

BVGer C-6022/2010 vom 22. Februar 2013

Bundesverwaltungsgericht, 2013-02-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-6022_2010

FR: TAF C-6022/2010 du 22 février 2013

IT: TAF C-6022/2010 del 22 febbraio 2013

Regeste

Rentenrevision

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 darstellt (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]). 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 VwVG in Verbindung mit Art. 60 ATSG und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Als Adressat der angefochtenen Verfügung vom 13. Juli 2010 (act. 54) ist der Beschwerdeführer berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (vgl. Art. 59 ATSG). Es ergibt sich zusammenfassend, dass sämtliche Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 1.4

Anfechtungsobjekt bildet die Verfügung der Vorinstanz vom 13. Juli 2010 (act. 54), mit welcher bei einem IV-Grad von 66% die bisherige ganze IV-Rente per 1. September 2010 aufgehoben und durch eine 3/4-Rente ersetzt wurde. Strittig und zu prüfen ist die Rechtmässigkeit dieser Verfügung 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 anwendbaren Normen und Rechtsgrundsätze darzustellen.

E. 2.1

Der Beschwerdeführer ist deutscher Staatsangehöriger, so dass das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Freizügigkeitsabkommen, SR 0.142.112.681, im Folgenden: FZA) anwendbar ist (Art. 80a IVG in der Fassung gemäss Ziff. I 4 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 2001 betreffend die Bestimmungen über die Personenfreizügigkeit im Abkommen zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der EFTA, in Kraft seit 1. Juni 2002). Das Freizügigkeitsabkommen setzt die verschiedenen bis dahin geltenden bilateralen Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union insoweit aus, als darin derselbe Sachbereich geregelt wird (Art. 20 FZA). Gemäss Art. 8 Bst. a FZA werden die Systeme der sozialen Sicherheit koordiniert, um insbesondere die Gleichbehandlung aller Mitglieder der Vertragsstaaten zu gewährleisten. Nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EWG) 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 (AS 2004 121) haben die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates wie die Staatsangehörigen dieses Staates selbst, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen. Dabei ist im Rahmen des FZA und der Verordnung auch die Schweiz als "Mitgliedstaat" zu betrachten (Art. 1 Abs. 2 von Anhang II des FZA). Demnach richten sich die Bestimmung der Invalidität und die Berechnung der Rentenhöhe auch nach dem Inkrafttreten des FZA nach schweizerischem Recht (BGE 130 V 253 E. 2.4). Noch keine Anwendung finden auch die am 1. April 2012 in Kraft gesetzten Verordnungen (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und Rates vom 29. April 2009 zur Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit (SR 0.831.109.268.1) sowie (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Systeme der sozialen Sicherheit (SR 0.831.109.268.11).

E. 2.2

Am 1. Januar 2008 sind im Rahmen der 5. IV-Revision Änderungen des IVG und des ATSG in Kraft getreten. Weil in zeitlicher Hinsicht - vorbehältlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen - grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgeblich sind,

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), sind die Leistungsansprüche für die Zeit bis zum 31. Dezember 2007 aufgrund der bisherigen und ab diesem Zeitpunkt nach den neuen Normen zu prüfen (pro rata temporis; BGE 130 V 445). Im vorliegenden Verfahren finden demnach grundsätzlich jene Vorschriften Anwendung, die spätestens beim Erlass der Verfügung vom 13. Juli 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 2008 in der Fassung vom 6. Oktober 2006 [AS 2007 5129; 5. IV-Revision]; die IVV in der entsprechenden Fassung der 5. IV-Revision [AS 2003 3859 und 2007 5155]). Die Normen des vom Bundesrat auf den 1. Januar 2012 in Kraft gesetzten ersten Teils der 6. IV-Revision (IV-Revision 6a) sind vorliegend nicht anwendbar.

E. 2.3

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. 1 IVG). Invalidität ist 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. 2.4

Gemäss Art. 28 Abs. 2 IVG (in der ab 2008 geltenden 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. Laut 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. Eine solche Ausnahme, wie sie seit dem 1. Juni 2002 für die Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates der EU und der Schweiz gilt, sofern sie in einem Mitgliedstaat der EU Wohnsitz haben (BGE 130 V 253 E. 2.3 und 3.1), ist vorliegend gegeben. Nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG; seit 1. Januar 2007: Bundesgericht) stellt diese Regelung nicht eine blosse Auszah-

lungsvorschrift, sondern eine besondere Anspruchsvoraussetzung dar (BGE 121 V 275 E. 6c).

E. 2.5

Ändert sich der Invaliditätsgrad einer Rentenbezügerin oder eines Rentenbezügers erheblich, so wird die Rente von Amtes wegen oder auf Gesuch hin für die Zukunft entsprechend erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben (Art. 17 Abs. 1 ATSG). Anlass zur Rentenrevision gibt nach der Rechtsprechung jede wesentliche Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen, die geeignet ist, den Invaliditätsgrad und damit den Rentenanspruch zu beeinflussen (BGE 134 V 131 E. 3). Die Invalidenrente ist deshalb nicht nur bei einer wesentlichen Veränderung des Gesundheitszustandes revidierbar, sondern auch dann, wenn sich die erwerblichen Auswirkungen (oder die Auswirkungen auf die Betätigung im üblichen Aufgabenbereich) des an sich gleich gebliebenen Gesundheitszustandes erheblich verändert haben; zudem kann auch eine Wandlung des Aufgabenbereichs einen Revisionsgrund darstellen (BGE 130 V 343 E. 3.5, 117 V 198 E. 3b; AHI 1997 S. 288 E. 2b). Liegt eine erhebliche Änderung des Sachverhalts vor, ist der Rentenanspruch in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht allseitig, d.h. unter Berücksichtigung des gesamten für die Leistungsberechtigung ausschlaggebenden Tatsachenspektrums zu prüfen (BGE 117 V 198 E. 4b; SVR 2011 IV Nr. 37 S. 109 E. 1.1).

E. 2.6.1

Im Rahmen einer Rentenrevision nach Art. 17 Abs. 1 ATSG bildet zeitliche Vergleichsbasis für die Prüfung einer anspruchserheblichen Änderung die letzte rechtskräftige Verfügung, welche auf einer materiellen Überprüfung des Leistungsanspruches mit rechtskonformer Sachverhaltsabklärung, Beweiswürdigung und Ermittlung des Invaliditätsgrades (bei Anhaltspunkten für eine Änderung in den Auswirkungen der gesundheitlichen Beeinträchtigung im erwerblichen oder im Aufgabenbereich) beruht (BGE 133 V 108 E. 5.4 und Urteil des Bundesgerichts 9C_889/2011 vom 8. Februar 2012 E. 3.2). Wird die Rente nach einer von Amtes wegen durchgeführten Revision, bei der keine leistungsbeeinflussende Änderung der Verhältnisse festgestellt wurde, weiter ausgerichtet, ist die entsprechende Mitteilung in Bezug auf den Vergleichszeitpunkt einer Verfügung gleichzustellen (Art. 74ter lit. f IVV [bis 31. Dezember 2011 Art. 74quater IVV]; vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_724/2012 vom 29. Oktober 2012 E. 2.1 mit Hinweisen).

E. 2.6.2

Hinsichtlich der zeitlichen Anknüpfungspunkte hat im vorliegenden Fall als letztmaliger, das Ergebnis einer rechtsgenügenden materiellen Prüfung des Rentenanspruchs darstellender Rechtsakt die ursprüngliche Verfügung vom 4. Februar 2005 (act. 29) zu gelten. Es ist also zu prüfen, ob seit dem 4. Februar 2005 und bis zum Erlass der vorliegend angefochtenen Verfügung vom 13. Juli 2010 (act. 54) eine wesentliche Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen eingetreten ist, welche geeignet wäre, den IV-Grad und damit den Rentenanspruch in rentenrelevanter Weise zu beeinflussen.

E. 3

In der angefochtenen Verfügung vom 13. Juli 2010 (act. 54) stützte sich die Vorinstanz auf das rheumatologisch-psychiatrische Gutachten vom 24. April 2009 (act. 44) sowie die bestätigende Einschätzung des RAD-Arzt F. _____ (act. 45) ab.

E. 3.1

Das Gutachten vom 24. April 2009 (act. 44) geht bezüglich der somatischen Beschwerden von einem unveränderten Gesundheitszustand seit 2004 aus (act. 44, S. 14, vgl. für die Diagnosen Erwägung B.a vorne), hingegen diagnostizierte es im psychiatrischen Teil, der psychische Gesundheitszustand habe sich seit Januar 2007 wieder normalisiert; es sei keine Diagnose mehr zu stellen und die Arbeitsfähigkeit aus rein psychiatrischer Sicht betrage 100% (act. 44, S. 19 f.). Aufgrund dieser Verbesserung des psychischen Gesundheitszustandes geht das Gutachten aus gesamtmedizinischer Sicht von einer 50%-igen Arbeitsfähigkeit seit Januar 2007 in einer Verweistätigkeit, welche körperlich rückenadaptiert und wechselbelastet, nicht mit dauernd Stehen, Sitzen oder Heben über 10 kg und nicht mit dauernden Zwangsstellungen verbunden ist, aus (act. 44, S. 26).

E. 3.2

Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts erfüllt das Gutachten vom 24. April 2009 die an den vollen Beweiswert eines ärztlichen Gutachtens gestellten Kriterien, da sowohl das rheumatologische als auch das psychiatrische Teilgutachten auf umfassenden Abklärungen beruhen und sich eingehend mit dem Versicherten und seinen Beschwerden auseinandersetzen. Insgesamt erscheinen die Darlegung der medizinischen Zusammenhänge, der medizinischen Diagnosen und der Schlussfolgerungen einleuchtend, überzeugend und ausführlich begründet. Da das Gutachten seitens des Beschwerdeführers nicht im Grundsatz bestritten wird (vgl. B-act. 22, S. 2, Punkt 3), erübrigen sich weitere Ausführungen dazu.

E. 4

Indessen bildet der sich daraus ergebende Invaliditätsgrad den Hauptstreitpunkt zwischen den Parteien. In der Folge ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführer die ihm von den Gutachtern attestierte medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit auch realistisch verwerten konnte und welcher IV-Grad gegebenenfalls resultiert.

E. 4.1

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine medizinisch attestierte Verbesserung grundsätzlich auf dem Weg der Selbsteingliederung verwertbar (Urteil des Bundesgerichts 9C_228/2010 vom 26. April 2011 E. 3.1). Diese Selbsteingliederung als Ausdruck der allgemeinen Schadenminderungspflicht (vgl. BGE 123 V 233 E. 3c m.H. und 113 V 28 E. 4a m.H.) geht nicht nur dem Renten-, sondern auch dem gesetzlichen Eingliederungsanspruch vor (BGE 113 V 22 E. 4a). Daraus kann im Regelfall unmittelbar auf eine Verbesserung der Erwerbsfähigkeit geschlossen werden (Urteil des Bundesgerichts 9C_768/2009 vom 10. September 2010 E. 4.1.2).

E. 4.1.1

Nach langjährigem Rentenbezug können jedoch ausnahmsweise Erfordernisse des Arbeitsmarktes der Anrechnung einer medizinisch vorhandenen Leistungsfähigkeit und medizinisch möglichen Leistungsentfaltung entgegenstehen, wenn aus den Akten einwandfrei hervorgeht, dass die Verwertung eines bestimmten Leistungspotenzials ohne vorgängige Durchführung befähigender Massnahmen allein vermittels Eigenanstrengung der versicherten Person nicht möglich ist (Urteile des Bundesgerichts 9C_768/2009 vom 10. September 2010 E. 4.1.2; 9C_163/2009 vom 10. September 2010 E. 4.2.2 und 9C_228/2010 vom 26. April 2011 E. 3.1.1). Der Ausnahmetatbestand der Notwendigkeit (vorgängiger) befähigender beruflicher Massnahmen trotz wiedergewonnener Arbeitsfähigkeit ist als erfüllt zu betrachten, wenn die revisions- oder

wiedererwägungsweise Herabsetzung oder Aufhebung der Invalidenrente eine versicherte Person betrifft, die das 55. Altersjahr zurückgelegt oder die Rente seit mehr als 15 Jahren bezogen hat (Urteil des Bundesgerichts 9C_228/2010 vom 26. April 2011 E. 3.1.1 und 3.3 [Präzisierung der Rechtsprechung]).

E. 4.1.2

Der Beschwerdeführer war im entscheidenden Zeitpunkt der medizinischen Feststellung der 50%-igen Arbeitsfähigkeit (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_149/2011 vom 25. Oktober 2012 E. 3.3 [zur Publikation vorgesehen]) am (...) 61 Jahre und 3 Monate alt (act. 44). Damit erfüllte er das von der oben genannten Rechtsprechung verlangte Kriterium, da er das 55. Altersjahr bereits zurückgelegt hatte. Somit ist davon auszugehen, dass sich im vorliegenden Fall die Vorinstanz grundsätzlich vor der Herabsetzung auf eine 3/4-Rente hätte vergewissern müssen, ob sich das medizinisch-theoretisch wiedergewonnene Leistungsvermögen ohne Weiteres in einem entsprechend tieferen Invaliditätsgrad niedergeschlagen hatte oder ob einerseits eine erwerbsbezogene Abklärung bzw. die Durchführung von Eingliederungsmassnahmen im Rechtssinne hätten durchgeführt werden müssen oder ob man andererseits davon ausgehen konnte bzw. musste, dass die medizinisch-theoretisch attestierte Arbeitsfähigkeit in einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt realistischweise nicht mehr verwertbar war.

E. 4.1.3

Wenn die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung ausführt (Beilage zu B-act. 14, S. 6), es sei ohne eine erwerbsbezogene Abklärung (der Eignung, Belastungsfähigkeit usw.) davon auszugehen, dass ausnahmsweise eine Selbsteingliederung möglich gewesen sei, was der Versicherte durch die Aufnahme der Arbeit als Taxifahrer seit November 2007 demonstriert habe, kann ihr nicht gefolgt werden. Der Beschwerdeführer ist zwar seit November 2007 teilzeitlich als Fahrer bei einem Taxiunternehmen in (...) angestellt, welches für Behinderte zu Schulen und geschützten Werkstätten fährt. Er arbeitet ungefähr 65 Stunden pro Monat und verdient (...). Diese Tätigkeit ist indessen nicht mit derjenigen eines durchschnittlichen Taxifahrers in einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt vergleichbar, da der Beschwerdeführer bei seiner Beschäftigung die Möglichkeit hat, täglich 2 mal 1.5 Stunden mit einer mehrstündigen Pause zwischen den beiden Fahrten zu arbeiten. Auch muss er ausschliesslich Taxi fahren, hingegen keine Rollstühle schieben oder schwere Gegenstände tragen (dafür ist eine Begleitperson zuständig). Den Beschwerdeführer aufgrund dieser sehr speziellen, auf seine Bedürfnisse ad hoc zugeschnittenen Tätigkeit (sozialer Natur) ausnahmsweise, wie die Vorinstanz ausführt, auf die Schiene der Selbsteingliederung zu verweisen, geht - auch aufgrund seines Alters - fehl.

E. 4.1.4

Es bleibt abzuklären, ob im konkreten Fall eine erwerbsbezogene Abklärung (der Eignung, Belastungsfähigkeit, usw.) und/oder die Durchführung von Eingliederungsmassnahmen im Rechtssinne notwendig waren oder ob schon damals davon auszugehen war, dass die medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit nicht mehr verwertbar war.

E. 4.1.5

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass - sollte man zur Überzeugung gelangen, dass auf die erste Variante geschlossen werden müsste und man den Fall an die Vorinstanz zur Vornahme einer Eignungs- und Belastungsprüfung und zum Erlass eines Entscheides betreffend die eventuelle Herabsetzung der Rente zurückwies - ebenfalls

beachtet werden müsste, dass der Beschwerdeführer nunmehr bereits das AHV-Alter von 65 Jahren erreicht hat. Eine solche Rückweisung an die Vorinstanz kann allerdings aus verschiedenen im Folgenden aufzuzeigenden Gründen nicht (bzw. jedenfalls nicht mehr) als angemessene Lösung gelten.

E. 4.2

Wie nachfolgend auszuführen sein wird, konnte der Beschwerdeführer angesichts seines fortgeschrittenen Alters nach der allgemeinen Lebenserfahrung in einem als ausgeglichen verstandenen Arbeitsmarkt (vgl. Art. 7 Abs. 1 und Art. 16 ATSG) nicht mehr als vermittelbar gelten (vgl. statt vieler Urteil des Bundesgerichts 9C_427/2010 vom 14. Juli 2010 E. 2.4.).

E. 4.2.1

Der ausgeglichene Arbeitsmarkt (Art. 16 ATSG) ist gekennzeichnet durch ein gewisses Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage nach Arbeitskräften und weist einen Fächer verschiedenster Tätigkeiten auf (BGE 110 V 273 E. 4b S. 276 und seitherige Entscheide). Dabei ist nicht von realitätsfremden Einsatzmöglichkeiten auszugehen. Es können nur Vorkehren verlangt werden, die unter Berücksichtigung der gesamten objektiven und subjektiven Gegebenheiten des Einzelfalles zumutbar sind (SVR 2008 IV Nr. 62 S. 203 E. 5.1 mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 9C_830/2007). Von einer Arbeitsgelegenheit kann dort nicht gesprochen werden, wo die zumutbare Tätigkeit nur in so eingeschränkter Form möglich ist, dass sie der ausgeglichene Arbeitsmarkt praktisch nicht kennt oder sie nur unter nicht realistischem Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers möglich und das Finden einer entsprechenden Stelle daher zum vorneherein als ausgeschlossen erscheint (ZAK 1991 S. 318 E. 3b; Urteil des Bundesgerichts 9C_854/2008 vom 17. Dezember 2008 E. 2.1).

E. 4.2.2

Das fortgeschrittene Alter wird in der Rechtsprechung als Kriterium anerkannt, welches zusammen mit weiteren persönlichen und beruflichen Gegebenheiten dazu führen kann, dass die einer versicherten Person verbliebene Resterwerbsfähigkeit auch in einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt nicht mehr nachgefragt würde. Der Einfluss des Lebensalters auf die Möglichkeit, das verbliebene Leistungsvermögen zu verwerten, lässt sich nicht nach einer allgemeinen Regel bemessen, sondern hängt von den konkreten Umständen ab. Zu denken ist zunächst an die Art und Beschaffenheit des Gesundheitsschadens und seiner Folgen, angesichts der beschränkten verbleibenden Aktivitätsdauer sodann namentlich an den absehbaren Umstellungs- und Einarbeitungsaufwand und in diesem Zusammenhang auch an die Persönlichkeitsstruktur, an vorhandene Begabungen und Fertigkeiten, die Ausbildung, den beruflichen Werdegang oder an die Möglichkeit, Berufserfahrung anzuwenden (vgl. Urteile des Bundesgerichts 9C_427/2010 vom 14. Juli 2010 E. 2.4.1, 9C_918/2008 vom 28. Mai 2009 E. 4.2.2, I 831/05 vom 21. August 2006 E. 4.1.1 und I 392/02 vom 23. Oktober 2003 E. 3.1).

E. 4.2.3

Das Bundesgericht hat in verschiedenen Fällen die Vermittelbarkeit und damit die Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit der Versicherten verneint. Im Urteil I 392/02 vom 23. Oktober 2003 hat es die Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit bei einem über 61-jährigen Versicherten, der über keine Berufsausbildung und über keinerlei Kenntnis der noch zu 50% zumutbaren feinmotorischen Tätigkeiten verfügte, dessen Teilarbeitsfähigkeit

weiteren krankheitsbedingten Einschränkungen unterlag und dem von den Fachleuten der Berufsberatung die für einen Berufswechsel erforderliche Anpassungsfähigkeit abgesprochen worden war, verneint. Zum gleichen Schluss kam es in einem Fall, wo die Restarbeitsfähigkeit 50% betrug und es sich beim Beschwerdeführer um eine 60 Jahre alte, selbständig erwerbstätige Person handelte (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_612/2007 E. 5.2). Ebenso hat es bei einem knapp 64-jährigen Versicherten mit multiplen, die Arbeitsfähigkeit einschränkenden Beschwerden entschieden, dessen Arbeitsfähigkeit ebenfalls 50% (mit verschiedenen Auflagen) betrug (Urteil des Bundesgerichts I 401/01 vom 4. April 2002 E. 4 c und d). Bei einem 64 ½-jährigen Magaziner, der einen Berufswechsel hätte vollziehen müssen, um die noch zumutbaren leichten und wechselbelastenden Tätigkeiten ausüben zu können, hat das Bundesgericht ebenfalls eine Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit verneint (Urteil des Bundesgerichts 9C_979/2009 vom 10. Februar 2010 E. 4 und 5). Im Falle einer 61-jährigen Frau, die angesichts der verbliebenen 50%-igen Arbeitsfähigkeit einer Umschulung bedurft hätte, entschied das Bundesgericht auch in diesem Sinne (SVR 2009 IV Nr. 35 S. 97 E. 4.3; Urteil des Bundesgerichts 9C_437/2008). Schlussendlich wurde in einem Fall, der einen im Zeitpunkt der Begutachtung knapp 57-jährigen Mann betraf, angesichts der Kumulation von erschwerenden Faktoren (IV-Rente seit 39 Jahren, sehr tiefe Intelligenz und geringe psychische Ressourcen) eine medizinisch-theoretische volle Arbeitsfähigkeit als realistischlicherweise nicht mehr nachgefragt betrachtet. Eine Verwertung in einem die Rente ausschliessenden Ausmass wurde als nicht mehr zumutbar eingeschätzt, weshalb der Anspruch auf eine ganze Invalidenrente bestätigt wurde (Urteil des Bundesgerichts 8C_409/2012 vom 10. Dezember 2012 E. 4).

E. 4.2.4

Im vorliegend zu beurteilenden Fall war der Beschwerdeführer im massgebenden Zeitpunkt (vgl. E. 4.1.2 vorne) 61 Jahre und 3 Monate alt; somit betrug die verbleibende Aktivitätsdauer bis zum Eintritt ins AHV-Alter noch 3 3/4 Jahre.

E. 4.2.5

Der Beschwerdeführer verfügte aus medizinischer Sicht (vgl. Gutachten, act. 44, S. 26) noch über eine 50%-ige Arbeitsfähigkeit in einer Verweistätigkeit; in der angestammten Tätigkeit als Maurer war er hingegen zu 100% arbeitsunfähig. Das Profil der Verweistätigkeit umfasste eine körperlich rückenadaptierte Tätigkeit, wechselbelastet, nicht mit dauernd nur Stehen oder Sitzen, mit Heben nicht über 10 kg, nicht mit dauernden Zwangsstellungen oder vornübergebeugt (vgl. act. 44, S. 26).

E. 4.2.6

Gemäss der Einschätzung der Vorinstanz kämen aufgrund der Expertise von 2004 (act. 25, S. 11) als weitere Tätigkeiten Überwachungs- und Kontrollaufgaben sowie eine Verkäufer- oder Beratertätigkeit in einem Baumarkt und anderes mehr in Frage, wobei der Beschwerdeführer "sein angestammtes Betätigungsfeld nicht verlassen und an eine langjährige Berufserfahrung anknüpfen" könne (Beilage zu B-act. 14, S. 6). Auf diese Verweistätigkeiten wurde aber im Gutachten vom April 2009 weder hingewiesen, noch Bezug genommen.

E. 4.2.7

Aufgrund der Akten ist ersichtlich, dass der Beschwerdeführer sein ganzes Leben als Maurer angestellt war, arbeitete er doch seit seiner erfolgreich absolvierten Maurerlehre im

Jahr (...) bis zu seinem Unfall am (...) immer auf diesem Beruf (vgl. act. 44, S. 11, act. 25, S. 8 und act. 23, S. 10). Somit kann zwar von einer langjährigen Berufserfahrung in der angestammten Tätigkeit gesprochen werden, hingegen wäre diese dem Versicherten in einer Verweistätigkeit, auch in denjenigen, welche in der Expertise von 2004 noch aufgelistet wurden, kaum von Nutzen. Der Beschwerdeführer verfügt auch nicht über eine Ausbildung, welche ihm bei einer beruflichen Neuorientierung nützlich sein könnte, da er nur neun Jahre Volksschule absolviert hat.

E. 4.2.8

Insbesondere aber verfügt der Beschwerdeführer nicht über die für einen Berufswechsel erforderliche Anpassungsfähigkeit: Seine geistige Umstellungsfähigkeit und Flexibilität wurde bereits im Gutachten vom 26. November 2004 ausdrücklich verneint, weswegen seitens der Gutachter berufliche Massnahmen mit dem Ziel, den Versicherten auf eine neue Tätigkeit umzuschulen, abgelehnt wurden (act. 25, S. 11). Es ist davon auszugehen, dass diese Einschätzung auch bei Erlass der Verfügung noch immer ihre Gültigkeit hatte, zumal im Gutachten vom 24. April 2009 (act. 44), im Gegensatz zu jenem von 2004, keine möglichen Verweistätigkeiten mehr aufgeführt wurden und aus rheumatologischer Sicht (bezüglich derer sich die gesundheitliche Situation 2009 unverändert zu jener von 2004 präsentierte) ohne spezielle Begründung angegeben wurde, berufliche Massnahmen seien nicht indiziert (act. 44, S. 27). Daran ändert nichts, dass der Beschwerdeführer im November 2007 selbständig eine neue, aber sehr spezielle Tätigkeit (vgl. E. 4.2.10), aufgenommen hatte.

E. 4.2.9

Unabhängig von der fehlenden Anpassungsfähigkeit wäre der Umstellungs- und Einarbeitungsaufwand für einen möglichen neuen Arbeitgeber wohl zu hoch: Der Beschwerdeführer verfügte bezüglich feinmotorischer Fertigkeiten über keinerlei berufliche Erfahrungen und Fähigkeiten, weshalb ein wesentlicher Teil der für ihn allenfalls noch zumutbaren, leichten Verweistätigkeiten ausser Betracht gefallen wäre (vgl. auch Urteile des Bundesgerichts I 392/02 vom 23. Oktober 2003 E. 3.3, I 401/01 vom 4. April 2002 E. 4c und 9C_979/2009 vom 10. Februar 2010 E. 4). Zusätzlich wurde der Beschwerdeführer von den Gutachtern sowohl 2004 als auch 2009 als deutlich vorgealtert und dekonditioniert beschrieben (act. 23, S. 7, act. 25, S. 5, act. 44, S. 14), was natürlich für einen schon über 61-jährigen Arbeitnehmer einen weiteren gravierenden Nachteil bei der Arbeitsfindung darstellt.

E. 4.2.10

Es muss aus diesen Gründen davon ausgegangen werden, dass die vom Beschwerdeführer ausgeübte Tätigkeit als Taxifahrer für Behinderte in zwei kleinen Schichten pro Tag die einzige für ihn realistischerweise noch mögliche Beschäftigung darstellte, auch, weil für diese Tätigkeit keine (Um-)Schulung nötig war. Es kann damit aber nicht von einer eigentlichen Arbeitsgelegenheit gesprochen werden, da der ausgeglichene Arbeitsmarkt diese Tätigkeit praktisch nicht kennt (vgl. vorne, E. 4.2.1). Eine Abklärung der Eignungs- und Belastungsfähigkeit als "normaler" Taxifahrer, und umso mehr in einer anderen Verweistätigkeit, macht unter den gegebenen Umständen keinen Sinn mehr, da der Beschwerdeführer - der gemäss Auskunft der Gutachter nicht zur Übertreibung seiner gesundheitlichen Einschränkungen neigt, daher als glaubwürdig einzuschätzen ist und darüber hinaus 2009 seine gesundheitlichen Beschwerden noch weniger als 2004 betonte

[act. 44, S. 27]) - zur Einschätzung seiner eigenen Arbeitsfähigkeit aussagte, dass diese nicht verbesserbar sei, weil es ihm aus körperlichen Gründen nicht möglich sei, sein jetziges Arbeitspensum zu erhöhen; er sei mit zwei Arbeitsrunden bezüglich Rückenschmerzen genügend belastet (act. 44, S. 17/18). Diese glaubwürdige - nicht medizinisch-theoretische - Einschätzung des Beschwerdeführers betreffend seine Belastungsfähigkeit blieb im Gutachten im Wesentlichen unwidersprochen. Ebenfalls kann diese Selbsteinschätzung als realistisch eingestuft werden, weil der Beschwerdeführer gerade in der Taxifirma, in der er seit November 2007 eine (sehr spezielle und angepasste) Arbeit gefunden hatte und wo auch seine Frau arbeitete, die besten Voraussetzungen gehabt hätte, um sein Pensum auszuweiten, soweit die Eignung und Belastungsfähigkeit vorhanden gewesen wären. Auch Dr. med. B. C. _____ ist der Meinung, dass die Einschätzung der (medizinisch-theoretischen) Leistungsfähigkeit nicht mit der tatsächlichen Belastungsfähigkeit übereinstimmt (ärztliche Bescheinigung vom 16. März 2010 [act. 51, S.3]). Es gibt keinen Grund, in Anbetracht der gesamten Umstände des konkreten Falles daran zu zweifeln, dass der Beschwerdeführer bei Vorhandensein der Eignung und Belastungsfähigkeit seine Tätigkeit als Taxifahrer selbständig und freiwillig weiter ausgedehnt hätte oder - bei zusätzlichem Vorhandensein der nötigen Anpassungsfähigkeit und Flexibilität - eine neue Verweistätigkeit aufgenommen hätte (so wie er es schon im November 2007 aus eigener Initiative gemacht hatte).

E. 4.3.1

Insgesamt ist festzustellen, dass der im (...) 2009, im Zeitpunkt der letzten Expertise in der Schweiz, 61 Jahre und 3 Monate alte Beschwerdeführer nur noch über eine 50%-ige medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit in Verweistätigkeiten mit zusätzlichen Einschränkungen (körperlich rückenadaptiert, wechselbelastet, nicht mit dauernd nur Stehen oder Sitzen, mit Heben nicht über 10kg, nicht mit dauernden Zwangsstellungen oder vornübergebeugt), verfügte. Da der Beschwerdeführer auch bezüglich feinmotorischer Fertigkeiten über keinerlei Erfahrungen und Fähigkeiten verfügte, wäre für ihn ein wesentlicher Teil der allenfalls noch zumutbaren leichten Verweistätigkeiten ausser Betracht gefallen. Der Beschwerdeführer verfügte jedenfalls zusätzlich nicht über die für einen Berufswechsel in eine neue Verweistätigkeit erforderliche Anpassungsfähigkeit (fehlende geistige Umstellungsfähigkeit und Flexibilität), ebensowenig wie für eine Ausweitung seiner Tätigkeit als Taxifahrer (vgl. E. 4.2.10). Es ist weiter davon auszugehen, dass ein potentieller Arbeitgeber mit überwiegender Wahrscheinlichkeit wegen der beschränkten Aktivitätsdauer von 3 3/4 Jahren, der Arbeitsfähigkeit von nur 50%, der nicht vorhandenen Berufserfahrung des Beschwerdeführers, der langen Einarbeitungs- und Angewöhnungszeit und in Berücksichtigung der Persönlichkeitsstruktur des Beschwerdeführers (deutliche Voralterung, Dekonditionierung, fehlende Anpassungsfähigkeit und Flexibilität) eine Einstellung als nicht wirtschaftlich eingeschätzt hätte, zumal behindertengerechte Arbeitsplätze mit der Möglichkeit, teils stehend, teils sitzend zu arbeiten, von Behinderten in jungem und mittlerem Alter ebenfalls stark nachgefragt werden (vgl. dazu Urteile des Bundesgerichts 9C_979/2009 E. 4 und I 392/02 vom 23. Oktober 2003 E. 3.3. m.H.).

E. 4.3.2

Der Beschwerdeführer ist aus diesen Gründen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als in einem ausgeglichenen theoretischen Arbeitsmarkt nicht mehr vermittelbar und somit als vollständig erwerbsunfähig einzustufen, da seine

medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit nicht mehr verwertbar ist.

E. 4.3.3

Die Beschwerde vom 2. August 2010 ist gutzuheissen und die angefochtene Verfügung vom 13. Juli 2010 ist in dem Sinne abzuändern, als dass der Beschwerdeführer ab dem 1. September 2010 weiterhin Anspruch auf eine ganze Rente hat.

E. 4.3.4

In Anbetracht des Ausgangs der Verfahrens kann die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Frage der Unkorrektheit des von der Vorinstanz durchgeführten Einkommensvergleichs grundsätzlich offen gelassen werden.

E. 4.3.4.1

Es ist aber durchaus möglich, dass eine Anwendung von Art. 31 IVG (in der Fassung bis zum 31. Dezember 2011) auch zur Bestätigung des Rechts auf Auszahlung der vorherigen ganzen Rente (anstatt neu einer Dreiviertelrente wie von der Vorinstanz berechnet) geführt hätte. Anhand der bisher ergangenen grundlegenden Rechtsprechung des Bundesgerichts zu dieser Thematik (BGE 137 V 369, BGE 136 V 216 und Urteil des Bundesgerichts 9C_833/2009 vom 4. Februar 2010) hat sich der von Art. 31 IVG rechtlich geordnete Sachverhalt im konkreten Fall erst Anfang 2008 erfüllt (Arbeitsaufnahme: November 2007; die Verbesserung der Erwerbstätigkeit ist aber frühestens ab Ende Januar 2008 zu berücksichtigen [Art. 88a Abs. 1 IVV und Urteil des Bundesgerichts 9C_833/2009 vom 4. Februar 2010 E. 3.3]). Weiter hat das Bundesgericht offen gelassen, wie vorzugehen ist bzw. ob Art. 31 IVG Anwendung findet, wenn eine betroffene Person, wie im konkreten Fall, ihr vorerst hypothetisches Invalideneinkommen zu einem späteren Zeitpunkt in ein faktisch erzielt "umwandelt" (BGE 136 V 216 E. 5.6.2).

E. 4.3.4.2

Wie der Beschwerdeführer nicht ohne gute Gründe verlangt hat, müsste im hier in Frage stehenden Fall mit grosser Wahrscheinlichkeit auch eine Erhöhung des Leidensabzuges von 20% auf 25% erfolgen. Diese Frage braucht aber nicht abschliessend entschieden zu werden, denn die alleinige Erhöhung des Leidensabzuges um 5% hätte nicht die Ausbezahlung der vorherigen ganzen Rente zur Folge.

E. 5

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

E. 5.1

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Weil der Beschwerdeführer obsiegt, sind ihm im vorliegenden Fall keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Der Vorinstanz werden ebenfalls keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 5.2

Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer hat gemäss Art. 64 Abs. 1 und 2 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 (vgl. dazu auch die Urteile des Bundesgerichts 9C_122/2010 vom 4. Mai 2010 und 9C_592/2010 vom 23. März 2011).

E. 5.3

Da der Rechtsvertreter keine Kostennote eingereicht hat, 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 erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.- (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.-]) gerechtfertigt.

E. 5.4

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist somit gegenstandslos (vgl. statt vieler Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-2862/2010 vom 7. Mai 2012 E. 6.3 und C-1245/2010 vom 1. Juli 2011 E. 8.4). (Dispositiv auf der nächsten Seite)

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