicht gesamthaft als aussichtslos zu bezeichnen. Soweit der Beschwerdeführer unterliegt, ist sein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung demnach gutzuheissen.

#### **E. 7.1.6**

Auf die Erhebung von Verfahrenskosten ist vor diesem Hintergrund zu verzichten.

#### **E. 7.2**

Nach Art. 65 Abs. 2 VwVG wird der Partei ein Anwalt bestellt, wenn es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist.

##### **E. 7.2.1**

Die bedürftige Partei hat Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung, wenn ihre Interessen in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher

Hinsicht Schwierigkeiten bietet, die den Beizug eines Rechtsvertreters erforderlich machen. Droht das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsposition der betroffenen Person einzugreifen, ist die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters grundsätzlich geboten, sonst nur dann, wenn zur relativen Schwere des Falles besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchssteller selbst nicht gewachsen wäre (BGE 130 I 182 E. 2.2, mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall war die Vertretung angesichts der sich stellenden Sachverhalts- und Rechtsfragen geboten. Soweit der Beschwerdeführer unterliegt, ist daher sein Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung durch Rechtsanwalt Thomas Schütt gutzuheissen, und diesem ist eine angemessene Entschädigung zuzusprechen.

### **E. 7.2.2**

Die Entschädigung des Rechtsvertreters wird mangels Einreichung einer detaillierten Kostennote unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Anwaltsaufwandes nach Massgabe des Unterliegens (1/2) auf pauschal Fr. 1'200.- (inkl. Auslagen) festgesetzt (Art. 65 Abs. 5 VwVG i.V.m. Art. 12 und 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 in analoger Anwendung (vgl. Art. 4 VwVG) von Art. 64 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110) aus der Gerichtskasse zu leisten. Nicht zu entschädigen ist die Mehrwertsteuer (vgl. Art. 5 lit. b i.V.m. Art. 14 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes vom 2. September 1999 über die Mehrwertsteuer, Mehrwertsteuergesetz, MWSTG, SR 641.20; Art. 9 Abs. 1 lit. c VGKE). Es wird darauf hingewiesen, dass die bedürftige Partei gemäss Art. 65 Abs. 4 VwVG verpflichtet ist, Honorar und Kosten des Anwalts an die Körperschaft oder autonome Anstalt zu vergüten, die sie bezahlt hat, wenn sie später zu hinreichenden Mitteln gelangt.

### **E. 7.3**

Soweit der Beschwerdeführer obsiegt (1/2), ist ihm eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.- zu Lasten der IVSTA zuzusprechen (Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE). Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf 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.