

# **BVGer C-4654/2008 vom 3. März 2010**

Bundesverwaltungsgericht, 2010-03-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-4654\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-4654_2008)

FR: TAF C-4654/2008 du 3 mars 2010

IT: TAF C-4654/2008 del 3 marzo 2010

## **Regeste**

Invalidenversicherung (IV)

## **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 vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden von Personen im Ausland gegen Verfügungen der IV-Stelle für Versicherte im Ausland. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor.

### **E. 1.2**

Nach Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt. Indes findet das Verwaltungsverfahrensgesetz aufgrund von Art. 3 Bst. dbis VwVG keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das ATSG anwendbar ist. Nach Art. 1 Abs. 1 des IVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die Invalidenversicherung (Art. 1a - 26bis und 28 - 70) anwendbar, soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat an dessen Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG; SR 172.021], vgl. auch Art. 59 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). Er ist daher zur Beschwerde legitimiert. Mit Vollmacht vom 4. Juli 2005 hat er Rechtsanwalt Abelardo Vazquez Conde mit der Wahrung seiner Interessen beauftragt (act. IV/11). Der die Beschwerde unterzeichnende Abelardo Vazquez Conde ist somit rechtsgültig bevollmächtigt.

### **E. 1.4**

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG; vgl. auch Art. 60 ATSG), weshalb darauf einzutreten ist.

## **E. 2**

Bevor auf den geltend gemachten Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Invalidenrente eingegangen werden kann, ist vorab zu prüfen, ob die Verfügung vom 27. Februar 2006 und der Einspracheentscheid vom 23. April 2008 rechtsgenügend eröffnet worden sind.

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer ist spanischer Staatsangehöriger, 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; nachfolgend: Verordnung Nr. 574/72), oder gleichwertige Vorschriften an (BGE 132 V 82 E. 5.2; Urteil 8C\_511/2008 vom 6. Juli 2009, E. 2.1.1). 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).

### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass ihm sowohl die Verfügung vom 27. Februar 2006 als auch der Einspracheentscheid vom 23. April 2008 nicht gemäss der Verfahrensordnung, wie sie in den Bilateralen Abkommen CH-EU und der darauf abgestützten Durchführungsverordnung EG-VO Nr. 574/72 festgehalten ist, eröffnet worden sei. Dadurch sei ihm der Anspruch auf Einsprache genommen worden, was ihm verunmöglicht habe, eine für ihn ungünstige Entscheidung gerichtlich anzufechten (act. 1 S. 4 f.).

### **E. 2.3**

Gemäss Art. 48 Abs. 1 der Verordnung Nr. 574/72 sind die von den beteiligten Trägern getroffenen endgültigen Entscheidungen dem bearbeitenden Träger zu übermitteln. In diesen Entscheidungen müssen die Rechtsbehelfe und Rechtsbehelfsfristen nach den in Betracht kommenden Rechtsvorschriften angegeben sein. Nach Erhalt aller dieser Entscheidungen stellt der bearbeitende Träger sie dem Antragsteller anhand einer in dessen Sprache abgefassten zusammenfassenden Mitteilung, der die genannten Entscheidungen beigefügt sind, zu. Die Laufzeit der Rechtsbehelfsfristen beginnt erst mit der Zustellung der zusammenfassenden Mitteilung an den Antragsteller.

### **E. 2.4**

Aus den Akten ergibt sich, dass die Verfügung vom 27. Februar 2006 mit eingeschriebener Postsendung direkt an die Adresse des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers zugestellt und gemäss dessen Angaben am 14. März 2006 eröffnet wurde; eine Kopie der Verfügung ging an den spanischen Versicherungsträger (I.N.S.S.) in Ourense, eine selbständige Eröffnung der Verfügung durch letzteren erfolgte nicht (IV/42 f., IV/45). Die Aufforderung an den I.N.S.S., die Verfügung vom 27. Februar 2006 auf dem in Art. 48 Abs. 1 der Verordnung Nr. 574/72 vorgesehenen Weg zu eröffnen, erfolgte mit Schreiben vom 2. August 2007 und mit Mahnung vom 11. Dezember 2007 (IV/48 f.). Der

Einspracheentscheid vom 23. April 2008 wurde mit eingeschriebener Postsendung direkt an den I.N.S.S., mit Kopie an den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (IV/50), zugestellt. Mit Schreiben vom 9. Juni 2008 übermittelte der I.N.S.S. den Einspracheentscheid mit spanischer Übersetzung an den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, der diesen am 11. Juni 2008 entgegen genommen hat (act. 11).

### **E. 2.5**

Aus einer mangelhaften Eröffnung einer Verfügung darf der betroffenen Person kein Nachteil erwachsen (Art. 38 VwVG). Aus dieser gesetzlichen Regelung hat das EVG geschlossen, dass nicht jede mangelhafte Eröffnung schlechthin nichtig ist mit der Konsequenz, dass die Rechtsmittelfrist nicht zu laufen beginnen könnte. Aus dem Grundsatz, dass den Parteien aus mangelhafter Eröffnung keine Nachteile erwachsen dürfen, folgt vielmehr, dass dem beabsichtigten Rechtsschutz schon dann Genüge getan wird, wenn eine objektiv mangelhafte Eröffnung trotz ihres Mangels ihren Zweck erreicht. Das bedeutet nichts anderes, als dass nach den konkreten Umständen des Einzelfalles zu prüfen ist, ob die betroffene Partei durch den gerügten Eröffnungsmangel tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt worden ist. Richtschnur für die Beurteilung dieser Frage ist der auch in diesem prozessualen Bereich geltende Grundsatz von Treu und Glauben, an welchem die Berufung auf Formmängel in jedem Fall ihre Grenze findet (BGE 106 V 93 E. 2a mit Hinweisen auf BGE 98 V 277 E. 1 und FRITZ GYGI, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, Bern 1969, S. 41 Ziff. 2.5 m.w.H.).

### **E. 2.6**

Vorliegend ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer den Einspracheentscheid vom 23. April 2008, der ihm - gemäss von der Vorinstanz unwidersprochener Aussage - am 11. Juni 2008 eröffnet worden sei, fristgerecht mit beim spanischen Versicherungsträger am 9. Juli 2008 eingereichter Beschwerde angefochten hat. Hieraus ist ihm somit kein Rechtsnachteil erwachsen. Weiter ist festzuhalten, dass er - trotz mangelhafter Eröffnung der Verfügung vom 27. Februar 2006 - diese mit Einsprache fristgerecht hat anfechten können (IV/43, IV/45, ferner act. 1 Ziff. 1 S. 3), die Beschwerde in Deutsch verfasst ist, der Beschwerde Übersetzungen sowohl der Verfügung vom 27. Februar 2006 als auch des Einspracheentscheids vom 23. April 2008 in Spanisch beiliegen, dem Beschwerdeführer zudem mit Zwischenverfügung vom 19. Januar 2009 die Gelegenheit eingeräumt wurde, zur Vernehmlassung der Vorinstanz, die sich sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht zum Verfahren geäussert hat, Stellung zu nehmen, und er mit Schreiben vom 31. März 2006 (IV/44) und obenerwählter Zwischenverfügung (act. 12) Einsicht in die verfahrensrelevanten Akten erhalten hat, weshalb er die Gründe für die Abweisung des Leistungsbegehrens zur Kenntnis nehmen konnte. Aufgrund der Würdigung der Aktenlage im vorliegenden Einzelfall ergibt sich somit, dass dem Beschwerdeführer aus der mangelhaften Eröffnung kein Rechtsnachteil erwachsen.

### **E. 2.7**

Demzufolge kann sich der Beschwerdeführer nicht auf die mangelhafte Zustellung des Entscheides der Verfügung vom 27. Februar 2006 und des Einspracheentscheids vom 23. April 2008 berufen und eine sinngemässe Wiederholung des Verfahrens fordern, zumal das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde mit voller Kognition (vgl. Urteil C-878/2007 vom 3. Dezember 2009 E. 3.4.3) prüft, dies einen formalistischen Leerlauf darstellen und

damit auch dem in der Invalidenversicherung geforderten raschen und einfachen Verfahren widersprochen würde.

### **E. 3**

Nachfolgend ist weiter das anwendbare Recht zu prüfen.

#### **E. 3.1.1**

Die bis dahin zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft geltenden bilateralen Abkommen über die soziale Sicherheit werden grundsätzlich mit Inkrafttreten des FZA insoweit suspendiert, als letzteres denselben Sachbereich regelt (Art. 20 FZA).

#### **E. 3.1.2**

Nach Art. 3 Abs. 1 der 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), haben die in den persönlichen Anwendungsbereich der Verordnung fallenden, in einem Mitgliedstaat wohnenden Personen aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

#### **E. 3.1.3**

Soweit das FZA bzw. die auf dieser Grundlage anwendbaren gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakte keine abweichenden Bestimmungen vorsehen, richtet sich die Ausgestaltung des Verfahrens sowie die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen einer schweizerischen Invalidenrente grundsätzlich nach der innerstaatlichen Rechtsordnung (BGE 130 V 257 E. 2.4).

#### **E. 3.1.4**

Demnach bestimmt sich vorliegend der Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Rente der schweizerischen Invalidenversicherung ausschliesslich nach dem innerstaatlichen schweizerischen Recht, insbesondere nach dem IVG sowie der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV, SR 831.201).

### **E. 3.2**

Weil in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben, und weil ferner die Gerichte bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung (hier: Einspracheentscheid vom 23. April 2008) eingetretenen Sachverhalt abstellen (BGE 130 V 329, BGE 129 V 4 E. 1.2 mit Hinweisen), sind die ab 1. Januar 2003 geltenden Bestimmungen des ATSG anwendbar. 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). Entsprechend ist das IVG für den Zeitraum vom 1. Januar 2004 bis 31. Dezember 2007 in der Fassung vom 21. März 2003 (4. IV-Revision; AS 2003 3837, nachfolgend "aIVG") anwendbar, ab dem 1. Januar 2008 in der Fassung gemäss 5. IV-Revision (Änderungen vom 6. Oktober 2006 [AS 2007 5129], nachfolgend "IVG"). Die IVV ist für den Zeitraum vom 1. Januar 2004 bis 31. Dezember 2007 in ihrer Fassung vom 21. Mai 2003 (4. IV-Revision; AS 2003 3859) anwendbar, ab dem 1. Januar 2008 in der Fassung gemäss 5. IV-Revision

(Änderungen vom 28. September 2007 [AS 2007 5155]).

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführenden können im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit des Entscheids rügen (Art. 49 VwVG).

#### **E. 4.2**

Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach hat das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht unbeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 195 E. 2, BGE 122 V 158 E. 1a, je mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 4.3.1**

Im Sozialversicherungsprozess hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosser Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Das Gericht hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (BGE 126 V 360 E. 5b, 125 V 195 E. 2, je mit Hinweisen).

#### **E. 4.3.2**

Führen die von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen die Verwaltung oder das Gericht bei pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung, ein bestimmter Sachverhalt sei als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten und es könnten weitere Beweismassnahmen an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern, so ist auf die Abnahme weiterer Beweise zu verzichten (antizipierte Beweiswürdigung; UELI KIESER, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, Zürich 1999, S. 212, Rz 450; vgl. auch BGE 122 V 162 E. 1d, 122 II 469 E. 4a, 120 Ib 229 E. 2b).

#### **E. 5.1**

Anspruch auf eine Rente der schweizerischen Invalidenversicherung hat, wer invalid im Sinn des Gesetzes ist (Art. 7, 8, 16 ATSG; Art. 4, 28, 29 aIVG, Art. 4, 28, 28a, 29 IVG) und beim Versicherungsfall mindestens während eines vollen Jahres (Art. 36 Abs. 1 aIVG) bzw. während drei Jahren (Art. 36 Abs. 1 IVG) Beiträge an die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung geleistet hat. Diese zwei Bedingungen müssen kumulativ erfüllt sein.

#### **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer hat während mehr als drei Jahren Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung entrichtet, so dass er die gesetzliche Mindestbeitragsdauer (auch neurechtlich) erfüllt. Zu prüfen ist nachfolgend, ob und wenn ja, in welchem Grad er im Sinne des Gesetzes in rentenbegründendem Ausmass invalid geworden ist.

#### **E. 5.3**

Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG). Die Invalidität kann Folge von

Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein (Art. 4 Abs. 1 IVG); sie gilt als eingetreten, sobald sie die für die Begründung des Anspruchs auf die jeweilige Leistung erforderliche Art und Schwere erreicht hat (Art. 4 Abs. 2 IVG).

#### **E. 5.4**

Die seit dem 1. Januar 2004 massgeblichen Rentenabstufungen geben bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40 Prozent Anspruch auf eine Viertelsrente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50 Prozent Anspruch auf eine halbe Rente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 60 Prozent Anspruch auf eine Dreiviertelsrente und bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 70 Prozent Anspruch auf eine ganze Rente (Art. 28 Abs. 1 aIVG, Art. 28 Abs. 2 IVG).

#### **E. 5.5**

Für die Bestimmung des Invaliditätsgrades wird das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (sog. Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (sog. Valideneinkommen; Art. 16 ATSG). Der Einkommensvergleich hat in der Regel in der Weise zu erfolgen, dass die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen ziffernmässig möglichst genau ermittelt und einander gegenübergestellt werden, worauf sich aus der Einkommensdifferenz der Invaliditätsgrad bestimmen lässt. Insoweit die fraglichen Erwerbseinkommen ziffernmässig nicht genau ermittelt werden können, sind sie nach Massgabe der im Einzelfall bekannten Umstände zu schätzen und die so gewonnenen Annäherungswerte miteinander zu vergleichen (allgemeine Methode des Einkommensvergleichs; BGE 128 V 30 E. 1, BGE 104 V 136 E. 2a und b; ZAK 1990 S. 518 E. 2).

#### **E. 5.6**

Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung (und im Beschwerdeverfahren das Gericht) auf Unterlagen angewiesen, die der Arzt und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes ist es, den Gesundheitsschaden zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten der Versicherte arbeitsunfähig ist. Im Weiteren sind die ärztlichen Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen dem Versicherten noch zugemutet werden können. Es sind demnach nicht nur die Erwerbsmöglichkeiten im angestammten Beruf, sondern auch in zumutbaren Verweisungstätigkeiten zu prüfen. Bei der Bemessung der Invalidität ist auf die objektiven wirtschaftlichen Folgen der funktionellen Behinderung abzustellen, welche nicht zwingend mit dem vom Arzt festgelegten Grad der funktionellen Einschränkung übereinstimmen müssen (BGE 110 V 275 E. 4a [= ZAK 1985 S. 462 E. 4A]).

#### **E. 5.7**

Zu bemerken bleibt, dass aufgrund des im gesamten Sozialversicherungsrecht geltenden Grundsatzes der Schadenminderungspflicht ein in seinem bisherigen Tätigkeitsbereich dauernd arbeitsunfähiger Versicherter gehalten ist, innert nützlicher Frist Arbeit in einem anderen Berufs- oder Erwerbszweig zu suchen und anzunehmen, soweit sie möglich und zumutbar erscheint (BGE 113 V 28 E. 4a, BGE 111 V 239 E. 2a). Deshalb ist es am behandelnden Arzt bzw. am Vertrauensarzt einer IV-Stelle zu entscheiden, in welchem

Ausmass ein Versicherter seine verbliebene Arbeitsfähigkeit bei zumutbarer Tätigkeit und zumutbarem Einsatz auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt verwerten kann. Diese sogenannte Verweisungstätigkeit hat sich der Versicherte anrechnen zu lassen (leidensangepasste Verweisungstätigkeit; ZAK 1986 S. 204 f.).

### **E. 5.8**

Bei einer im EU-Raum wohnenden Person kann nach dem Gesagten ein Rentenanspruch gemäss Art. 29 Abs. 1 aIVG / Art. 28 Abs. 1 IVG erst dann entstanden sein, nachdem sie zu mindestens 40% bleibend erwerbsunfähig geworden ist (Bst. a) oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40% arbeitsunfähig gewesen ist und die Erwerbsunfähigkeit nach Ablauf der Wartezeit weiterhin mindestens 40% beträgt (Bst. b).

### **E. 6.1**

Zur gesundheitlichen Situation des Beschwerdeführers befinden sich folgende Bestätigungen und medizinischen Berichte in den Akten: - Konsultationsbericht des Spitals in V.\_\_\_\_\_, unleserlich, undatiert (IV/13); - Röntgenbericht des Spitals in V.\_\_\_\_\_, vom 3. Dezember 1996 (IV/14); - Konsultationsbericht des Gesundheitsdienstes in O.\_\_\_\_\_, vom 28. Februar bzw. 6. März 1997, teilweise unleserlich (IV/15); - Röntgenbericht Dr. T.\_\_\_\_\_, vom 1. April 1997 (IV/16); - Konsultationsbericht des Spitals in V.\_\_\_\_\_, vom 1. Dezember 1997 (IV/17); - Arztbericht Dr. Q.\_\_\_\_\_, Dr. R.\_\_\_\_\_, vom 29. Dezember 1998 (IV/18); - Röntgenbericht des Spitals in V.\_\_\_\_\_, vom 24. März 1999, teilweise unleserlich (IV/19); - Röntgenbericht von Dr. I.\_\_\_\_\_, vom 13. Juli 1999 (IV/21); - Arztbericht von Dr. M.\_\_\_\_\_, Traumatologie und chirurgische Orthopädie, vom 15. September 1999 (IV/22); - Arztbericht, vom 18. Oktober 1999 (IV/20); - Arztbericht von Dr. V.\_\_\_\_\_, Allergologie, vom 13. Dezember 2000 (IV/24); - Konsultationsbericht des Spitals in V.\_\_\_\_\_, vom 19. August 2001, unleserlich (IV/23); - Echographie von Dr. P.\_\_\_\_\_, vom 25. November 2002 (IV/25); - Arztbericht E 213 von Dr. X.\_\_\_\_\_, vom 15. Februar 2005 (IV/26); - Fragebogen für den Arbeitgeber, vom 30. Juni 2005 (IV/9); - Fragebogen für den Versicherten, vom 4. Juli 2005 (IV/8); - 1. Stellungnahme des medizinischen Dienstes der IV-Stelle, Dr. H.\_\_\_\_\_, vom 29. September 2005 (IV/29); - EMG von Dr. F.\_\_\_\_\_, vom 9. November 2005 (IV/33); - Röntgenbericht von Dr. C. S.\_\_\_\_\_, vom 10. November 2005 (IV/34); - Röntgenbericht von Dr. P.\_\_\_\_\_, vom 18. November 2005 (IV/35); - Arztbericht von Dr. A.\_\_\_\_\_, vom 2. Dezember 2005 (IV/36); - Untersuchungsbericht von Dr. R. S.\_\_\_\_\_, Psychologie, vom 5. Dezember 2005 (IV/37); - Arztbericht von Dr. C.\_\_\_\_\_, Psychologie, vom 9. Dezember 2005 (IV/38); - 2. Stellungnahme des medizinischen Dienstes der IV-Stelle, Dr. H.\_\_\_\_\_, vom 10. Februar 2006 (IV/41); - Arztbericht von Dr. N. G.\_\_\_\_\_, Rheumatologie, vom 9. März 2006 (act. 1.4); - Arztbericht von Dr. N. G.\_\_\_\_\_, Rheumatologie, vom 3. Juni 2008 (act. 1.5); - 3. Stellungnahme des medizinischen Dienstes der IV-Stelle, Dr. H.\_\_\_\_\_, vom 8. Januar 2009 (IV/54).  
Aufgrund der aktenkundigen Arztberichte und Stellungnahmen litt der Beschwerdeführer zum prüfrelevanten Zeitpunkt (vgl. E. 3.2, 6.11) an folgenden Erkrankungen: leichte bis mittlere Zervikalgien und Lumbalgien mit diskreten Auswirkungen auf die Nervenwurzeln, Fibromyalgie oder somatoforme Schmerzstörung, leichte, ängstliche Depression (F. 41.2), Pyrazolon-Allergie sowie Kopfschmerz und Schwindel.

### **E. 6.2**

In der Beschwerde wird ausgeführt, der Beschwerdeführer beziehe seit dem 9. August 1999 eine spanische Invalidenrente (Invaliditätsgrad: 55%). Gestützt auf dieselben medizinischen Akten und ohne Vornahme zusätzlicher eigener Abklärungen habe jedoch die Vorinstanz geschlossen, es liege keine rentenrelevante Erkrankung vor. Grundlage der Beurteilung durch die Vorinstanz sei der medizinische Bericht E 213, der äusserst mangelhaft sei; weder seien Begleituntersuchungen wie Computertomographie, Ultraschall oder Röntgen durchgeführt worden, noch sei der Beschwerdeführer eingehend untersucht und der Bericht vollständig ausgefüllt worden. Dem Bericht des Facharztes für Psychiatrie vom 9. Dezember 2005 sei zudem zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer wegen eines Angst-Depressionssyndroms seine Arbeit als Kellner nicht mehr ausüben könne (act. 1 S. 6 f.). Eine aktuelle, umfangreiche fachorthopädische Untersuchung bestätige die bekannten Bandscheibenschädigungen und Reizungen der Nervenwurzeln. Daneben seien eine Fibromyalgie, Paresen der Muskulatur aufgrund der Schädigung der Nervenwurzeln C6 und C7, eine beidseitige Gonarthrose, ein Knochenödem in beiden Knieschreibern, eine Arthrose des Iliosakralgelenks rechts sowie Arthrosen der Hände festgestellt worden. Aufgrund dieser Häufung psychischer wie orthopädischer Befunde wäre eine stationäre Begutachtung in der Schweiz und anschliessende Bewertung der Restarbeitsfähigkeit notwendig gewesen.

### **E. 6.3**

In seiner eingehenden Stellungnahme vom 8. Januar 2009 (IV/54) führt der medizinische Dienst der IV-Stelle, Dr. H. \_\_\_\_\_, aus, der Beschwerdeführer leide seit mindestens 10 Jahren an einem fibromyalgischen Schmerzsyndrom, im Jahre 2006 erstmals in eindeutiger Form diagnostiziert; erstmals seien im Jahre 2005 auch möglicherweise bedeutende degenerative Veränderungen der Halswirbelsäule festgestellt worden, welche eine Schonung für schwerere Arbeiten und eine Zervikobrachialsymptomatik als nachvollziehbar erscheinen liessen; zudem seien moderate degenerative Veränderungen am Knie, an der Lendenwirbelsäule und den Händen zu finden, die aber für leichte Arbeiten nicht ins Gewicht fielen. Der weitere diffuse Befund der Rigidez, Schwäche und "Zahnradphänomen" könne nicht interpretiert werden und müsse wohl auf die Fibromyalgie zurückgeführt werden, was sich auch in der Diagnostizierung einer Nervenwurzelschädigung im Jahre 1999 zeige, die in zeitgleichen Röntgenbefunden sowie der im Jahre 2005 durchgeführten neurologischen Untersuchung nicht bestätigt worden sei. Aufgrund der neuen Befunde sei von einer leichten Verschlechterung des Gesundheitszustandes auszugehen und sei der Beschwerdeführer ab dem 3. Juni 2008 (Datum des Berichts von Dr.N. G. \_\_\_\_\_) zu 50% in seiner bisherigen Tätigkeit als Kellner und zu 20% in einer Verweistätigkeit arbeitsunfähig.

### **E. 6.4**

Entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers sind keine Gründe ersichtlich, weshalb den zahlreichen psychiatrischen und orthopädischen/rheumatologischen Berichten (vgl. E. 6.1) der Beweiswert abzuspochen und weitere Abklärungen zu treffen wären. Der medizinische Dienst der IV-Stelle hat sich in seinen verschiedenen Stellungnahmen, insbesondere derjenigen vom 8. Januar 2009, eingehend mit den Vorbringen des Beschwerdeführers und den verschiedenen Berichten der behandelnden Ärzte auseinandergesetzt. Dass er sich grundlegend nur auf den Arztbericht vom 15. Februar 2005 (E 213) abgestützt habe, ist eine Behauptung, die bereits durch die Würdigung der verschiedenen Arztberichte eingangs der Stellungnahme vom 8. Januar 2009 (IV/54) widerlegt wird. Übereinstimmend mit der Einschätzung des medizinischen Dienstes der

IV-Stelle ist den Arztberichten zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer an leichten bis mittleren Zervikalgien und Lumbalgien leidet, mit diskreten Auswirkungen auf die Nervenwurzeln insbesondere im Bereich C7, ohne dass jedoch Diskushernien und radikuläre Ausfälle der oberen und unteren Extremitäten diagnostiziert wurden (IV/16-18, 21, 26, 29, 35); abweichend hierzu zeigt sich einzig der Bericht von Dr. M. \_\_\_\_\_ (IV/22), der bereits 1999 chronische Schädigungen der Nervenwurzeln L5, C7 und C8 diagnostizierte, was jedoch in den später erstellten Arztberichten nicht bestätigt wurde (IV/26, 29, 35), weshalb auf diesen Bericht nicht abzustellen ist. Korrekt erweist sich auch die Feststellung, dass der Beschwerdeführer aufgrund der oben erwähnten Diagnosen aus somatischer Sicht keiner schweren Arbeit mehr nachgehen kann, diese aber der weiteren Ausübung der bisherigen Tätigkeit als Kellner nicht entgegen stehen (IV/26, 36, 41).

## **E. 6.5**

Als zutreffend erweist sich auch die Beurteilung des diagnostizierten Schmerzsyndroms: Dass die behandelnden Ärzte, ohne Vorliegen eines korrelierenden somatischen Substrats für die angegebenen multiplen Schmerzen und bei einem positiven Testergebnis von 14 von 18 Fibromyalgiepunkten, davon ausgegangen sind, der Beschwerdeführer leide an einer Fibromyalgie oder somatoformen Schmerzstörung (IV/26, 41, act. 1.4) ist vorliegend nicht zu beanstanden.

### **E. 6.5.1**

Eine solche Erkrankung vermag gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung in der Regel keine lang dauernde, zu einer Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 1 IVG zu bewirken. Ein Abweichen von diesem Grundsatz fällt nur in jenen Fällen in Betracht, in denen die festgestellte Schmerzstörung nach Einschätzung des Arztes eine derartige Schwere aufweist, dass der versicherten Person die Verwertung ihrer verbleibenden Arbeitskraft auf dem Arbeitsmarkt bei objektiver Betrachtung - und unter Ausschluss von Einschränkungen der Leistungsfähigkeit, die auf aggravatorisches Verhalten zurückzuführen sind (vgl. AHI 2002 S. 150 E. 2b; Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts I 518/01 E. 3b/bb vom 24. Mai 2002 und I 53/02 E. 2.2 vom 2. Dezember 2002) - sozial-praktisch nicht mehr zumutbar oder dies für die Gesellschaft gar untragbar ist (BGE 102 V 165; AHI 2001 S. 228 E. 2b mit Hinweisen; vgl. auch BGE 127 V 298 E. 4c in fine; hinsichtlich somatoformer Störungen siehe insb. Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts I 53/02 E. 2.2 vom 2. Dezember 2002, I 266/00 E. 1c vom 5. Juni 2001, I 650/99 E. 2c vom 2. März 2001, I 529/00 E. 3c vom 8. Februar 2001 und I 410/00 E. 2b vom 19. Oktober 2000). Die - nur in Ausnahmefällen anzunehmende - Unzumutbarkeit einer willentlichen Schmerzüberwindung und eines Wiedereinstiegs in den Arbeitsprozess setzt jedenfalls das Vorliegen einer mitwirkenden, psychisch ausgewiesenen Komorbidität von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer oder aber das Vorhandensein anderer qualifizierter, mit gewisser Intensität und Konstanz erfüllter Kriterien voraus. So sprechen unter Umständen (1) chronische körperliche Begleiterkrankungen und mehrjähriger Krankheitsverlauf bei unveränderter oder progredienter Symptomatik ohne längerfristige Remission, (2) ein ausgewiesener sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens, (3) ein verfestigter, therapeutisch nicht mehr angehbarer innerseelischer Verlauf einer an sich missglückten, psychisch aber entlastenden Konfliktbewältigung (primärer Krankheitsgewinn ["Flucht in die Krankheit"]) oder schliesslich (4) unbefriedigende Behandlungsergebnisse trotz konsequent durchgeführter ambulanter und/oder stationärer Behandlungsbemühungen und gescheiterte

Rehabilitationsmassnahmen bei vorhandener Motivation und Eigenanstrengung der versicherten Person für die ausnahmsweise Unüberwindlichkeit der somatoformen Schmerzstörung (BGE 130 V 352 E. 2.2.2 und 2.2.3).

#### **E. 6.5.2**

Eine nebst der Grundproblematik bestehende Depression von erheblicher Ausprägung oder eine andere eigenständige psychische Krankheit wurden vorliegend nicht diagnostiziert (vgl. hierzu den Bericht von Dr. C. \_\_\_\_\_ vom 9. Dezember 2005, der eine leichte ängstliche Depression F 41.2 bestätigte [IV/38]). Eine zwischenzeitliche Änderung dieser Beurteilung wurde vom Beschwerdeführer weder geltend gemacht noch mittels neuem Arztbericht belegt. Andere Kriterien im Sinne der oben erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur somatoformen Schmerzstörung sind ebenfalls nicht aktenkundig. Mangels Vorliegen einer erheblichen psychischen Komorbidität und anderer Kriterien im obgenannten Sinne ist somit die Zumutbarkeit einer willentlichen Überwindung der Schmerzstörung und eines Wiedereinstiegs in den Arbeitsprozess zu bejahen. Die Beurteilung des medizinischen Dienstes der IV-Stelle, wonach keine die Arbeitsfähigkeit beeinflussende Beeinträchtigung nachgewiesen worden sei (IV/41 und 54), erweist sich daher auch mit Bezug auf die diagnostizierte Schmerzstörung als korrekt.

#### **E. 6.6**

Auch die vom IV-Arzt erwähnten Diagnose der Pyrazolon-Allergie (Allergie gegen eine bestimmte Gruppe von Schmerzmitteln mit dem Medikament Metamizol), die im Arztbericht von Dr. V. \_\_\_\_\_ vom 13. Dezember 2000 (IV/24) erstmals erwähnt wird, sowie Kopfschmerz und Schwindel sind aufgrund der Aktenlage nicht geeignet, die Arbeitsfähigkeit im bisherigen Beruf einzuschränken, zumal auch der IV-ärztliche Dienst ausführt, die Kontrolluntersuchungen hätten keine abnormen Befunde ergeben und eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit sei nicht ersichtlich (IV/29, 41, 54).

#### **E. 6.7**

Im Ergebnis hat der ärztliche Dienst der IV-Stelle zu Recht geschlossen, es lägen beim Beschwerdeführer für den beurteilungsrelevanten Zeitraum keine Beschwerden vor, die eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit in seiner bisherigen Tätigkeit als Kellner zur Folge haben.

#### **E. 6.8**

Der Beschwerdeführer bringt vor, angesichts seiner multiplen Beschwerden hätte eine Fachgruppe seine Unterlagen beurteilen sollen und nicht nur ein einzelner Facharzt für Allgemeine Medizin, oder es hätte eine multidisziplinäre Untersuchung in der Schweiz angeordnet werden müssen. Aufgrund der gesetzlichen Grundlagen besteht jedoch kein grundsätzlicher Anspruch des Versicherten auf eine Beurteilung der eingereichten Unterlagen durch mehrere Spezialärzte. Es liegt im Ermessen der Vorinstanz, in begründeten Fällen einen Spezialarzt für eine weitere Beurteilung hinzuziehen oder ein multidisziplinäres Gutachten erstellen zu lassen. Das Bundesverwaltungsgericht sieht aufgrund der Aktenlage keinen Grund, im vorliegenden Fall in das Ermessen der Vorinstanz einzugreifen. Die vorliegenden Arztberichte geben ein komplettes Bild über die gesundheitlichen Schäden des Beschwerdeführers und gestatten eine zuverlässige Beurteilung der Erwerbsfähigkeit des Beschwerdeführers. Eine Beurteilung durch eine "Fachgruppe des RAD" oder eine multidisziplinäre Untersuchung des Beschwerdeführers in der Schweiz ist zur Klärung des medizinischen Sachverhaltes nicht notwendig (BGE 122 V

161 E. 1c). Daher ist auf die vom Beschwerdeführer geforderten zusätzlichen Beweismassnahmen in antizipierter Beweiswürdigung zu verzichten (vgl. BGE 122 II 469 E. 4a, BGE 122 III 223 E. 3c, BGE 120 Ib 229 E. 2b, BGE 119 V 344 E. 3c mit Hinweisen).

#### **E. 6.9**

Auch erweist sich die Rüge der fehlenden Übersetzung der spanischen Arztberichte als unzutreffend, da der Beschwerdeführer nicht aufzeigt, inwiefern die Beurteilung des medizinischen Dienstes der IV-Stelle fehlerhaft sei und eine Überprüfung der Arztberichte aufgrund der internationalen Terminologie der Diagnosestellung, der eingehenden und aus der Sicht des Gerichts die spanischen Berichte zutreffend wiedergebenden Stellungnahme von Dr. H. \_\_\_\_\_ und der zusätzlich erfolgten Übersetzung des Arztberichts vom 3. Juni 2008 (act. 14) ohne weiteres möglich ist.

#### **E. 6.10**

Der Stellungnahme des medizinischen Dienstes der IV-Stelle vom 8. Januar 2009 ist jedoch zu entnehmen, dass beim Beschwerdeführer - gestützt auf den beschwerdeweise eingereichten Arztbericht von Dr.N. G. \_\_\_\_\_ vom 3. Juni 2008, der neben den aktenkundigen Bandscheibenschädigungen, Reizungen der Nervenwurzeln, Fibromyalgie sowie Paresen der Muskulatur aufgrund der Schädigung der Nervenwurzeln C6 und C7 neu eine beidseitige Gonarthrose, ein Knochenödem in beiden Knieschreiben, eine Arthrose des Iliosakralgelenks rechts sowie Arthrosen der Hände diagnostiziert - aus medizinischer Sicht seit dem 3. Juni 2008 auf eine Arbeitsunfähigkeit von 50% in seiner bisherigen Tätigkeit als Kellner und von 20% in einer leichten Verweistätigkeit zu schliessen ist (IV/54). Die IVSTA legte in ihrer Vernehmlassung dar, dass gestützt auf diese Beurteilung ein eventueller Versicherungsfall für eine Invalidenrente frühestens im Juni 2009 (Art. 28 Abs. 1 Bst. b und c IVG) eintreten könnte.

#### **E. 6.11**

Der beschwerdeweise eingereichte Arztbericht vom 3. Juni 2008 bestätigt, soweit er sich auf frühere Behandlungen bezieht, die bereits bekannten Diagnosen. Im Übrigen nimmt Dr.N. G. \_\_\_\_\_ eingehend Stellung zum gesundheitlichen Zustand nach Erlass der angefochtenen Verfügung, was bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit dieser Verfügung nicht berücksichtigt werden kann (BGE 121 V 366 E. 1b mit Hinweisen). Der Arztbericht wird jedoch im Rahmen der durch die Vorinstanz beantragten Überweisung der Akten an die IV-Stelle zur Prüfung als Neuanmeldung in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen sein (Urteil des Bundesgerichts I 201/03 vom 8. März 2004 E. 2.3).

#### **E. 7**

Der vorinstanzliche Entscheid erweist sich somit hinsichtlich der Beurteilung der gesundheitlichen Situation des Beschwerdeführers und der Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit als zutreffend. Bei diesem Ergebnis konnte die Vorinstanz darauf verzichten, einen Erwerbsvergleich zur Ermittlung der Invaliditätsgrades durchzuführen, weshalb der vorinstanzliche Entscheid auch in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden ist.

#### **E. 8**

Der Beschwerde ist somit abzuweisen und der Einspracheentscheid vom 23. April 2008 ist zu bestätigen.

#### **E. 9**

Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und die Parteientschädigung.

**E. 9.1**

Die Verfahrenskosten sind dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und mit dem am 25. August 2008 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 400.- (act. 8) zu verrechnen.

**E. 9.2**

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario).

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