

# **BVGer C-3721/2012 vom 7. November 2013**

Bundesverwaltungsgericht, 2013-11-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-3721\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-3721_2012)

FR: TAF C-3721/2012 du 7 novembre 2013

IT: TAF C-3721/2012 del 7 novembre 2013

## **Regeste**

Rentenanspruch

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach den Vorschriften des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021), soweit das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 172.32) nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Auf Verfahren in Sozialversicherungssachen findet das VwVG jedoch keine Anwendung, soweit das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) anwendbar ist. Das ist hier gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) der Fall, soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht. Nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln finden diejenigen Verfahrensregeln Anwendung, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung in Kraft stehen (BGE 130 V 1 E. 3.2).

### **E. 1.2**

Nach Art. 31 VGG in Verbindung mit Art. 33 Bst. d VGG und Art. 69 Abs. 1 Bst. b IVG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen der IVSTA. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Da der Beschwerdeführer als Adressat der angefochtenen Verfügung vom 8. Juni 2012 beschwerdelegitimiert ist (Art. 59 ATSG) und der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet wurde, ist auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten (Art. 60 ATSG und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer ist österreichischer Staatsangehöriger und wohnt in Österreich (act. 1/1), 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.

#### **E. 2.1.1**

Anhang II des FZA betreffend die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit wurde per 1. April 2012 geändert (Beschluss Nr. 1/2012 des Gemischten Ausschusses vom

31. März 2012; AS 2012 2345). Vorliegend ist noch auf die bis Ende März 2012 gültige Fassung (vgl. namentlich AS 2002 1527, AS 2006 979 und 995, AS 2006 5851, AS 2009 2411 und 2421) abzustellen, wonach die Vertragsparteien untereinander insbesondere folgende Rechtsakte (oder gleichwertige Vorschriften) anwenden (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Abschnitt A Anhang II des FZA): 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 (AS 2004 121 [vgl. auch AS 2008 4219, AS 2009 4831]; nachfolgend: Verordnung Nr. 1408/71) sowie 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 (AS 2005 3909 [vgl. auch AS 2009 621, AS 2009 4845]; nachfolgend: Verordnung Nr. 574/72). Im Rahmen des FZA ist auch die Schweiz als "Mitgliedstaat" im Sinne dieser Koordinierungsverordnungen zu betrachten (Art. 1 Abs. 2 Anhang II des FZA).

### **E. 2.1.2**

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. 2.2**

Das Sozialversicherungsgericht stellt bei der Beurteilung einer Streitsache in der Regel auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verwaltungsverfügung (hier: 8. Juni 2012) eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 132 V 215 E. 3.1.1). Tatsachen, die jenen Sachverhalt seither verändert haben, sollen im Normalfall Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung sein (BGE 121 V 362 E. 1b).

### **E. 2.3**

In zeitlicher Hinsicht sind - vorbehältlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen - grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 132 V 215 E. 3.1.1). Die angefochtene Verfügung datiert vom 8. Juni 2012 und ist damit nach Inkrafttreten der 5. IV-Revision am 1. Januar 2008 ergangen, wobei jedoch ein Sachverhalt zu beurteilen ist, der vor dem Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen des IVG begonnen hat. Daher und aufgrund dessen, dass der Rechtsstreit eine Dauerleistung betrifft, über welche noch nicht rechtskräftig verfügt wurde, ist entsprechend den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln für die Zeit bis 31. Dezember 2007 auf die damals geltenden Bestimmungen (IVG ab dem 1. Januar 2004 in der Fassung vom 21. März 2003 [AS 2003 3837; 4. IV-Revision]) und ab diesem Zeitpunkt auf die neuen Normen der 5. IV-Revision abzustellen (IVG in der Fassung vom 6. Oktober 2006 [AS 2007 5129; 5. IV-Revision]). Hinsichtlich des Zeitpunkts des Rentenbeginns gilt das alte Recht, da vorliegend der Versicherungsfall vor dem 1. Januar 2008 eingetreten ist und sich der

Beschwerdeführer vor dem 31. Dezember 2008 angemeldet hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_419/2009 vom 3. November 2009 E. 3.2 f., Urteil des Bundesgerichts 8C\_312/2009 vom 1. Dezember 2009 E. 5; Rundschreiben Nr. 253 des Bundesamtes für Sozialversicherungen vom 12. Dezember 2007 [5. IV-Revision und Intertemporalrecht]). Noch keine Anwendung findet vorliegend das am 1. Januar 2012 in Kraft getretene erste Massnahmenpaket der 6. IV-Revision (IVG in der Fassung vom 16. März 2011 [AS 2011 5659]).

### **E. 3.1**

Anspruch auf eine Rente der schweizerischen Invalidenversicherung hat, wer invalid im Sinne des Gesetzes ist (Art. 8 ATSG, vgl. auch E. 3.2 hiernach) und beim Eintritt der Invalidität während der vom Gesetz vorgesehenen Dauer Beiträge an die Alters, Hinterlassenen und Invalidenversicherung (AHV/IV) geleistet hat, d.h. während mindestens eines vollen Jahres gemäss Art. 36 Abs. 1 IVG in der bis 31. Dezember 2007 geltenden bzw. während mindestens drei Jahren laut Art. 36 Abs. 1 IVG in der ab 1. Januar 2008 geltenden Fassung. Diese Bedingungen müssen kumulativ gegeben sein, fehlt eine, so entsteht kein Rentenanspruch, selbst wenn die andere erfüllt ist. Der Beschwerdeführer hat unbestrittenermassen während mehr als drei Jahren Beiträge an die schweizerische AHV/IV geleistet, so dass die Voraussetzung der Mindestbeitragsdauer für den Anspruch auf eine ordentliche Invalidenrente sowohl gemäss Art. 36 Abs. 1 IVG in der bis 31. Dezember 2007 geltenden als auch laut Art. 36 Abs. 1 IVG in der ab 1. Januar 2008 geltenden Fassung erfüllt ist.

### **E. 3.2**

Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG). Die Invalidität kann Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein (Art. 4 Abs. 1 IVG). 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 Abs. 1 ATSG). Für die Beurteilung des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit sind ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu berücksichtigen. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt zudem nur vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist (Art. 7 Abs. 2 ATSG; der am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Abs. 2 hat den Begriff der Erwerbsunfähigkeit nicht modifiziert, BGE 135 V 215 E. 7.3). 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).

### **E. 3.3**

Nach der hier massgebenden, bis Ende Dezember 2007 in Kraft gestandenen Fassung des Art. 29 Abs. 1 IVG entsteht der Rentenanspruch frühestens in dem Zeitpunkt, in dem die versicherte Person mindestens zu 40 % bleibend erwerbsunfähig (Art. 7 ATSG) geworden ist (Bst. a) oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40 % arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen war (Bst. b). Meldet sich eine versicherte Person mehr als zwölf Monate nach Entstehen des Anspruchs an, werden

Leistungen lediglich für die zwölf der Anmeldung vorangehenden Monate ausgerichtet (Art. 48 Abs. 2 IVG in der bis 31. Dezember 2007 gültigen Fassung).

#### **E. 3.4**

Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG (in der bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung) besteht der Anspruch auf eine ganze Rente, wenn die versicherte Person mindestens 70 %, derjenige auf eine Dreiviertelsrente, wenn sie mindestens 60 % invalid ist. Bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50 % besteht Anspruch auf eine halbe Rente und bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40 % ein solcher auf eine Viertelsrente. Hieran hat die 5. IV-Revision nichts geändert (Art. 28 Abs. 2 IVG in der ab 2008 geltenden Fassung).

#### **E. 3.5**

Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung (und im Beschwerdefall das Gericht) auf Unterlagen angewiesen, die ärztliche und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes oder der Ärztin ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten die versicherte Person arbeitsunfähig ist (BGE 125 V 256 E. 4).

#### **E. 4**

Während die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung den Rentenanspruch des Beschwerdeführers noch verneint hat, anerkennt sie diesen mit Vernehmlassung vom 15. Oktober 2012. Damit ist nicht mehr strittig, dass der Beschwerdeführer grundsätzlich Anspruch auf eine ganze Invalidenrente hat.

#### **E. 4.1**

Das Bundesverwaltungsgericht hat in dieser Sache im Urteil vom 19. August 2009 verbindlich festgehalten, dass für die Beurteilung des vorliegenden Falles massgebend ist, ob und inwiefern der Beschwerdeführer seine (grundsätzlich vollschichtige) Arbeitsfähigkeit auf dem ihm nach seinen Fähigkeiten offen stehenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt verwerten kann, und dies für die Gesellschaft tragbar ist. Bei dieser von einem Berufsberater zu beantwortenden Frage galt es insbesondere die im Leistungsprofil des Gesamtgutachtens von Dr. B. \_\_\_\_\_ vom 14. April 2006 prognostizierten acht- bis zehnwöchigen krankheitsbedingten Abwesenheiten pro Jahr zu beachten (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgericht C-5700/2007 vom 19. August 2009 E. 7.5 ff.). Der daraufhin bei der Berufsberatung der IV-Stelle Zürich eingeholte Bericht vom 9. Februar 2010 kommt zusammengefasst zum Schluss, dass beim Beschwerdeführer zwar rein medizinisch-theoretisch eine Restarbeitsfähigkeit bestehe, diese aber aufgrund des Alters, der stark reduzierten Umstellfähigkeit, den multiplen funktionellen Einschränkungen und den prognostischen, nicht planbaren krankheitsbedingten Fehlzeiten von acht bis zehn Wochen pro Jahr nicht mehr verwertet werden könne und somit eine berufliche Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt nicht realistisch sei (act. 45). Auf diese Einschätzung hat die Vorinstanz abgestellt und daher eine volle Erwerbsunfähigkeit des Beschwerdeführers angenommen. Im Laufe des vorliegenden Beschwerdeverfahrens hat die Vorinstanz dann auch anerkannt, dass der Invaliditätsgrad des Beschwerdeführers nicht anhand der gemischten Methode zu bestimmen ist und er bei einer vollen Erwerbsunfähigkeit folglich Anspruch auf eine ganze Invalidenrente hat.

#### **E. 4.2**

Das Bundesverwaltungsgericht kann sich der übereinstimmenden Auffassung der Parteien aufgrund der Rechts- und Sachlage anschliessen. Zunächst liegt ein medizinisch geklärt Sachverhalt vor, da dem Gesamtgutachten von Dr. B. \_\_\_\_\_ vom 14. April 2006 gemäss verbindlicher Feststellung im erwähnten Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. August 2009 (E. 6.4) voller Beweiswert zukommt und es in medizinischer Hinsicht gemäss Einschätzung des RAD-Arztes vom 8. August 2011 zu keiner relevanten gesundheitlichen Änderung seit dem Frühjahr 2006 gekommen ist (act. 73). Zudem ist es auch mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu vertreten, dass die Vorinstanz aufgrund sämtlicher persönlicher und beruflicher Umstände des Beschwerdeführers von einer (ausnahmsweisen) fehlenden Verwertbarkeit der medizinisch-theoretischen Arbeitsfähigkeit ausgeht (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts I 617/02 vom 10. März 2003 E. 3.3). Schliesslich ist es auch sachgerecht, dass die Parteien davon ausgehen, dass der Beschwerdeführer ohne gesundheitliche Einschränkung voll erwerbstätig geblieben wäre. Im Übrigen hat die Vorinstanz den Beschwerdeführer bereits in der Verfügung vom 26. April 2006 (act. 23) als voll erwerbstätig qualifiziert, was vom Bundesverwaltungsgericht im Entscheid vom 19. August 2009 nicht beanstandet wurde. Vor diesem Hintergrund ist es nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz den Beschwerdeführer im Rahmen des Einkommensvergleichs - in Abweichung zu ihrer früheren Beurteilung - als teilweise im Haushalt tätig qualifiziert hat. Folglich ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer bei einer vollen Erwerbsunfähigkeit Anspruch auf eine ganze Invalidenrente hat.

## **E. 5**

Im Folgenden ist zu prüfen, ab welchem Zeitpunkt der Beschwerdeführer Anspruch auf eine ganze Invalidenrente hat.

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz begründet die Zusprache einer ganzen Invalidenrente ab 1. Juni 2006 damit, dass sich der Beschwerdeführer, der bis zum 27. April 2005 einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sei und danach von Mai bis September 2005 Arbeitslosentaggelder bezogen habe, im Juni 2005 einer Operation an der rechten Schulter habe unterziehen müssen. Diese habe erhebliche und länger dauernde Komplikationen zur Folge gehabt. Es sei aufgrund der Aktenlage davon auszugehen, dass ab Juni 2005 keine Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit bestanden habe. Demgegenüber stellt sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt, dass aufgrund der Aktenlage feststehe, dass ab Juni 2005 keine Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit mehr bestanden habe und er seit dem 1. Oktober 2005 überhaupt nicht mehr verweisbar gewesen sei, weshalb er ab diesem Zeitpunkt einen Rentenanspruch habe.

### **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer hat sich am 6. September 2005 beim österreichischen Versicherungsträger zum Bezug einer schweizerischen Invalidenrente angemeldet. Der frühest mögliche Rentenbeginn ist somit der 1. September 2004 (Art. 48 Abs. 2 IVG in bis 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung).

### **E. 5.3**

Art. 29 Abs. 1 Bst. a IVG (in der bis 31. Dezember 2007 gültigen Fassung) gelangt nur dort zur Anwendung, wo ein weitgehend stabilisierter, im Wesentlichen irreversibler Gesundheitsschaden vorliegt (vgl. BGE 119 V 102 E. 4a mit Hinweisen) und sich der

Gesundheitszustand der versicherten Person künftig weder verbessern noch verschlechtern wird (Art. 29 der Verordnung über die Invalidenversicherung [IVV; SR 831.201] in der bis 31. Dezember 2007 gültigen Fassung). In den anderen Fällen entsteht der Rentenanspruch erst nach Ablauf der Wartezeit gemäss Art. 29 Abs. 1 Bst. b IVG (in der bis 31. Dezember 2007 gültigen Fassung). Im vorliegenden Fall stellt insbesondere das Schulter- und Rückenleiden den Grund für die Funktionseinschränkungen beim Beschwerdeführer dar. Im Hinblick auf den labilen Charakter solcher Leiden ist von einer langandauernden Krankheit im Sinn von Art. 29 Abs. 1 Bst. b IVG (in der bis 31. Dezember 2007 gültigen Fassung) auszugehen. Die Vorinstanz hat somit zu Recht das Erfordernis der einjährigen Wartezeit für das Entstehen des Rentenanspruchs bejaht. Für den Beginn der Wartezeit ist die Arbeitsunfähigkeit im Sinn der medizinisch festgestellten Einschränkung im bisherigen Beruf und nicht die Erwerbsunfähigkeit massgebend (vgl. BGE 130 V 97 E. 3.2). Nach der Rechtsprechung gilt die einjährige Wartezeit ab dem Zeitpunkt als eröffnet, ab welchem eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 20 % vorliegt (AHI 1998 S. 124 E. 3c; vgl. auch Kreisschreiben über Invalidität und Hilflosigkeit in der IV [KSIH], Rz. 2020 f.).

#### **E. 5.4**

Unter relevanter Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Art. 28 Abs. 1 Bst. b IVG bzw. Art. 29 Abs. 1 Bst. b IVG (in der bis 31. Dezember 2007 gültigen Fassung) ist eine Einbusse an funktionellem Leistungsvermögen im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zu verstehen. Das heisst, es muss arbeitsrechtlich in Erscheinung treten, dass die versicherte Person an Leistungsvermögen eingebüsst hat, so etwa durch einen Abfall der Leistungen mit entsprechender Feststellung oder gar Ermahnung des Arbeitgebers oder durch gehäufte, aus dem Rahmen fallende gesundheitlich bedingte Arbeitsausfälle. Mit anderen Worten muss die Leistungseinbusse in aller Regel dem seinerzeitigen Arbeitgeber aufgefallen sein. Eine erst nach Jahren rückwirkend festgelegte medizinisch-theoretische Arbeitsunfähigkeit genügt nicht. Umgekehrt ist eine in der beruflichen Tätigkeit im Vergleich zu einer gesunden Person tatsächlich nur reduziert erbrachte Leistung für sich allein gesehen in aller Regel ebenso wenig ausreichend für die Bejahung einer Arbeitsunfähigkeit im Sinne des Gesetzes. Vielmehr bedarf es dazu regelmässig zusätzlich einer (überzeugenden) medizinischen Einschätzung, die ordentlicherweise echtzeitlicher Natur ist. Der Zeitpunkt des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit muss mit dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sein. Dieser Nachweis darf nicht durch nachträgliche erwerbliche oder medizinische Annahmen und spekulative Überlegungen ersetzt werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_204/2012 vom 19. Juli 2012 E. 3.2 mit Hinweisen).

#### **E. 5.5**

Die Vorinstanz ging zunächst gestützt auf entsprechende Stellungnahmen des RAD vom 22. April 2006 (act. 22) und vom 12. Juli 2007 (act. 34) davon aus, dass beim Beschwerdeführer trotz des im Gesamtgutachten von Dr. B. \_\_\_\_\_ vom 14. April 2006, auf das wie erwähnt abzustellen ist, festgelegten eingeschränkten Leistungsprofils gar keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit vorliegt. Aufgrund der von Dr. B. \_\_\_\_\_ prognostizierten krankheitsbedingten Abwesenheiten von acht bis zehn Wochen pro Jahr, was gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Festlegung des zeitlich zumutbaren Umfangs der Arbeitsfähigkeit zu berücksichtigen ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C\_462/2007 vom 25. Januar 2008 E. 3.2.2; vgl. auch Thomas Ackermann, Die Bemessung des Invaliditätsgrads, in: Kieser/Lendfers [Hrsg.],

Sozialversicherungsrechtstagung 2012, S. 39), ist im vorliegenden Fall jedoch davon auszugehen, dass beim Beschwerdeführer eine relevante Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf vorlag. In diesem Sinn hat der RAD in der abschliessenden Stellungnahme vom 12. Oktober 2011 denn auch festgehalten, dass eine Einschränkung von 50 % in der bisherigen Tätigkeit aufgrund der Schulterbeschwerden nachvollzogen werden könne (act. 76). Im Folgenden ist zu klären, wann eine relevante Arbeitsunfähigkeit eingetreten ist.

#### **E. 5.6**

Der Beschwerdeführer arbeitete zuletzt am 27. April 2005 als Schank- und Küchenhilfe in einem Gastgewerbebetrieb, der betriebsbedingt jeweils von Oktober bis April geöffnet war. Aus den Akten geht hervor, dass der Beschwerdeführer für die nächste, im Oktober 2005 beginnende Arbeitsperiode aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr angestellt wurde (act. 8 und 14). Die letzte Arbeitgeberin gab in den entsprechenden Fragebögen am 27. Dezember 2005 (act. 15) und 1. Februar 2006 (act. 14) an, dass der Beschwerdeführer bereits seit dem Jahr 1999 aus gesundheitlichen Gründen in seiner Leistungsfähigkeit an seinem Arbeitsplatz eingeschränkt gewesen sei, was dazu geführt habe, dass er die Tätigkeit als Schank- und Küchenhilfe nur noch 20 Stunden pro Woche habe ausüben und zuletzt nur noch als Schankhilfe habe eingesetzt werden können. Im Hinblick auf die dargelegte bundesgerichtliche Rechtsprechung kann aus diesen Angaben jedoch nicht auf den Zeitpunkt des Eintritts einer relevanten Arbeitsunfähigkeit geschlossen werden. Hierzu bedarf es noch einer echtzeitlichen ärztlichen Einschätzung.

#### **E. 5.7**

Hinsichtlich der Frage des Zeitpunkts der Verschlechterung des Gesundheitszustandes und dem Eintritt einer damit einhergehenden relevanten Arbeitsunfähigkeit findet sich in den Arztberichten aus Österreich keine konkrete Aussage. Weder im Attest des behandelnden Arztes Dr. med. D. \_\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädie und orthopädische Chirurgie, (...), vom 15. November 2005 (act. 17/6), in den zwei ärztlichen Bestätigungen des Landeskrankenhauses E. \_\_\_\_\_ vom 18. Januar 2006 (act. 17/2) und vom 7. Februar 2006 (act. 17/1), im Ambulanzbericht des Landeskrankenhauses E. \_\_\_\_\_ vom 7. Februar 2006 (act. 17/3-5) noch im ärztlichen Gesamtgutachten von Dr. med. F. \_\_\_\_\_ vom 18. November 2005 (act. 18) wurden Ausführungen zum Zeitpunkt des Eintritts von Leistungseinschränkungen gemacht. Weiter äussern sich auch Dr. B. \_\_\_\_\_ in seinen Gutachten vom 14. April 2006 (act. 27), 30. März 2006 (act. 29) und 12. Juli 2011 (act. 70) wie auch Dr. C. \_\_\_\_\_ in seinem Gutachten vom 6. April 2006 (act. 28) nicht ausdrücklich zum Beginn einer relevanten Arbeitsunfähigkeit, zumal sich die Ausführungen der Gutachter aufgrund der entsprechenden Fragestellung (act. 28/1) auf den Zeitraum seit dem 1. Oktober 2005 bezogen. Im genannten Ambulanzbericht des Landeskrankenhauses E. \_\_\_\_\_ vom 7. Februar 2006 (act. 17/3-5) wird jedoch über die Operation des Rotatorenmanschettendefekts an der rechten Schulter am 22. Juni 2005 berichtet und dabei festgehalten, dass ein postoperativer Wundinfekt einen weiteren stationären Spitalaufenthalt vom 30. Juli bis 3. August 2005 nötig machte.

#### **E. 5.8**

Die Vorinstanz betrachtet die Schulteroperation im Juni 2005 als Auslöser der Wartefrist und hat den Beginn der Arbeitsunfähigkeit auf den 1. Juni 2005 festgesetzt. Sie stützt sich dabei auf die Einschätzung des RAD, aus dessen Stellungnahme vom 12. Oktober 2011

(act. 76) sich ableiten lässt, dass der Beschwerdeführer nach der Operation der Schulter am 22. Juni 2005 - wohl insbesondere aufgrund der postoperativen Komplikationen - bis im Februar 2006 generell arbeitsunfähig war. Das deckt sich auch mit der Einschätzung der letzten Arbeitgeberin des Beschwerdeführers, die der Vorinstanz in einem undatierten Schreiben mitteilte, dass er nach ihrer Einschätzung durch die Operation arbeitsunfähig geworden sei (act. 16/1). Für einen früheren Eintritt einer relevanten Arbeitsunfähigkeit fehlt eine entsprechende ärztliche Dokumentation. Der älteste Arztbericht in den Akten datiert vom 15. November 2005 (Attest von Dr. D. \_\_\_\_\_). Es bestehen auch keine konkreten Hinweise darauf, dass die medizinische Aktenlage unvollständig ist und entsprechende Echtzeitzeugnisse vorhanden wären, die noch zu den Akten genommen werden könnten. Dies nicht zuletzt, weil der Beschwerdeführer am 1. Dezember 2005 von der Vorinstanz aufgefordert wurde, sämtliche sich in seinem Besitz befindenden Unterlagen wie Arzt- und Spitalberichte einzureichen (act. 4) und er auf dem Fragenbogen für Versicherte am 27. Dezember 2005 angab, dass er seit September 2005 bei Dr. D. \_\_\_\_\_ in Behandlung sei, die Rubrik für frühere Behandlungen jedoch leer liess (act. 8). Der Beginn der Arbeitsunfähigkeit kann daher erst ab Juni 2005 als mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bewiesen gelten. Der Umstand allein, dass beim Beschwerdeführer gemäss eigenen Angaben und den Angaben seiner letzten Arbeitgeberin bereits früher gesundheitlich bedingte Einschränkungen seiner Arbeitsfähigkeit bestanden haben sollen, stellt keinen zureichenden Grund dar, den Beginn des Wartejahres auf einen früheren Zeitpunkt zu setzen.

#### **E. 5.9**

Schliesslich kann der Beschwerdeführer aus dem Umstand, dass ihm in Österreich bereits ab 1. Oktober 2005 eine "Invaliditätspension" gerichtlich zuerkannt wurde (act. 37), nichts zu seinen Gunsten ableiten. Denn nach ständiger Rechtsprechung präjudiziert die Gewährung von Leistungen durch ein ausländisches Versicherungsorgan bzw. durch ein ausländisches Gericht die invalidenversicherungsrechtliche Beurteilung nach schweizerischem Recht nicht (BGE 130 V 253 E. 2.4).

#### **E. 5.10**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer gemäss Art. 29 Abs. 1 Bst. b IVG (in der bis 31. Dezember 2007 geltenden Fassung) i.V.m. Art. 6 ATSG ab 1. Juni 2006 Anspruch auf eine ganze Invalidenrente hat. Der Rentenanspruch erlischt mit der Entstehung des Anspruchs auf eine Altersrente der Alters- und Hinterlassenenversicherung oder mit dem Tod des Berechtigten (Art. 30 IVG), hier also am 31. Mai 2009. Die Beschwerde ist damit teilweise gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben. Im Sinne des Antrags der Vorinstanz in der Beschwerdevernehmlassung vom 15. Oktober 2012 ist dem Beschwerdeführer eine ganze Invalidenrente ab 1. Juni 2006 bis zum 31. Mai 2009 zuzusprechen.

#### **E. 6**

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

#### **E. 6.1**

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Obwohl nicht von einem vollständigen Obsiegen des Beschwerdeführers auszugehen ist, sind ihm

im vorliegenden Fall ausnahmsweise keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Dementsprechend ist dem Beschwerdeführer der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 400.- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten. Der Vorinstanz sind ebenfalls keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

#### **E. 6.2**

Der teilweise obsiegende und anwaltlich vertretene Beschwerdeführer hat gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) Anspruch auf eine Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz. Da keine Kostennote eingereicht wurde, ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des Verfahrensausgangs, des gebotenen und aktenkundigen Aufwands, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des vorliegend zu beurteilenden Verfahrens sowie in Anbetracht der in vergleichbaren Fällen gesprochenen Entschädigungen ist eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'800.- (inkl. Auslagen, ohne Mehrwertsteuer [vgl. dazu auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6173/2009 vom 29. August 2011 mit Hinweis]; Art. 9 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 10 Abs. 2 VGKE [Stundenansatz für Anwälte/Anwältinnen mindestens Fr. 200.- und höchstens Fr. 400.-], Art. 7 Abs. 2 VGKE) angemessen. Die Vorinstanz hat gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

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