

# **BVGer C-5942/2010 vom 14. August 2012**

Bundesverwaltungsgericht, 2012-08-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-5942\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-5942_2010)

FR: TAF C-5942/2010 du 14 août 2012

IT: TAF C-5942/2010 del 14 agosto 2012

## **Regeste**

Rentenanspruch

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Zu den anfechtbaren Verfügungen gehören jene der IVSTA, welche eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts ist (Art. 33 Bst. d VGG; vgl. auch Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung [IVG, SR 831.20] und Art. 40 Abs. 2 [3. Satz] sowie Abs. 3 der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung [IVV, SR 832.201]). Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist in casu nicht gegeben (Art. 32 VGG).

### **E. 1.2**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, 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 vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [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 IV anwendbar (Art. 1a bis 70 IVG), soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht. Dabei finden nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln in formellrechtlicher Hinsicht mangels anderslautender Übergangsbestimmungen grundsätzlich diejenigen Rechtssätze Anwendung, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2).

### **E. 1.3**

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 22a in Verbindung mit Art. 60 ATSG und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Als Adressat der angefochtenen Verfügung vom 21. Juni 2010 ist der Beschwerdeführer berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (vgl. Art. 59 ATSG). Aufgrund der Bewilligung zur unentgeltlichen Prozessführung war kein Kostenvorschuss zu leisten. Da sämtliche Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 1.4**

Anfechtungsobjekt bildet die Verfügung der Vorinstanz vom 21. Juni 2010 (act. 95), mit welcher das Rentenbegehren des Beschwerdeführers bei einem IV-Grad von 17 % abgewiesen wurde. Streitig und zu prüfen ist der Rentenanspruch des Versicherten und in diesem Zusammenhang insbesondere, ob die Vorinstanz den Sachverhalt rechtsgenügend abgeklärt und gewürdigt hat.

### **E. 1.5**

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. 2**

Im Folgenden sind vorab die im vorliegenden Verfahren weiter anwendbaren Normen und Rechtsgrundsätze darzustellen.

#### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer besitzt die kroatische Staatsbürgerschaft und wohnt in Kroatien (vgl. Bst. A. hiervor), so dass vorliegend das am 1. Januar 1998 in Kraft getretene Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Republik Kroatien über Soziale Sicherheit vom 9. April 1996 (Nachfolgend: Abkommen, SR 0.831.109.291.1) anwendbar ist (vgl. Art. 3 Bst. a des Abkommens). Nach Art. 4 Abs. 1 des Abkommens sind die Staatsangehörigen des einen Vertragsstaates in ihren Rechten und Pflichten aus den Rechtsvorschriften des anderen Vertragsstaates den Staatsangehörigen dieses Vertragsstaates gleichgestellt. Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 4 Abs. 2 des Abkommens ist nicht gegeben. Die Bestimmung der Invalidität und die Berechnung von Invaliditätsgrad und Rentenhöhe richten sich demnach nach den schweizerischen Rechtsvorschriften, insbesondere dem IVG, der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV, SR 832.201), dem ATSG sowie der Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV, SR 830.11; vgl. BGE 130 V 253 E. 2.4). Materiell rechtlich sieht Art. 5 Abs. 2 des Abkommens eine Ausnahmeregelung vor (vgl. 3.4. unten), wonach ordentliche Renten der schweizerischen Invalidenversicherung nur dann in den Vertragsstaat exportiert werden, wenn die versicherte Person mindestens zur Hälfte invalid ist.

#### **E. 2.2**

Seit dem Rentengesuch vom November 2001 sind verschiedene rechtliche Erlasse und Erlassänderungen in Kraft getreten. In zeitlicher Hinsicht sind - vorbehaltlich 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 220 E. 3.1.1, 131 V 11 E. 1). Im vorliegenden Verfahren finden demnach grundsätzlich jene Vorschriften Anwendung, die bei Eintritt des Versicherungsfalles, spätestens jedoch bei Erlass der Verfügung vom 21. Juni 2010 in Kraft standen; weiter aber auch solche Vorschriften, die zu jenem Zeitpunkt bereits ausser Kraft getreten waren, die aber für die Beurteilung allenfalls früher entstandener Leistungsansprüche von Belang sind (das IVG ab dem 1. Januar 1992 in der Fassung vom 22. März 1991 [AS 1991 2377; 3. IV-Revision], ab dem 1. Januar 2004 in der Fassung vom 21. März 2003 [AS 2003 3837; 4. IV-Revision] und ab dem 1. Januar 2008 in der Fassung vom 6. Oktober 2006 [AS 2007 5129; 5. IV-Revision]; die IVV in den entsprechenden

Fassungen der 3., 4. und 5. IV-Revision [AS 1992 1251, 2003 3859 und 2007 5155]). Noch keine Anwendung findet vorliegend das am 1. Januar 2012 in Kraft getretene erste Massnahmenpaket der 6. IV-Revision (IVG in der Fassung vom 18. März 2011 [AS 2011 5659]). Die 5. IV-Revision brachte für die Invaliditätsbemessung keine substanziellen Änderungen gegenüber der bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Rechtslage, sodass die zur altrechtlichen Regelung ergangene Rechtsprechung weiterhin massgebend ist (vgl. Urteil des BGer 8C\_373/2008 vom 28. August 2008 E. 2.1). Neu normiert wurde dagegen der Zeitpunkt des Rentenbeginns, der - sofern die entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen gegeben sind - gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG (in der Fassung der 5. IV-Revision) frühestens sechs Monate nach Geltendmachung des Leistungsanspruchs nach Art. 29 Abs. 1 ATSG entsteht. In Fällen, in denen der Versicherungsfall vor dem 1. Januar 2008 eintrat resp. die einjährige gesetzliche Wartezeit vor diesem Zeitpunkt zu laufen begann und im Jahre 2008 erfüllt wurde, gilt unter der Voraussetzung, dass die Anmeldung spätestens am 31. Dezember 2008 eingereicht wurde, das alte Recht (vgl. zum Ganzen Rundschreiben Nr. 253 des Bundesamtes für Sozialversicherungen vom 12. Dezember 2007 [5. IV-Revision und Intertemporalrecht]).

### **E. 3**

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Ausrichtung von Leistungen der Invalidenversicherung gegeben sind, oder ob die Vorinstanz das Leistungsbegehren zu Recht abgelehnt hat.

#### **E. 3.1**

Anspruch auf eine Rente der schweizerischen Invalidenversicherung hat, wer invalid im Sinne des Gesetzes ist (Art. 8 ATSG, vgl. auch E. 2.4 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 gemäss seinem IK-Auszug während mehr als drei Jahren Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung geleistet (B-act. 17), so dass die Voraussetzung der Mindestbeitragsdauer für den Anspruch auf eine ordentliche Invalidenrente gemäss Art. 36 Abs. 1 IVG der bis 31. Dezember 2003, der bis 31. Dezember 2007, und auch 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 Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein kann (Art. 4 Abs. IVG). Invalidität ist somit der durch einen Gesundheitsschaden verursachte und nach zumutbarer Behandlung oder Eingliederung verbleibende länger dauernde (volle oder teilweise) Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt resp. der Möglichkeit, sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen. Der Invaliditätsbegriff enthält damit zwei Elemente: ein medizinisches (Gesundheitsschaden mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit) und ein wirtschaftliches im weiteren Sinn (dauerhafte oder länger dauernde Einschränkung der Erwerbsfähigkeit oder der Tätigkeit im Aufgabenbereich; vgl. zum

Ganzen Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2009, Art. 8 Rz. 7).

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

### **E. 3.3**

Neben den geistigen und körperlichen Gesundheitsschäden können auch psychische Gesundheitsschäden eine Invalidität bewirken (Art. 8 i.V.m. Art. 7 ATSG [4. IV-Revision]). Nicht als Folgen eines psychischen Gesundheitsschadens und damit invalidenversicherungsrechtlich nicht als relevant gelten Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit, welche die versicherte Person bei Aufbietung allen guten Willens, die verbleibende Leistungsfähigkeit zu verwerten, abwenden könnte; das Mass des Forderbaren wird dabei weitgehend objektiv bestimmt (BGE 131 V 49 E. 1.2 mit Hinweisen, 130 V 352 E. 2.2.1; SVR 2007 IV Nr. 47 S. 154 E. 2.4). Entscheidend ist, ob und inwiefern es der versicherten Person trotz ihres Leidens sozialpraktisch zumutbar ist, die Restarbeitsfähigkeit auf dem ihr nach ihren Fähigkeiten offen stehenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt zu verwerten, und ob dies für die Gesellschaft tragbar ist. Dies ist nach einem weitgehend objektivierten Massstab zu prüfen (BGE 127 V 294 E. 4c in fine, 102 V 165; AHI 2001 S. 228 E. 2b).

### **E. 3.4**

Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG (in der von 1992 bis Ende 2003 gültig gewesenen Fassung) besteht Anspruch auf eine ganze Rente, wenn die versicherte Person mindestens 66 2/3 %, auf eine halbe Rente, wenn sie mindestens 50 % invalid ist und auf eine Viertelsrente ab einem Invaliditätsgrad von mindestens 40 %. Seit dem 1. Januar 2004 besteht Anspruch auf eine ganze Rente bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 70 %, auf eine Dreiviertelsrente bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 60 %, auf eine halbe Rente bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50 % und auf eine Viertelsrente ab einem Invaliditätsgrad von 40 (Art. 28 Abs. 1 IVG in der 1. Januar 2004 bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung und Art. 28 Abs. 2 in der seit 1. Januar 2008 gültigen Fassung). Laut Art. 28 Abs. 1ter IVG (in der von 2004 bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung) bzw. Art. 29 Abs. 4 IVG (in der ab 2008 geltenden Fassung) werden Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50 % entsprechen, jedoch nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben, soweit nicht völkerrechtliche Vereinbarungen eine abweichende Regelung vorsehen. Nach Art. 5 Abs. 2 des seit dem 1. Januar 2008 geltenden Abkommens mit Kroatien werden ordentliche Renten der schweizerischen Invalidenversicherung an Personen, die weniger als zur Hälfte invalid sind, nur bei Wohnsitz in der Schweiz gewährt.

### **E. 3.5**

Nach den Vorschriften der 3. und 4. IV-Revision entsteht der Rentenanspruch frühestens in dem Zeitpunkt, in dem die versicherte Person mindestens zu 40% bleibend erwerbsunfähig (Art. 7 ATSG) geworden ist oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch

durchschnittlich mindestens zu 40% arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen war (Art. 29 Abs. 1 Bst. a und b IVG in den von 1992 bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung). Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG in der ab 1. Januar 2008 geltenden Fassung haben jene Versicherten Anspruch auf eine Rente, die ihre Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wieder herstellen, erhalten oder verbessern können (Bst. a), und die zusätzlich während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40 % arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen sind und auch nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40 % invalid (Art. 8 ATSG) sind (Bst. b und c).

### **E. 3.6**

Die Verwaltung (und im Beschwerdefall das Gericht) ist 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. Im Weiteren sind die ärztlichen Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen der versicherten Person noch zugemutet werden können (BGE 125 V 256 E. 4, BGE 115 V 133 E. 2; AHI-Praxis 2002 S. 62 E. 4b/cc). 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 Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen 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). Berichten und Gutachten versicherungsinterner Ärzte kommt Beweiswert zu, sofern sie als schlüssig erscheinen, nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei sind und keine Indizien gegen ihre Zuverlässigkeit bestehen. Die Tatsache allein, dass der befragte Arzt in einem Anstellungsverhältnis zum Versicherungsträger steht, lässt nicht schon auf mangelnde Objektivität und auf Befangenheit schliessen. Es bedarf vielmehr besonderer Umstände, welche das Misstrauen in die Unparteilichkeit der Beurteilung objektiv als begründet erscheinen lassen (BGE 125 V 351 E. 3b/ee mit Hinweisen). Auf Stellungnahmen der RAD resp. der medizinischen Dienste kann für den Fall, dass ihnen materiell Gutachtensqualität zukommen soll, nur abgestellt werden, wenn sie den allgemeinen beweisrechtlichen Anforderungen an einen ärztlichen Bericht genügen (Urteil EVG I 694/05 vom 15. Dezember 2006 E. 2). Die RAD-Ärzte müssen sodann über die im Einzelfall gefragten persönlichen und fachlichen Qualifikationen verfügen, spielt doch die fachliche Qualifikation des Experten für die richterliche Würdigung einer Expertise eine erhebliche Rolle. Bezüglich der medizinischen Stichhaltigkeit eines Gutachtens müssen sich Verwaltung und Gerichte auf die Fachkenntnisse des Experten verlassen können. Deshalb ist für die Eignung eines Arztes als Gutachter in einer bestimmten medizinischen Disziplin ein entsprechender spezialärztlicher Titel des berichtenden oder zumindest des den Bericht visierenden Arztes vorausgesetzt (Urteil des EVG I 178/00 vom 3. August 2000 E. 4a; Urteile des BGer 9C\_410/2008 vom 8. September 2008 E. 3.3, I 142/07 vom 20. November 2007 E. 3.2.3 und I 362/06 vom 10. April 2007 E. 3.2.1; vgl. auch SVR 2009 IV Nr. 53 S. 165 E. 3.3.2 [nicht publizierte Textpassage der E. 3.3.2 des Entscheides BGE 135 V 254]). Nicht zwingend erforderlich ist, dass die

versicherte Person untersucht wird. Nach Art. 49 Abs. 2 IVV führt der RAD für die Beurteilung der medizinischen Voraussetzungen des Leistungsanspruchs nur "bei Bedarf" selber ärztliche Untersuchungen durch. In den übrigen Fällen stützt er seine Beurteilung auf die vorhandenen ärztlichen Unterlagen ab. Das Absehen von eigenen Untersuchungen an sich ist somit kein Grund, um einen RAD-Bericht in Frage zu stellen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es im Wesentlichen um die Beurteilung eines feststehenden medizinischen Sachverhalts geht, und die direkte ärztliche Befassung mit der versicherten Person in den Hintergrund rückt (vgl. Urteile des BGer 9C\_323/2009 vom 14. Juli 2009 E. 4.3.1 und I 1094/06 vom 14. November 2007 E. 3.1.1, je mit Hinweisen).

#### **E. 4**

Die Vorinstanz stützte sich im Rahmen des Erlasses der Verfügung vom 21. Juni 2010 in erster Linie auf - die Beurteilungen des IV-Stellenarztes, Dr. med. C.\_\_\_\_\_, vom 29. Juni 2003 (act. 30), - die Beurteilungen des IV-Stellenarztes, Dr. med. H.\_\_\_\_\_, (Facharzt für innere Medizin) aus dem Jahr 2005 (act. 52 - 53), vom 24. Mai 2009 (act. 79) und vom 15. Juni 2010 (act. 94), - den Bericht vom 27. Juni 2005 von Dr. D.\_\_\_\_\_, (Facharzt für Neurologie) und die im Juni 2005 erstellten Untersuchungsberichte (act. 43 bis insbesondere 50); - das von Dr. M.\_\_\_\_\_, (Fachärztin für Neurologie) verfasste Gutachten vom 22. Dezember 2008 des kroatischen Versicherungsträgers (act. 67). Die entsprechenden Berichte sind nebst weiteren nachfolgend zusammengefasst wiederzugeben resp. einer Würdigung zu unterziehen und es ist zu prüfen, ob sich aufgrund dieser Beweismittel der Sachverhalt in medizinischer Hinsicht als rechtsgenügend abgeklärt erweist. In diesem Zusammenhang ist im Sinne einer Ergänzung darauf hinzuweisen, dass der Bericht von Dr. med. N.\_\_\_\_\_, - obwohl er nach dem massgeblichen Verfügungszeitpunkt verfasst wurde - vorliegend Berücksichtigung findet.

#### **E. 4.1**

Am 29. Juni 2003 berichtete der IV-Stellenarzt Dr. med. C.\_\_\_\_\_ gestützt auf die vorliegenden Untersuchungsberichte (vgl. oben B.), dass beim Versicherten ein chronisches lumbosacrales Syndrom mit Diskusprolaps und -protrusion L4 - L5 und eine Nervenwurzelschädigung L5 - S1 vorliege. Der Versicherte zeige eine Symptomatik, die mit einer lumbalen Hernie, einer Lumboischialgie und einer durch EMG nachgewiesenen Nervenwurzelschädigung vereinbar sei. Eine Tätigkeit als Maurer sei in dieser Situation nicht zu empfehlen. Leichte Tätigkeiten ohne Belastung der Lenden seien möglich. Die Arbeitsfähigkeit als Maurer sei zu 70 %, diejenige in angepassten Tätigkeiten zu 20 % eingeschränkt (act. 30).

#### **E. 4.2**

Dr. D.\_\_\_\_\_ würdigte in seinem Bericht die Befunde der Computertomografie der Lendenwirbelsäule und der Elektromyografie. Im Bericht werden die geäusserten Rückenschmerzen mit Ausstrahlung in beide Beine und im Dermatom C5 - C8 beidseits beschrieben. Die Bewegung der Halswirbelsäule sei schmerzhaft und eingeschränkt, der Gang antalgisch und die motorischen Reflexe geschwächt. Diagnostiziert wurden Erkrankungen der Bandscheiben der Lendenwirbelsäule, eine Bandscheibenprotrusion L4 - S1 mit Nervenwurzelsläsion L5 - S1, beidseitige Lumboischialgie und ein Zervikalsyndrom. Die körperliche Unfähigkeit sei zum Teil auch Ursache der ängstlich depressiven Störung. Eine Arbeitsfähigkeit sei nicht vorhanden (act. 50).

#### **E. 4.3**

In der undatierten Stellungnahme aus dem Jahr 2005 würdigte der IV-Stellenarzt Dr. H. \_\_\_\_\_ die im Einspracheverfahren nach der Verfügung vom 4. April 2005 eingereichten Untersuchungsberichte (act. 43 - 50). Er fasste zusammen, dass der Versicherte Rückenschmerzen mit Ausstrahlung in beide Beine beschreibt, radikuläre Ausfälle (insbesondere Lähmungen) als Folge der Wurzelkompressionen aber nicht erwähnt werden. Körperlich leichte, insbesondere rückschonende Tätigkeiten mit Vermeiden von Heben und Tragen von Lasten über 10 kg, ohne häufiges Bücken und mit der Möglichkeit zum gelegentlichen Stellungswechsel seien weiterhin im vollen Umfang zumutbar. Bezüglich des in den Berichten vom 7. Juni 2005 und vom 10. Juni 2005 (act. 44 und 47) beschriebenen «Syndroma anxio-depressivum» geht der beratende Arzt davon aus, dass sich die medikamentöse Therapie und die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit positiv auswirken dürfte (act. 52).

#### **E. 4.4**

In der Expertise vom 22. Dezember 2008 hielt Dr. M. \_\_\_\_\_ anamnestisch fest, dass der Versicherte seit ca. 1991 in Belastungssituationen Schmerzen in der Lendenwirbelsäule (LWS) verspüre. Im Jahr 2000 seien anlässlich einer starken Belastung starke Schmerzen im rechten Bein aufgetreten, was zu einer notfallmässigen Hospitalisierung geführt habe. Eine empfohlene Operation sei abgelehnt worden. Um die Beschwerden zu stillen, habe der Versicherte aus eigener Initiative Chiropraktik veranlasst und sei geschwommen. Gelegentliche chiropraktische Manipulationen hätten die Beschwerden teilweise reduziert. Seit ca. 2005 leide der Versicherte gelegentlich an Schmerzen im Bereich der Halswirbelsäule (HWS) und in letzter Zeit an starken Schmerzen im Bereich der rechten Schulter. Die Schmerzen im Bereich der LWS und im rechten Bein würden bei längeren Fussmärschen oder bei längerem aufrechtem Stehen auftreten. Anlässlich der Untersuchung wurde eine eingeschränkte Beweglichkeit des Kopfes «réduite en fin de course», bei sonst erhaltener Beweglichkeit der HWS, sowie eine Bewegungseinschränkung der rechten Schulter (zur Hälfte) festgestellt. Die Flexion und Extension der Zehen des rechten Fusses sei diskret eingeschränkt. Der Lasègue-Test rechts sei positiv bei 80°. Eine Überempfindlichkeit bestehe im Dermatome L5 - S1 rechts. In psychischer Hinsicht bestehe eine depressive Stimmung, aber keine wahnhaften oder suizidalen Gedanken. Nach durchgeführter neuroradiologischer und radiologischer Untersuchung (MRT der HWS sowie der LWS und konventionelle Röntgenuntersuchung des rechten Schultergelenks), elektrophysiologischer Untersuchung (Elektromyografie [EMG] und Elektroneurografie [ENG] der Arme und Beine) und einem neurochirurgischen Konsilium gelangte die Ärztin zu folgender Diagnostik: - Chronische Lumboischialgie, rechts mit Radiculopathie L5 - S1 beidseits und L4 rechts (M 54.1 / M54.4) - Chronisches Zervikalsyndrom mit Radikulopathie C5 beidseits und C7 rechts (M53) - Spondylose und Spondylarthrose der Hals- und Lendenwirbel (M47) - Periarthropathie des Schultergelenks (PHS) rechts (M75) - Medikamentenunverträglichkeit (Voltaren und Nozinan) Gestützt auf die durchgeführten Untersuchungen schätzt die Ärztin die Einschränkung der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit («capacité de travail et de gain») auf 50% bis 60% (act. 67). In der später erstellten Notiz (act. 90) wurde präzisiert, dass eine Arbeitsunfähigkeit von 60% für Maurerarbeiten und eine Einschränkung von 50% für leichtere Arbeiten auf dem Arbeitsmarkt und adaptiert an den Gesundheitszustand bestehe.

#### **E. 4.5**

Im Bericht vom 24. Mai 2009 würdigte der IV-Stellenarzt Dr. med. H.\_\_\_\_\_ die Untersuchungsberichte und Beurteilungen, welche anlässlich der Begutachtung im Jahr 2008 in Kroatien erstellt wurden (vgl. oben E.) und fasste die Ergebnisse zusammen: Der Versicherte beschreibe Schmerzen lumbal mit Ausstrahlung ins rechte Bein, vor allem beim langen Gehen und Stehen, sowie starke Schmerzen an der rechten Schulter. Im Bereich der Halswirbelsäule sei die Kopfneigung nach rechts endphasig eingeschränkt, bei im Übrigen normaler Beweglichkeit. Flexion und Extension der Zehen rechts seien diskret eingeschränkt. Im Bereich der rechten Schulter sei die Rotation um die Hälfte eingeschränkt. Auch nach Beurteilung durch die Neurologen bestünden weder an den oberen noch an den unteren Extremitäten Muskelatrophien. Die Reflexe seien normal. Bezüglich Sensibilität bestehe eine Hypästhesie im Dermatom L5 - S1 rechts. Elektrophysiologisch zeige sich eine Radikulopathie C5 beidseits und C7 rechts ohne klinisches Korrelat und bei unauffälligem Neurostatus sowie eine Wurzelschädigung L5 - S1 beidseits und L4 rechts entsprechend dem Befund der unteren Extremitäten. Radiologisch zeigten sich degenerative Veränderungen der Halswirbelsäule und der Lendenwirbelsäule, sowie Hinweise auf eine Tendiopathie. Myelon- beziehungsweise Wurzelkompressionen könnten ausgeschlossen werden. Die Diagnosen der untersuchenden kroatischen Ärzte wurden bestätigt und wie folgt beurteilt: - Chronische Lumboischialgie rechts mit diskreten neurologischen Ausfällen (Hypästhesie im Dermatom L5 - S1 rechts) und funktionellen Einschränkungen (diskret verminderte Flexion und Extension der Zehen rechts); - Zervikalsyndrom mit geringfügig eingeschränkter Beweglichkeit der Halswirbelsäule (Kopfneigung nach rechts) - Periarthropathie der Schulter rechts mit partieller Einschränkung der Beweglichkeit am Arm - Degenerative Veränderungen des Achsenskeletts im Sinne einer Spondylose und Spondylarthrose (teilweise dem Alterungsprozess entsprechend). Körperlich schwere, insbesondere rückenbelastende Tätigkeiten mit Heben und Tragen von Lasten, wiederholtem Bücken und Arbeiten in ungünstiger Stellung sind nach Beurteilung von Dr. H.\_\_\_\_\_ weitgehend ausgeschlossen. Regelmässige Überkopfarbeiten und schwere Arbeiten mit dem rechten Arm seien nicht zumutbar. Körperlich wenig belastende, vorwiegend im Sitzen oder in wechselbelasteter Stellung durchführbare Tätigkeiten seien zu 100 % zumutbar. In seiner Beurteilung geht Dr. H.\_\_\_\_\_ von einer Einschränkung der Arbeitsunfähigkeit als Maurer von 70% seit dem 17. September 2001 und einer vollen Arbeitsfähigkeit in einer Verweistätigkeit aus (act. 79).

#### **E. 4.6**

In seinem nach Verfügungserlass, am 11. November 2010 erstellten Bericht beurteilte der IV-Stellenarzt Dr. med. N.\_\_\_\_\_ (Facharzt für innere Medizin) die Akten im Sinne einer Zweitmeinung. Nach Durchsicht der gesamten medizinischen Dokumentation bestätigte er die Einschätzung von Dr. H.\_\_\_\_\_. Sämtliche Dokumente seien gewürdigt und die Befunde adäquat gewichtet worden. Die notwendigen Untersuchungen seien durchgeführt worden. Die Dokumentation sei vollständig und gebe detailliert Auskunft über die funktionellen Defizite. Der Gesundheitszustand sei seit 2003 stabil geblieben, so dass die Untersuchungen aus dem Jahr 2008 zur Beurteilung der aktuellen Situation genügen würden (act. 99)

#### **E. 4.7**

Sämtliche Berichte der untersuchenden Ärzte und der IV-Stellenärzte bestätigen übereinstimmend dieselben Diagnosen, im Wesentlichen eine chronische Lumboischialgie

mit Radiculopathie und neurologischen Auswirkungen, ein chronisches Zervikalsyndrom mit Radikulopathie, arthrotische Degenerationen der Hals- und Lendenwirbelsäule und die Periarthropathie der rechten Schulter. Die Diagnosen wurden aufgrund der klinischen, radiologischen und elektrophysiologischen spezialärztlichen Untersuchungen in den Jahren 2001, 2003, 2005 und 2008 gestellt. Übereinstimmende Aussagen aller untersuchenden und beurteilenden Ärzte bestehen bei der Beschreibung der funktionellen Defizite. Eingeschränkt ist die Fähigkeit zur Flexion und Extension der Zehen rechts, der Beweglichkeit des Kopfes und des rechten Armes. Andere Lähmungen oder Funktionseinschränkungen sind nicht beschrieben. Die vom Beschwerdeführer geäußerten Schmerzen im Bereich der Lendenwirbelsäule, belastungsabhängig im rechten Bein, im rechten Arm und seit ca. 2005 in der Halswirbelsäule werden in den Untersuchungsberichten übereinstimmend, und im Bericht von Dr. med. M. \_\_\_\_\_ am ausführlichsten beschrieben. Die Berichte der IV-Stellenärzte enthalten keine Beurteilung der Schmerzproblematik, aber auch keinerlei Hinweise darauf, dass die Schmerzproblematik nicht nachvollziehbar wäre (vgl. insbesondere act. 67 und 79). Auswirkungen der in den Berichten vom 7. Juni 2006, 10. Juni 2006 und vom 27. Juni 2006 (act. 44, 47 und 50) erwähnten ängstlich depressiven Störung auf die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit sind in keinem der ärztlichen Berichte beschrieben. Die beurteilenden Ärzte stellen übereinstimmend fest, dass dem Beschwerdeführer aufgrund der lumbalen Bandscheibenproblematik keine Arbeiten zuzumuten sind, die eine statodynamische Belastung der Wirbelsäule erfordern. Unstreitig ist, dass dem Beschwerdeführer seine Tätigkeit als Maurer, welche er bis 2001 ausgeübt hat, nicht mehr ausreichend zumutbar ist. Dr. C. \_\_\_\_\_ und Dr. H. \_\_\_\_\_ gehen von einer Arbeitsunfähigkeit als Maurer von 70% seit September 2001 aus (act. 30, 53 und 79), während die vom kroatischen Versicherungsträger angefragten Ärzte dem Beschwerdeführer sogar eine Tätigkeit als Maurer im Umfang von 40% zumuten (act. 90).

#### **E. 4.8**

Widersprüchlich ist die Einschätzung der Erwerbsfähigkeit in einer dem Leiden angepassten Tätigkeit: - Der IV-Stellenarzt Dr. C. \_\_\_\_\_ schrieb in seinem Bericht vom 29. Juni 2006, Tätigkeiten ohne Belastung der Lendenwirbelsäule seien durchaus möglich, und schätzte die Einschränkung der Arbeitsfähigkeit in einer Verweistätigkeit auf 20% (act. 30). - Dr. D. \_\_\_\_\_ schrieb in seinem Bericht vom 27. Juni 2005: «Übriggebliebene Arbeitsfähigkeit ist nicht vorhanden». Die Einschätzung wurde nicht weiter erklärt oder begründet (act. 50), weshalb auch nicht ersichtlich ist, ob sich diese nur auf die bisherige Tätigkeit oder auf Verweistätigkeiten bezieht. - Die vom kroatischen Versicherungsträger mit der Begutachtung beauftragten Ärzte hielten ihre Aussage zur Erwerbsfähigkeit in der Handnotiz (act. 90) wie folgt fest: «Invalidité de 50% pour les travaux plus légères sur le marché de travail et adaptés à l'état de santé». Aus der Expertise von Dr. M. \_\_\_\_\_ vom 16. März 2009 (act. 67) und aus der erwähnten Notiz kann eine Erklärung oder Begründung für diese Einschätzung nicht entnommen werden. - Der Facharzt für Neurochirurgie, Dr. L. \_\_\_\_\_, bestätigte in seinem Bericht vom 4. Dezember 2008, dass der Beschwerdeführer nicht in der Lage sei, Tätigkeiten zu verrichten, die eine stato-dynamische Belastung der Wirbelsäule erforderten. Er empfahl jedoch, nebst gelegentlicher Physiotherapie zur Erhaltung des klinisch neurologischen Zustandes, dem Versicherten tägliche Arbeit zu erlauben (act. 76). - Der IV-Stellenarzt Dr. H. \_\_\_\_\_ hielt in seinen Stellungnahmen aus dem Jahr 2005 (act. 53) vom 24. Mai 2009 (act. 79) und vom 15. Juni 2010 (act. 94) zusammenfassend fest, dem Versicherten seien körperlich leichte,

insbesondere rückschonende Tätigkeiten mit Vermeiden von Heben und Tragen von Lasten über 10 kg ohne häufiges Bücken und mit der Möglichkeit zum gelegentlichen Stellungswechsel in vollem Umfang zumutbar. Regelmässige Überkopfarbeiten und schwere Arbeiten mit dem rechten Arm seien nicht möglich. - Der IV-Stellenarzt, Dr. N.\_\_\_\_\_ bestätigte mit seiner Zweitmeinung die Einschätzung von Dr. H.\_\_\_\_\_ (act. 99).

## **E. 5**

Hinsichtlich des Beweiswertes sind insbesondere die Expertise von Dr. M.\_\_\_\_\_ vom 22. Dezember 2008 (act. 67) und der Bericht des IV-Stellenarztes Dr. H.\_\_\_\_\_ vom 24. Mai 2009 (act. 79) anhand der Kriterien der Rechtsprechung (vgl. oben E. 3.6; BGE 125 V 351 E. 3a) zu prüfen.

### **E. 5.1**

Der Bericht von Dr. M.\_\_\_\_\_ (act. 67) beruht auf allseitigen Untersuchungen, berücksichtigt die geklagten Beschwerden und erfolgte in Kenntnis der Vorakten (Anamnese). Die Beurteilung der medizinischen Situation und der Zusammenhänge ist anhand der zugrunde liegenden Untersuchungen nachvollziehbar, was die Diagnosen und die funktionellen Einschränkungen betrifft. Die Schlussfolgerung bezüglich der Einschränkung in einer dem Leiden angepassten Tätigkeit ist nicht begründet und damit nicht nachvollziehbar. Nicht schlüssig ist auch die Frage, wie die Empfehlung des Neurochirurgen Dr. L.\_\_\_\_\_, dem Versicherten tägliche Arbeit zu erlauben (act. 76), zu verstehen ist, ob und wie diese Empfehlung in der Beurteilung der Erwerbsfähigkeit von Dr. M.\_\_\_\_\_ berücksichtigt wurde. Der Expertise kommt somit lediglich bezüglich der Diagnose und den Funktionseinschränkungen Beweiswert zu. Bezüglich der Erwerbsfähigkeit ist dieser Bericht - auch unter Berücksichtigung der erläuternden Handnotiz (act. 90) - nicht beweiskräftig.

### **E. 5.2**

Bei den Stellungnahmen von Dr. med. H.\_\_\_\_\_, Dr. med. C.\_\_\_\_\_, und Dr. med. N.\_\_\_\_\_ handelt es sich um Berichte im Sinne von Art. 59 Abs. 2bis IVG. Sinn und Zweck des im Rahmen der 5. IV-Revision (Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006; AS 2007 5129 ff.) neu geschaffenen, seit 1. Januar 2008 in Kraft stehenden und vorliegend anwendbaren Art. 59 Abs. 2bis IVG sowie des neu gefassten Art. 49 IVV liegen darin, dass die IV-Stellen zur Beurteilung der medizinischen Anspruchsvoraussetzungen auf eigene Ärzte und Ärztinnen zurückgreifen können. Diese sollen aufgrund ihrer speziellen versicherungsmedizinischen Kenntnisse für die Bestimmung der für die Invalidenversicherung massgebenden funktionellen Leistungsfähigkeit der Versicherten verantwortlich sein. Damit soll eine konsequente Trennung der Zuständigkeiten zwischen behandelnden Ärzten (Heilbehandlung) und Sozialversicherung (Bestimmung der Auswirkungen des Gesundheitsschadens) geschaffen werden. Die RAD bezeichnen die zumutbaren Tätigkeiten und die unzumutbaren Funktionen unter Angabe einer allfälligen medizinisch begründeten zeitlichen Schonung. Damit soll im Hinblick auf eine erfolgreiche Eingliederung eine objektivere Festlegung der massgebenden funktionellen Leistungsfähigkeit der Versicherten ermöglicht werden. Gestützt auf die Angaben des RAD hat die IV-Stelle zu beurteilen, was einer versicherten Person aus objektiver Sicht noch zumutbar ist und was nicht (vgl. Urteil 9C\_323/2009 des BGer vom 14. Juli 2009 E. 4.2 mit zahlreichen weiteren Hinweisen). Berichten nach Art. 59 Abs. 2bis IVG kann nicht jegliche

Aussen- oder Beweiswirkung abgesprochen werden. Vielmehr sind sie entscheidrelevante Aktenstücke (Urteil I 143/07 des BGER vom 14. September 2007 E. 3.3 mit Hinweisen; vgl. auch Urteil I 694/05 des EVG vom 15. Dezember 2006 E. 5). Wie bereits dargelegt wurde (vgl. E. 3.6 hiervor), kann auf Stellungnahmen des medizinischen Dienstes der IV nur unter der Bedingung abgestellt werden, dass sie den allgemeinen beweisrechtlichen Anforderungen an einen ärztlichen Bericht genügen und zudem die beigezogenen Ärzte im Prinzip über die im Einzelfall gefragten persönlichen und fachlichen Qualifikationen verfügen. Obwohl Dr. med. H. \_\_\_\_\_ als Facharzt für Innere Medizin nicht über einen Facharztstitel auf dem Gebiet der Neurologie verfügt, kommt seinen Stellungnahmen Gewicht zu, da ihm verschiedene fachärztliche klinische, radiologische und neurophysiologische Untersuchungsberichte, insbesondere der fachärztliche Bericht von Dr. med. M. \_\_\_\_\_ vom 22. Dezember 2008 und die damit zusammenhängenden Untersuchungsberichte (act. 67 bis 78) zur Verfügung gestanden hatten. Besondere Umstände, welche das Misstrauen in die Unparteilichkeit der Beurteilung objektiv als begründet erscheinen lassen, zeigen sich nicht. Die Stellungnahme des IV-Stellenarztes beruht auf Kenntnis und Berücksichtigung aller Vorakten und der durchgeführten Untersuchungen. Eine eigene Untersuchung war rechtsprechungsgemäss (vgl. E. 3.6 oben) nicht zwingend notwendig. Bezüglich der Diagnose und den funktionellen Einschränkungen bestehen keine Widersprüche zur Expertise des kroatischen Versicherungsträgers und zu den Voruntersuchungen. Die Schlussfolgerungen bezüglich der Erwerbsfähigkeit in einer dem Leiden angepassten Tätigkeit sind begründet und nachvollziehbar. Damit sind die Berichte der IV-Stellenärzte entscheidrelevante Aktenstücke.

## **E. 6**

Zu prüfen ist die Frage, ob die Sachverhaltsabklärung durch die Vorinstanz vollständig erfolgt ist. In diesem Zusammenhang präsentieren sich die folgenden Themenkreise: - Abklärung der in den Berichten vom 7. Juni 2005, 10. Juni 2005 und 27. Juni 2006 erwähnten psychischen Beeinträchtigung; - Abklärung der widersprüchlichen Beurteilung der Erwerbsfähigkeit durch die Expertise des kroatischen Versicherungsträgers einerseits und durch die IV-Stellenärzte andererseits.

### **E. 6.1**

Festzuhalten ist, dass in den nach 2005 erstellten Arztberichten die depressive Störung nicht mehr erwähnt ist und vom Beschwerdeführer weder im Vorbescheid- noch im Beschwerdeverfahren thematisiert wurde. Rechtsprechungsgemäss gelten depressive Verstimmungszustände sowie leichte und mittelgradige depressive Episoden als überwindbar und sind damit nicht invaliditätsbegründend (Urteil des BGER 8C\_369/2011 E. 4.3.2 vom 9.8.2011; vgl. E. 3.3 oben). Da keine Hinweise für ein psychisches Leiden mit Krankheitswert aktenkundig sind, konnte auf eine psychiatrische Begutachtung im Rahmen von Abklärungsmassnahmen verzichtet werden (vgl. hierzu Urteil I 316/99 des EVG vom 28. August 2000 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 6.2**

Der Verzicht auf weitere Abklärungen verletzt Bundesrecht, wenn der festgestellte Sachverhalt unauflösbare Widersprüche enthält (Urteile des BGER 9C\_736/2009 vom 26. Januar 2010 E. 3.1 und 8C\_148/2011 vom 5. Juli 2011 E. 1). Mit der abweichenden Einschätzung der kroatischen Gutachter bezüglich der Erwerbsfähigkeit setzte sich Dr.

H.\_\_\_\_\_ in seinen Stellungnahmen vom 24. Mai 2009 (act. 79) und vom 15. Juni 2010 (act. 94) nur kurz auseinander. Er hält fest, dass deren Einschätzung nicht begründet und weder durch anamnestiche Angaben noch durch objektive Befunde belegt ist. An seiner eigenen Einschätzung hält er fest. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Einschätzung der kroatischen Ärzte nicht möglich war, da eben deren Begründung und Nachvollziehbarkeit fehlte. Aus diesem Grund könnten auch im Falle einer erneuten Untersuchung in der Schweiz, wie sie vom Beschwerdeführer beantragt ist, allfällige Widersprüche zur Einschätzung der kroatischen Ärzte nicht erklärt werden. Der IV-Stellenarzt Dr. N.\_\_\_\_\_ bestätigte in seinem Bericht vom 11. November 2010 (act. 99) die Einschätzung von Dr. H.\_\_\_\_\_. Er hält fest, dass alle nötigen Untersuchungen durchgeführt worden seien und die Dokumentation zu den funktionellen Einschränkungen im Detail Auskunft gebe. Richtigerweise seien die funktionellen Defizite im Verhältnis zu den Zusatzuntersuchungen höher gewichtet worden. Die Beurteilung der kroatischen Ärzte ist weder begründet noch nachvollziehbar. Aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung ist die geringe Differenz zwischen der Einschätzung der Arbeitsfähigkeit in der stark belastenden Tätigkeit als Maurer von 40% und derjenigen in einer angepassten Tätigkeit von 50% nicht plausibel. Bei der Schwerarbeit wird dem Versicherten durch die Expertin eine höhere Restarbeitsfähigkeit zugemutet als seitens des IV-Arztes. Die Schlussfolgerungen des IV-Stellenarztes Dr. H.\_\_\_\_\_ beruhen zwar auf reiner Aktenkenntnis, stützen sich aber auf detaillierte und vollständige Untersuchungsberichte, welche die funktionellen Einschränkungen detailliert wiedergeben. Die Einordnung der funktionellen Leistungsfähigkeit konnte aufgrund dieser Unterlagen sachgerecht erfolgen. Dr. H.\_\_\_\_\_ hat in seiner Beurteilung die funktionellen Einschränkungen berücksichtigt und detailliert und nachvollziehbar aufgezeigt, welche Tätigkeiten möglich sind und welche nicht. Auf der Grundlage der beweiskräftigen Untersuchungen war Dr. med. H.\_\_\_\_\_ durchaus in der Lage, die Leiden des Beschwerdeführers resp. deren Auswirkungen auf die Arbeits- und Leistungsfähigkeit rechtsgenügend zu beurteilen. Aus diesen Gründen ist bezüglich der Diagnosen und funktionellen Einschränkungen auf sämtliche Untersuchungen und Berichte, bezüglich der Einschätzung der Erwerbsfähigkeit einzig auf die Beurteilung des IV-Stellenarztes abzustellen.

### **E. 6.3**

Die Rüge des Beschwerdeführers, der Sachverhalt sei nicht genügend abgeklärt, ist insofern nicht unbegründet, als bei der Einschätzung der Möglichkeiten in einer Verweistätigkeit gewisse Diskrepanzen bestehen bleiben: - Die IV-Stellenärzte Dr. H.\_\_\_\_\_ und Dr. N.\_\_\_\_\_ gehen davon aus, dass eine leidensadaptierte Tätigkeit in vollem Umfang zumutbar sei (act. 53, 79, 94 und 99). - Der IV-Stellenarzt Dr. C.\_\_\_\_\_ schätzte die Einschränkung der Arbeitsfähigkeit in einer Verweistätigkeit auf 20% (act. 30). - Die kroatischen Ärzte deklarieren ohne genauere Spezifizierung eine Einschätzung von 50% bei leichteren Tätigkeiten ohne dies zu begründen (act. 67 und 90). Dr. H.\_\_\_\_\_ hat in seinen Stellungnahmen die Auswirkungen der funktionellen Einschränkungen auf die Arbeitsfähigkeit in einer Verweistätigkeit am ausführlichsten dargestellt, so dass grundsätzlich von seiner Einschätzung auszugehen ist. Sollte in einer zusätzlichen medizinischen Beurteilung trotzdem eine Einschränkung der Erwerbsfähigkeit in einer Verweistätigkeit von 20% bis 30% festgestellt werden, könnte auch dies - wie in der Folge gezeigt wird - nicht zu einem rentenrelevanten Invaliditätsgrad führen. Der medizinische Sachverhalt erweist sich damit als genügend abgeklärt, und weitere Untersuchungen sind nicht erforderlich.

#### **E. 6.4**

Zusammenfassend ist demnach davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer in seiner angestammten Tätigkeit als Maurer seit September 2001 zu 70% eingeschränkt ist, und dass er in einer leidensangepassten Verweistätigkeit vollzeitlich erwerbsfähig ist.

#### **E. 7**

In der Folge ist die Berechnung der Vorinstanz zum Invaliditätsgrad zu würdigen. Mit Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. September 2007 wurde die Verfügung vom 18. November 2005 aufgehoben. Die Sache wurde zur erneuten Abklärung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Damit hatte die Vorinstanz erneut über das Leistungsgesuch vom 23. November 2001 zu entscheiden. Für den Einkommensvergleich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des allfälligen Rentenbeginns massgebend, wobei Validen- und Invalideneinkommen auf zeitidentischer Grundlage zu erheben sind (vgl. BGE 129 V 222). Bei der Berechnung vom 14. Juli 2009 (act. 80.2) wurde auf die Lohnstrukturerhebung aus dem Jahr 2006 abgestellt. Die Vorinstanz hätte die Vergleichseinkommen jedoch bezogen auf die Verhältnisse im September 2002 (Zeitpunkt des allfälligen Rentenbeginns) erheben müssen. Richtigerweise wurde bei der Berechnung sowohl des Invaliden- wie auch des Valideneinkommens auf die Verhältnisse des schweizerischen Arbeitsmarktes abgestellt. Bei einer im Ausland wohnenden Person müssen die Einkommen verglichen werden, die auf dem gleichen Arbeitsmarkt mit und ohne Behinderung erzielt werden könnten, weil die unterschiedlichen Lohnniveaus und Lebenshaltungskosten zwischen verschiedenen Ländern keinen objektiven Vergleich zulassen (ZAK 1985 S. 459).

#### **E. 7.1**

Bei der Ermittlung des Valideneinkommens ist entscheidend, was die versicherte Person im Zeitpunkt des frühest möglichen Rentenbeginns nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunde tatsächlich verdient hätte. Dabei wird in der Regel am zuletzt erzielten, nötigenfalls der Teuerung und der realen Einkommensentwicklung angepassten Verdienst angeknüpft, da es empirischer Erfahrung entspricht, dass die bisherige Tätigkeit ohne Gesundheitsschaden fortgesetzt worden wäre. Ausnahmen müssen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt sein (vgl. BGE 129 V 222 E. 4.3.1). Der nachträglich eingereichte IK-Auszug zeigt in den Jahren 1982 bis 1986 und 1989 bis 2000 sehr unregelmässige Einkommen, weit unter den statistischen Werten. Im Jahr 1987 wurde ein Einkommen von CHF 46'261.-, im Jahr 1988 ein solches von CHF 42'209.- erzielt. Zu Recht hat die Vorinstanz bei ihrer Berechnung nicht auf die sehr inkonstanten tatsächlichen Einkommenswerte in den Vorjahren, sondern auf die statistischen Werte der Lohnstrukturerhebung abgestellt. Bei der Berechnung des Valideneinkommens ging die Vorinstanz vom Tabellenwert für Tätigkeiten mit Berufs- und Fachkenntnissen (Anforderungsniveau 3) im Baugewerbe aus. Nach seinen Angaben im IV-Anmeldungsformular (act. 1) war der Beschwerdeführer vor dem Gesundheitsschaden als Maurer ohne Fähigkeitsausweis oder Abschlussdiplom tätig. Besondere Gründe, welche - trotz fehlendem Lehrabschluss - eine Einstufung im Anforderungsniveau 3 rechtfertigen würden, sind nicht aktenkundig. Unter der Annahme des Anforderungsniveaus 4 resultiert aufgrund der Werte der LSE 2002 für das Baugewerbe (Median: CHF 4'765.-) nach Aufrechnung auf die im Jahr 2002 betriebsübliche Wochenarbeitszeit von 41.8 Stunden ein monatliches Valideneinkommen von CHF 4'979.-.

## **E. 7.2**

Analog der von der Vorinstanz gewählten und grundsätzlich sachgerechten Methode (vgl. vorne E.) ist das Invalideneinkommen aufgrund folgender LSE Werte für Tätigkeiten des Anforderungsniveaus 4 der Tabelle 1 (TA 1) für das Jahr 2002 zu ermitteln: - Mittelwert: CHF 4'557.- - Detailhandel und Reparatur: CHF 4'234.- - Informatik; F. u. E.; Dienstl. f. Unternehmen: CHF 4'378.- - Sonst. öffentl. u. pers. Dienstleistungen CHF 4'139.- - Durchschnitt (40 Stunden-Woche): CHF 4'327.- Auf der Grundlage der Einschätzung der IV- Stellenärzte (vgl. 6.4) resultiert nach Aufrechnung auf die im Jahr 2002 betriebsübliche Wochenarbeitszeit von 41.8 Stunden ein Invalideneinkommen von CHF 4'522.-.

## **E. 7.3**

Unter Zugrundelegung der so ermittelten Werte ergäbe der Einkommensvergleich bei einem hypothetischen Valideneinkommen von CHF 4'979.- pro Monat und einem hypothetischen Invalideneinkommen von CHF 4'522.- pro Monat bei einer monatlichen Erwerbseinbusse von CHF 457.- einen Invaliditätsgrad von 9 % (zur Rundung vgl. BGE 130 V 121 E. 3.2 und 3.3) und damit keinen Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung.

## **E. 8**

Nach Art. 5 Abs. 2 des Abkommens mit Kroatien wäre in der gegebenen Situation ein Invaliditätsgrad von mindestens 50% Voraussetzung zum Bezug einer Rente (vgl. 3.4 oben). Selbst wenn den Umständen der medizinischen Sachverhaltsabklärung (vgl. E. 6.3 oben) mit der Annahme einer eingeschränkten Erwerbsfähigkeit in einer Verweistätigkeit und dem zusätzlichen Zugeständnis eines Leidensabzuges Rechnung getragen würde, resultierte lediglich ein rentenausschliessender Invaliditätsgrad.

## **E. 9**

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist zusammenfassend festzuhalten, dass sich die angefochtene Verfügung vom 21. Juni 2010 als rechters erweist, weshalb die dagegen erhobene Beschwerde vom 19. August 2010 abzuweisen ist.

## **E. 10**

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

### **E. 10.1**

Gemäss Art. 69 Abs. 1bis in Verbindung mit Art. 69 Abs. 2 IVG (in der seit dem 1. Juli 2006 gültigen Fassung) ist das Beschwerdeverfahren bei Streitigkeiten um die Bewilligung oder die Verweigerung von IV-Leistungen vor dem Bundesverwaltungsgericht kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Aufgrund der Gutheissung des Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

### **E. 10.2**

Angesichts der sich stellenden Sachverhalts- und Rechtsfragen sowie der Eingaben des Rechtsvertreters erscheint eine Entschädigung von CHF 2'600.- (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.-]) angemessen (Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und

Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die obsiegende Vorinstanz hat keinen Entschädigungsanspruch (Art. 7 Abs. 3 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.

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