

# **BVGer C-904/2007 vom 7. Dezember 2009**

Bundesverwaltungsgericht, 2009-12-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-904\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-904_2007)

FR: TAF C-904/2007 du 7 décembre 2009

IT: TAF C-904/2007 del 7 dicembre 2009

## **Regeste**

Invaliditätsbemessung

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) in Verbindung mit Art. 33 Bst. d VGG und Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG, SR 831.20) sowie Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen der IV-Stelle für Versicherte im Ausland. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor.

### **E. 1.2**

Durch die angefochtene Verfügung war der Beschwerdeführer besonders berührt. Sein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung und damit seine Beschwerdelegitimation sind für den Zeitpunkt der Beschwerdeführung zu bejahen (Art. 59 des Bundesgesetzes über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 [ATSG, SR 830.1]; entsprechend: Art. 48 Abs. 1 VwVG). Gestützt auf die Eingabe vom 10. August 2009 des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers (und gleichzeitig durch das Bezirksgericht V.\_\_\_\_\_ eingesetzten Verlassenschaftskurators) ist erstellt, dass dieser das Verfahren in Vertretung der Erbschaft weiterführen will. Er gibt an, Rentenberechtigte gebe es nicht. Der Verstorbene habe allerdings zwei Kinder. Er werde als Verlassenschaftskurator die Angelegenheit weiterverfolgen, um allenfalls berechnete Forderungen gegen die IVSTA einbringlich zu machen. Den Akten ist zu entnehmen, dass die Sozialhilfe der Stadt V.\_\_\_\_\_ eine Forderung von EUR 2'631.99 gegen den Nachlass des Beschwerdeführers geltend macht (act. 16.1). Die allfälligen Berechtigten aus der Erbschaft, seien es die beiden Kinder, weitere Berechnete oder der Staat, vorliegend vertreten durch den eingesetzten Verlassenschaftskurator, haben zweifellos ein schützenswertes Interesse an der Weiterführung des Verfahrens, in welchem festzustellen ist, ob der verstorbene Beschwerdeführer bis zu seinem Tod einen Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung hatte. Es kann hier jedoch offengelassen werden, welchen Berechneten aus der Erbschaft vorliegend Parteistellung zukommt, weil - wie unten aufgezeigt wird - der Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Invalidenrente zu verneinen ist und keine Kosten aufzuerlegen sind.

### **E. 1.3**

Da die Beschwerde im Übrigen frist- und formgerecht eingereicht wurde, ist darauf einzutreten (Art. 60 ATSG in Verbindung mit Art. 22a Abs. 1 Bst. c VwVG und Art. 52

VwVG).

### **E. 2.1**

Nach Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), soweit das VGG nichts anderes bestimmt. Indes findet das Verwaltungsverfahrensgesetz aufgrund von Art. 3 Bst. dbis VwVG keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) anwendbar ist. Nach Art. 1 Abs. 1 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. 2.2.1**

Der Beschwerdeführer war österreichischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Österreich, so dass vorliegend das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (nachfolgend: FZA, SR 0.142.112.681), insbesondere dessen Anhang II betreffend die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, anzuwenden ist (Art. 80a IVG).

### **E. 2.2.2**

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. 2.2.3**

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). Allerdings werden die von den Trägern der anderen Staaten erhaltenen ärztlichen Unterlagen und Berichte gemäss Art. 40 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (SR 0.831.109.268.11; vgl. auch Art. 51 der Verordnung 574/72) berücksichtigt. Gemäss Art. 40 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1408/71 ist die vom Träger eines Mitgliedstaates getroffene Entscheidung über die Invalidität eines Antragstellers für den Träger eines anderen betroffenen Staates nur dann verbindlich, wenn die in den Rechtsvorschriften dieser Staaten festgelegten Tatbestandsmerkmale der Invalidität in Anhang V dieser Verordnung als übereinstimmend anerkannt sind, was für das Verhältnis zwischen Österreich und der Schweiz (ebenso wie für das Verhältnis zwischen den übrigen EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz) nicht der Fall ist.

### **E. 2.2.4**

Demnach bestimmt sich vorliegend der Anspruch des Beschwerdeführers auf Leistungen der schweizerischen Invalidenversicherung ausschliesslich nach dem innerstaatlichen schweizerischen Recht, ins-besondere nach dem IVG sowie der Verordnung über die

Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV, SR 831.210).

### **E. 2.3**

Weil in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtsätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben, und weil ferner die Gerichte im Bereich der Sozialversicherung bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den im Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Verwaltungsaktes, hier der Verfügung vom 21. Dezember 2006, eingetretenen Sachverhalt abstellen (BGE 130 V 329, BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweisen), sind die ab 1. Januar 2003 geltenden Bestimmungen des ATSG anwendbar. Das IVG ist somit in der Fassung vom 31. März 2003 [4. IVG-Revision] anwendbar (in Kraft seit 1. Januar 2004). Nicht zu berücksichtigen sind demnach die durch die 5. IVG-Revision eingeführten Änderungen, welche am 1. Januar 2008 in Kraft getreten sind (AS 2007 5129). Im Folgenden werden deshalb die ab 1. Januar 2004 bis Ende 2007 gültig gewesenen Bestimmungen des ATSG, des IVG und der IVV zitiert.

### **E. 3.1**

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. 3.2**

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 193 E. 2, BGE 122 V 157 E. 1a, je mit weiteren Hinweisen). 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 353 E. 5b, 125 V 193 E. 2, je mit Hinweisen).

### **E. 4**

Im vorliegenden Verfahren ist streitig und vom Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob die IV-Stelle dem Beschwerdeführer zu Recht die Zusprechung einer Invalidenrente verweigert hat. Zunächst sind jedoch die zur Beurteilung der Streitsache massgebenden gesetzlichen Grundlagen und die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze darzulegen.

#### **E. 4.1**

Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt (Art. 6 ATSG).

#### **E. 4.2**

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). Erwerbsunfähigkeit ist, vereinfacht ausgedrückt, gesundheitlich bedingte Unfähigkeit, durch zumutbare Arbeit ein Erwerbseinkommen zu verdienen (vgl. ALFRED MAURER/GUSTAVO SCARTAZZINI/MARC HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, 3. Auflage, Basel 2009, § 6 Rz.16 und § 12 Rz. 16). Dabei sind die Erwerbs- bzw. Arbeitsmöglichkeiten nicht nur im angestammten Beruf, sondern - wenn erforderlich - auch in zumutbaren Verweisungstätigkeiten zu prüfen. Aufgrund des im gesamten Sozialversicherungsrecht geltenden Grundsatzes der Schadenminderungspflicht ist ein in seinem bisherigen Beruf dauernd arbeitsunfähiger Versicherter gehalten, innert nützlicher Frist Arbeit in einem anderen Berufs- oder Erwerbszweig zu suchen und anzunehmen, soweit dies möglich und zumutbar erscheint (BGE 113 V 22 E. 4a, 111 V 235 E. 2a). Diese Erwerbsmöglichkeit hat sich der Versicherte anrechnen zu lassen. Der Begriff des ausgeglichenen Arbeitsmarktes ist ein theoretischer und abstrakter Begriff, welcher dazu dient, den Leistungsbereich der Invalidenversicherung von jenem der Arbeitslosenversicherung abzugrenzen. Der ausgeglichene Arbeitsmarkt kennzeichnet sich durch ein Gleichgewicht zwischen Angebot von Stellen und Nachfrage nach solchen; dabei muss zudem ein Fächer verschiedenartiger Stellen vorliegen, und zwar sowohl bezüglich der dafür verlangten beruflichen und intellektuellen Fähigkeiten wie auch hinsichtlich des körperlichen Einsatzes (BGE 110 V 273 E. 4b; ZAK 1991 321 E. 3b; sowie UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009, Art. 7 Rz 26 und THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage, Bern 2003, § 9 Rz. 15). Massgebend ist, inwiefern sich das dem Versicherten verbliebene Leistungsvermögen auf dem für ihn in Frage kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt wirtschaftlich verwerten lässt (BGE 110 V 273 E. 4b, ZAK 1991 S. 321 E. 3b). Daraus folgt, dass für die Invaliditätsbemessung nicht darauf abzustellen ist, ob eine invalide Person unter den konkreten Arbeitsmarktverhältnissen vermittelt werden kann, sondern einzig darauf, ob sie die ihr verbliebene Arbeitskraft noch wirtschaftlich nutzen könnte, wenn die verfügbaren Arbeitsplätze dem Angebot an Arbeitskräften entsprechen würden (AHI 1998 S. 291 E. 3b).

### **E. 4.3**

Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG). Der Zeitpunkt des Eintritts der Invalidität beurteilt sich nach Art. 29 Abs. 1 IVG. Der Rentenanspruch entsteht frühestens in dem Zeitpunkt, in dem der Versicherte mindestens zu 40% bleibend erwerbsunfähig geworden ist (Bst. a: Dauerinvalidität, Art. 7 ATSG) oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40% arbeitsunfähig war (Bst. b: langdauernde Krankheit, Art. 6 ATSG, vgl. BGE 121 V 272 ff. E. 6). Der Rentenanspruch erlischt mit dem Tod des Versicherten (Art. 30 IVG).

#### **E. 4.3.1**

Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG besteht bei einem Invaliditätsgrad von 70% Anspruch auf eine ganze Rente, bei einem Invaliditätsgrad von 60% Anspruch auf eine Dreiviertelsrente, bei einem Invaliditätsgrad von 50% Anspruch auf eine halbe Rente und bei einem Invaliditätsgrad von 40% Anspruch auf eine Viertelsrente.

#### **E. 4.3.2**

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).

#### **E. 4.4**

Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung (und im Beschwerdefall das Gericht) auf Unterlagen angewiesen, die ärztliche und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes oder der Ärztin ist es dabei, 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 Person noch zugemutet werden können (BGE 125 V 256 E. 4 mit Hinweisen). Die - arbeitsmedizinische - Aufgabe der Ärzte und Ärztinnen besteht darin, sich dazu zu äussern, inwiefern die versicherte Person in ihren körperlichen oder geistigen Funktionen leidsbedingt eingeschränkt ist. Die Frage, welche konkreten beruflichen Tätigkeiten auf Grund der medizinischen Angaben und unter Berücksichtigung der übrigen Fähigkeiten der versicherten Person in Frage kommen, ist demgegenüber nicht von der Ärztin oder dem Arzt, sondern von der Verwaltung bzw. von der Berufsberatung zu beantworten (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts I 457/04 vom 26. Oktober 2004, in: SVR 2006 IV Nr. 10, E. 4.1 mit Verweis auf BGE 107 V 17 E. 2b).

#### **E. 5**

Der Beschwerdeführer verlangt die Abänderung der angefochtenen Verfügung in dem Sinne, als dass eine Rente ausgerichtet werde. Gestützt auf die neuen österreichischen medizinischen Gutachten und das österreichische Gerichtsurteil sowie das Schreiben der deutschen Invalidenversicherung rügt er, die Beurteilung der Schweizer Invalidenversicherung sei unrichtig und nicht nachvollziehbar.

##### **E. 5.1.1**

Nach Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts beurteilt sich die Frage, ob eine anspruchsbegründende Änderung in den für den Invaliditätsgrad erheblichen Tatsachen eingetreten ist, im Neuanmeldungsverfahren bei der materiellen Prüfung - analog zur Rentenrevision nach Art. 41 aIVG (seit 1. Januar 2003: Art. 17 ATSG) - durch den Vergleich des Sachverhalts, wie er im Zeitpunkt der ersten Ablehnungsverfügung bestanden hat, mit demjenigen zur Zeit der streitigen neuen Verfügung. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat wiederholt bestätigt, dass die zum Rentenrevisionsverfahren nach Art. 41 aIVG entwickelten Grundsätze über die zeitlich zu vergleichenden Sachverhalte analog auch im Falle einer Neuanmeldung Geltung hätten (BGE 130 V 71 E. 3.1 mit Hinweis auf BGE 105 V 29 E. 1b sowie AHI 1999 S. 84 E. 1b und BGE 117 V 198 E. 3a mit vielen weiteren Hinweisen).

##### **E. 5.1.2**

Zeitlicher Referenzpunkt für die Prüfung einer anspruchserheblichen Änderung bildet die letzte (der versicherten Person eröffnete) rechtskräftige Verfügung, welche auf einer

materiellen Prüfung des Rentenanspruchs mit rechtskonformer Sachverhaltsabklärung, Beweiswürdigung und Durchführung eines Einkommensvergleichs (bei Anhaltspunkten für eine Änderung in den erwerblichen Auswirkungen des Gesundheitszustandes) beruht (BGE 133 V 108 E. 5.4, mit Hinweisen).

## **E. 5.2**

Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Neuanschuldung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach erfolgten Anmeldungen vom 5. Dezember 1997 (Verfügung vom 21. März 2000) und vom 1. Juli 2001 (Verfügung vom 4. November 2002), wobei ein Rentenanspruch jeweils abgewiesen wurde (siehe oben Sachverhalt C. und E.). Den Referenzpunkt bildet die erste Verfügung vom 21. März 2000, da im zweiten Verfahren weder der Sachverhalt im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis umfassend abgeklärt noch ein Einkommensvergleich durchgeführt wurde. Somit ist zu prüfen, ob sich die Gesundheit des Beschwerdeführers seit der rechtskräftig gewordenen Verfügung vom 4. März 2000 bis zum 21. Dezember 2006 in einem Mass verschlechtert hatte, dass er bis zu seinem Tod am (...) 2009 über einen Rentenanspruch der Schweizer Invalidenversicherung verfügt hätte.

## **E. 6.1**

Gemäss den Akten erlitt der Beschwerdeführer 1993 einen Wirbelkörperbruch (BWS) und gab seine Erwerbstätigkeit in der Schweiz auf. Anschliessend war er nicht mehr erwerbstätig (act. IV/20, 45 S. 2). Im Jahr 1995 erlitt er einen zweiten Wirbelkörperbruch (LWS, vgl. act. 3).

### **E. 6.1.1**

Die im Auftrag der PVA untersuchenden Gutachter Dr. C.\_\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädie und orthopädische Chirurgie sowie Dr. D.\_\_\_\_\_, Ärztin für Allgemeinmedizin, stellten im Februar 1998 ein oberes und unteres Cervikalsyndrom ICD 721 0, sowie eine chronisch rezidivierende Dorsolumbalgie bei Zustand nach Kompressionsfraktur Th 12 und L1 ICD 724/1 724/2 fest. Dr. D.\_\_\_\_\_ beschrieb ausserdem beim Allgemeinbefund einen nervösen, beim Denken eher umständlichen, teilweise aufbrausenden agitierten Probanden, mit Neigung zur Hyperventilation, ohne formale oder inhaltliche Denkstörungen oder Hinweis für paranoide Ideen, aber bezüglich Pension sehr begehrllich. Im Ergebnis kamen die beiden Gutachter zum Schluss, der Untersuchte sei in der Lage, unter Berücksichtigung einer verminderten Belastung der Wirbelsäule, leichte und fallweise mittelschwere Arbeit in wechselnder Körperhaltung zu leisten, unter Vermeidung von Tätigkeiten in zugigem oder feuchtkaltem Milieu. Aufgrund der herabgesetzten psychischen Belastbarkeit könnten indes Arbeiten unter Akkord- und Schichtbedingungen nicht ausgeübt werden (act. IV/4, 5).

### **E. 6.1.2**

Im Rahmen des damaligen Klageverfahrens am Landesgericht T.\_\_\_\_\_ wurde ein weiteres orthopädisches Gutachten von Dr. F.\_\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädie und orthopädische Chirurgie, vom 10. Juni 1998 eingeholt (vgl. oben Sachverhalt B.). Danach wurden vom Probanden mehr oder weniger ständige Rückenschmerzen, die hauptsächlich in der Kreuzregion lokalisiert seien und nach oben bis in die Schultern ausstrahlen würden, beschrieben. Die Schmerzausstrahlung führe auch zu Kopfschmerzen. Vor allem Drehbewegungen des Kopfes führten zu Schmerzen sowie Bücken und Heben von Lasten. Weiter macht er Schmerzen in den Kniegelenken rechts wie links und in der linken Sprunggelenksregion geltend. Selbst Tätigkeiten wie Staubsaugen würden starke

Rückenschmerzen verursachen und die Ausführung der Tätigkeit verhindern. Der Gutachter stellte fest, dass aufgrund der Kompressionsfrakturen die Wirbel Th 12 und L 1 mit einer vorderen Kantenniedrigung knöchern verheilt und die Wirbel TH 12 bis L 2 durch eine Verknöcherung des vorderen Längsbandes überbrückt seien. Somit sei ein Blockwirbel entstanden. Die Belastbarkeit dieser Region sei mässiggradig reduziert. Es beständen keine Hinweise auf Nervenwurzelkompressionen. In der übrigen Wirbelsäule seien leichte degenerative Veränderungen vorhanden ohne Hinweise auf Wirbelkompressionen. Dr. F.\_\_\_\_\_ beurteilte zum damaligen Zeitpunkt leichte und mittelschwere Arbeiten im Gehen, Stehen und Sitzen in abwechselnder Stellung, im Freien und in geschlossenen Räumen, acht Stunden täglich, ohne längere als die üblichen Unterbrechungen als zumutbar, unter Vermeidung von Heben und Tragen schwerer Lasten über 25 kg bzw. 15 kg, Zwangsstellungen des Oberkörpers oder des Kopfes in Vorneigung von mehr als 45°, häufiges Bücken und Arbeiten, die längere Zeit über Kopf durchgeführt werden müssten sowie Fließbandarbeiten mit sehr monotonen Bewegungseinschränkungen (act. IV/10).

#### **E. 6.2.1**

Dem in Österreich im Juli 2001 erstellten medizinischen Gutachten ist zu entnehmen, dass sich das Leistungskalkül seit dem Schiedsgerichtsverfahren 1998 nicht verändert habe. Es sei zwischenzeitlich auch wenig Physiotherapie durchgeführt worden und der Patient nehme selten Schmerzmedikamente ein. Der Oberbegutachter stellt abschliessend fest, das Problem für den seit 1993 arbeitslosen Mann sei, eine passende Tätigkeit zu finden. Die Hauptgutachterin Dr. D.\_\_\_\_\_ macht geltend, die jahrelange Arbeitslosigkeit mache ihn nervös und er schlafe jeweils nur ca. drei Stunden. Eine diesbezügliche nervenfachärztliche Behandlung habe er jedoch noch nicht in Anspruch genommen. Ausserdem findet sich ein Hinweis auf einen "starken, eher demonstrativen Tremor im Bereich der Hände" (act. IV/28, 29).

#### **E. 6.2.2**

Der RAD (Dr. G.\_\_\_\_\_) stellte darauf gestützt am 15. August 2002 zu Händen der IVSTA fest, bezüglich der ersten RAD-Beurteilung vom 27. September 1999 (act. IV/21) habe sich nichts verändert.

#### **E. 7**

Der Beschwerdeführer begründete seine Beschwerde vom 29. Januar 2007 insbesondere mit der durch das Sozialgericht in Österreich festgestellten vollen Invalidität und der Bereitschaft der Deutschen Rentenversicherung S.\_\_\_\_\_, die bisherige Entscheidung zu überprüfen.

#### **E. 7.1**

Das obgenannte Gerichtsurteil stützte sich insbesondere auf folgenden Gutachten: - Neurologisch-psychiatrisches Gutachten, Dr. H.\_\_\_\_\_, Facharzt für Neurologie und Psychiatrie, Z.\_\_\_\_\_, vom 13. April 2006 (act. IV/60); - Hauptgutachten, Dr. F.\_\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädie und orthopädische Chirurgie, Z.\_\_\_\_\_, vom 18. April 2006 (act. IV/61); - Internistisches Gutachten, Dr. I.\_\_\_\_\_, Facharzt für innere Medizin, V.\_\_\_\_\_, vom 11. Mai 2006 (act. IV/62); - Berufskundliches Gutachten, J.\_\_\_\_\_, R.\_\_\_\_\_, vom 23. August 2006 (act. IV/63); - Ergänzungsgutachten, Dr. I.\_\_\_\_\_, Facharzt für Innere Medizin, vom 16. Oktober 2006 (act. IV/64); - Dr. F.\_\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädie und orthopädische Chirurgie, Ergänzungsgutachten vom 16. Oktober 2006 (act. IV/65).

## **E. 7.2**

Ausserdem nahm der RAD am 27. Juli 2006 (act. IV/56) und am 31. März 2007 (act. IV/69) zu Handen der Vorinstanz Stellung.

### **E. 7.2.1**

Der Neurologe und Psychiater Dr. H. \_\_\_\_\_ stellt ein Wirbelsäulenschmerzsyndrom LWS und BWS aufgrund der Unfalltraumata 1993 und 1995 ohne zusätzliche neurologische Auffälligkeiten mit leichtem intermittierendem cervikogenem Kopfschmerz fest. Er vermutet zudem ein Alkoholabhängigkeitssyndrom mit vermutlich ständigem Substanzgebrauch (ICD 10-F10.25) und schliesst eine mögliche diskrete äthyltoxische Encephalopathie nicht aus. Er stellt jedoch fest, es beständen diesbezüglich weder Krankheitseinsicht noch Behandlungsstrategien. Er beurteilt die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers auf eine körperlich leichte Halbtags­tätigkeit, fallweise bis zu sechs Stunden täglich im Gehen, Stehen oder Sitzen, mit der Möglichkeit zum Wechsel der Position und kurzen Pausen, ohne Tragen von mittelschweren Lasten und Arbeiten auf Leitern und Gerüsten, ohne Nacht- oder Akkordarbeit, ohne Arbeit in Zugluft.

### **E. 7.2.2**

Im Gutachten des Orthopäden Dr. F. \_\_\_\_\_ werden subjektiv vom Probanden angegebene seit einigen Jahren starke Rückenschmerzen, hauptsächlich in der Kreuzregion mit Ausstrahlung in die Beine und immer wieder starken Schmerzen in die Nackenregion mit Ausstrahlung in den Hinterkopf angegeben, welche zeitweise unerträglich seien und in die linke Schulter ausstrahlten, weshalb er manchmal den Arm nicht mehr anheben könne. Er sei in keiner Weise mehr belastbar und könne keine Lasten heben und müsse auch häufig seine Körperstellung wechseln. Aufgrund der Röntgenbilder und der persönlichen Untersuchung beschreibt der Gutachter Rückenschmerzen vorwiegend in der Kreuz- und Nackenregion und rezidivierende Schulterschmerzen. Die Kompressionsfrakturen Th 12 und L 1 seien mit ventraler Kantenniedrigung vollkommen konsolidiert und knöchern überbrückt, ohne Instabilitätszeichen, infolge der Keilwirbelbildung komme es zu einem leichten Rundrücken. Vermehrte axiale Belastung der Wirbelsäule könne zu Belastungen führen, indes lasse sich für die Schulterschmerzen kein objektiv pathologisches Substrat nachweisen. Er schätzt die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers auf acht Stunden täglich mit den üblichen Pausen, mit stündlichem Wechsel der Arbeitshaltung, im Freien und drinnen. Gleichzeitig stellt er Einschränkungen bezüglich Schwere der Arbeit, Heben von Gewicht, Vorüberbeugen und Drehbewegungen der Wirbelsäule fest.

### **E. 7.2.3**

Anlässlich der internistischen Begutachtung von Dr. I. \_\_\_\_\_ gab der Beschwerdeführer Atemnot bei Anstrengungen, linkes thorakales Stechen unabhängig von körperlicher Belastung, Schmerzen im Bereich der ganzen Wirbelsäule, vorwiegend im Sitzen und im Stehen, aber auch im Liegen und im Gehen an, das Vorliegen einer depressiven Verstimmung sowie von der Halswirbelsäule ausgehende Kopfschmerzen an, wobei der Schlaf wegen der von der Wirbelsäule ausgehenden Schmerzen gestört sei. Im Gutachten wird weiter eine ungenügend eingestellte arterielle Hypertonie mit bereits bestehender Organmanifestation am Herzen und im Bereich der Halsschlagader festgestellt und ausgeführt, dass eine Optimierung der medizinischen Therapie dringend notwendig sei. Im Belastungstest sei nur eine eingeschränkte Leistung erbracht worden. Weiter wird eine obstruktive restriktive Ventilationsstörung über den Lungen, vermutlich bedingt durch die

frühere Staubbelastung im Tunnelbau und den langjährigen Nikotinkonsum festgestellt. Die bei der OB-Sonographie gefundene Steatosis hepatis ergebe in Kombination mit der erhöhten HS- und Fettwerten den Verdacht auf eine alkoholische Mitbeteiligung. Dr. I. \_\_\_\_\_ beurteilt die noch verbleibende Arbeitsfähigkeit für leichte Tätigkeiten in wechselnder Körperhaltung, vorwiegend im Sitzen, während acht Stunden täglich, mit Vermeidung ausgesprochener Verkühlungsmöglichkeiten ohne Heben und Tragen schwerer und mittelschwerer Lasten als zumutbar.

#### **E. 7.2.4**

Da der Kläger geltend machte, sein Gesundheitszustand habe sich seit der letzten Untersuchung stark verschlechtert, wurden zwei Ergänzungsgutachten eingeholt: Im internistischen Ergänzungsgutachten vom 16. Oktober 2006 stellt Dr. I. \_\_\_\_\_ seit 1. Juli 2006 wegen einer manifesten Hyperthyreose eine volle Arbeitsunfähigkeit fest, gibt aber auch an, mit kurativen Abklärung und Einleitung einer Therapie sei eine Normalisierung der Schilddrüsenfunktion zu erreichen, dann würde vermutlich wieder das Leistungskalkül vom Mai 2006 (siehe oben E. 7.2.3) gelten. Dr. F. \_\_\_\_\_ stellt mit seinem orthopädischen Ergänzungsgutachten mit gleichem Datum fest, es habe sich seit dem letzten Gutachten vom 18. April 2006 keine Änderung des Befundes, weder eine Verschlechterung noch eine Verbesserung ergeben.

#### **E. 7.2.5**

Das Landesgericht T. \_\_\_\_\_ kam aufgrund einer Analyse der gesundheitlich noch möglichen Tätigkeiten wie Reinigungskraft, Portierdienste etc. (vgl. auch berufskundliches Gutachten act. IV/63), unter Abwägung von konkret denkbaren Verweistätigkeiten zum Schluss, dass der Kläger noch eine Tätigkeit als Bürohilfskraft wahrnehmen könnte, dafür aber umgeschult werden müsste. Es folgte indes weiter, dass angesichts seines Alters, seiner stark angeschlagenen Gesundheit und der Tatsache, dass der Kläger nie an einem Computer gearbeitet habe, ihm eine Umschulung nicht mehr zumutbar sei. Da weitere Halbtagsberufe innerhalb des Leistungskalküls nicht existieren würden, sei der Kläger invalid.

#### **E. 7.3**

Zusammenfassend ist im Vergleich der medizinischen Akten der Jahre 1998 - 2000 und 2006 wegen der Wirbelbrüche keine Verschlechterung ersichtlich. Indes werden in den neuen internistischen und neurologisch-psychiatrischen Gutachten Gesundheitsverschlechterungen (arterielle Hypertonie mit Folgeschäden am Herzen und im Bereich der Halsschlagader, obstruktive und restriktive Ventilationsstörung, Steatosis Hepatis) festgestellt. Diese werden jedoch als behandelbar betrachtet und von den Gutachtern in ihren Angaben zu der zumutbaren Verweistätigkeit berücksichtigt. Insbesondere Dr. I. \_\_\_\_\_ betonte, es sei dringend nötig, die medizinische Therapie zu optimieren. Bezüglich der diagnostizierten Hyperthyreose, welche er am 16. Oktober 2006 diagnostizierte, gab er im Ergänzungsgutachten an, der Patient sei zwar seit 1. Juli 2006 zu 100% arbeitsunfähig. Unter Therapie könne jedoch innert 6 - 8 Wochen eine Normalisierung der Schilddrüsenfunktion wiederhergestellt werden. Dann würde auch wieder die im ersten Gutachten festgestellte Arbeitsfähigkeit gelten. Grundsätzlich wird von den österreichischen Ärzten eine leichte Tätigkeit in wechselnder Position ohne Aussetzung in Zugluft von bis zu acht Stunden (Dr. F. \_\_\_\_\_, Dr. I. \_\_\_\_\_) bzw. eine Halbtagsstätigkeit oder maximal fallweise vier bis sechs Stunden pro Tag (Dr. H. \_\_\_\_\_)

als zumutbar erachtet. Den Gutachten aus dem Jahr 2006 ist im Übrigen zu entnehmen, dass als dringend notwendig erachtete Behandlungen nicht durchgeführt würden und bezüglich einer Behandlung offenbar auch wenig Einsicht des Patienten bestehe (act. IV/60 S. 4, und 6; 62 S. 4 und 6, 64). Neben dem dokumentierten Nikotinkonsum von 20 Zigaretten täglich wurde ein hinreichender Verdacht auf eine Alkoholabhängigkeitsproblematik mit beginnender körperlicher Sekundärschädigung beschrieben.

## **E. 8**

Wie die Vorinstanz zu Recht in ihrer Vernehmlassung ausführt (vgl. auch oben E. 2.2.3 f.), ist im vorliegenden Fall ausschliesslich Schweizer Recht anwendbar. Die Beurteilungen des österreichischen Versicherungsträgers sowie des Sozial- und Arbeitsgerichts unterliegen der freien Würdigung des Bundesverwaltungsgerichts und sind für dieses nicht verbindlich.

### **E. 8.1**

Wie den Akten zu entnehmen ist, kann davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer im Beurteilungszeitpunkt Dezember 2006 in einem schlechten Gesundheitszustand war. Was die am 16. Oktober 2006 diagnostizierte Hyperthyreose und die deshalb festgestellte volle Arbeitsunfähigkeit betrifft, halten jedoch sowohl der diagnostizierende Arzt als auch der RAD fest, dass diese Erkrankung innert 6 bis 8 Wochen behandelbar und deshalb als vorübergehende Krankheit zu beurteilen ist und der Beschwerdeführer im Dezember 2006 wieder eine Arbeitsfähigkeit im festgestellten Rahmen (Stand: Frühling 2006) hätte erlangen können (vgl. act. 64 S. 2 f.). Bei den vom Internisten und vom Neuropsychiater festgestellten Krankheiten handelte es sich um behandelbare Leiden, welche unter Therapie die Arbeitsfähigkeit nicht ausgeschlossen, aber aus neuropsychiatrischer Sicht eingeschränkt hätten, wie dies die drei Ärzte ausführlich darlegen. Bezüglich der Rückenproblematik ist seit dem Zustand im Jahr 2000 keine Verschlechterung erkennbar, auch wenn der Beschwerdeführer gegenüber den Gutachtern eine Verschlechterung der Rückenschmerzen geltend machte.

### **E. 8.2**

Die hier vorliegende Hauptproblematik liegt darin, dass der Beschwerdeführer nach seinen Unfällen in den Jahren 1993 und 1995 - trotz wiedererlangter voller Arbeitsfähigkeit für rückschonende Verweistätigkeiten ab 1998 - nicht mehr erwerbstätig war. Nicht nachvollziehbar ist, weshalb die festgestellten Krankheiten anscheinend nicht oder kaum therapiert wurden und sich der Gesundheitszustand deshalb auch nicht verbesserte. Wie der RAD zu Recht ausführt, war es dem Beschwerdeführer im Beurteilungszeitpunkt Dezember 2006 - unter entsprechender medizinischer Therapie - gemäss der oben dargelegten Schweizer Rechtslage zumutbar, eine leichte Verweistätigkeit wie Concierge, Parkaufsicht oder Museumsaufsicht auszuüben. Dabei ist invalidenversicherungsrechtlich nicht von Belang, dass im konkreten Fall die tatsächliche Chance, eine solche Stelle zu finden, sehr klein war. Dies lag aber nicht an den zu wenig vorhandenen Stellen dieser Art (oben E. 4.2), sondern an invaliditätsfremden Gründen wie der langen Abwesenheit des Beschwerdeführers vom Arbeitsmarkt und der für ihn kaum denkbaren Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit, der damit verbundenen schwierigen Situation als Nothilfebezüger und der allenfalls auch damit verbundenen kaum durchgeführten medizinischen Behandlung. Allerdings kommt das Bundesverwaltungsgericht entgegen der Einschätzung des RAD zum Schluss, dass im Vergleich zur Beurteilung aus dem Jahr 2000 vorliegend von einer Beschränkung des Tagespensums auf sechs Stunden bzw. 75% eines

Vollpensums und somit einer leichten Gesundheitsverschlechterung aus neuropsychiatrischer Sicht auszugehen ist. Der begutachtende Dr. H. \_\_\_\_\_ geht von einer Arbeitsfähigkeit von maximal fallweise vier bis sechs Stunden täglich aus. Demgegenüber stellen der Orthopäde und der Internist, in deren Fachgebiet die hauptsächliche Behinderung des Beschwerdeführers fällt, eine zumutbare Arbeitsfähigkeit in einer leichten, ausnahmsweise mittelschweren Tätigkeit in vollem Umfang fest. Im Weiteren ist anzumerken, dass die von der Schweizer Invalidenversicherung angenommenen Verweistätigkeiten allesamt körperlich leicht und auch psychisch nicht anspruchsvoll sind. Unter diesen Umständen ist von einer Einschränkung der Arbeitsfähigkeit von 25% auszugehen, womit sich vorliegend eine zumutbare Arbeitsfähigkeit in Verweistätigkeiten von 75% ergibt.

### **E. 8.3**

Unter Berücksichtigung dieser Feststellungen berechnet sich der Invaliditätsgrad wie folgt: Ausgegangen wird von einem für das Jahr 2004 indexierten Valideneinkommen von Fr. 4'548.61 und einem möglichen Einkommen in Verweistätigkeiten von Fr. 4'435.26 (im Vollpensum von wöchentlich 41.6 Stunden). Die Ermittlung dieser Ausgangswerte durch die Vorinstanz ist nicht zu beanstanden. Bei einem Pensum von 75% ergibt sich ein Zwischenergebnis von Fr. 3'326.45. Unter Berücksichtigung des von der Vorinstanz angenommenen Leidensabzugs von 10% resultiert ein Invalideneinkommen von Fr. 2'993.80. Somit ergibt sich ein Invaliditätsgrad von gerundet 34% ( $[4'548.61 - 2'993.80] \times 100 / 4'548.61 = 34.18\%$ ) und besteht damit kein Anspruch auf eine Invalidenrente. Da dem Beschwerdeführer nur noch eine Verweistätigkeit zumutbar war, wäre gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (vgl. Urteil I 870/05 des Bundesgerichts vom 2. Mai 2007, E. 9) hier auch die Annahme eines Leidensabzugs von 15% vertretbar. Es ist jedoch vorliegend nicht in das Ermessen der Vorinstanz einzugreifen, zumal weder eine Ermessensüberschreitung/-unterschreitung noch ein Ermessensmissbrauch festzustellen ist und sich auch bei einem leidensbedingten Abzug von 15% kein anspruchsbegründender IV-Grad von mindestens 40% ergeben würde ( $3'326.45 \times 85\% = 2'827.48$ ;  $[4'548.61 - 2'827.48] \times 100 / 4'548.61 = 37.83\%$ ).

### **E. 8.4**

Zusammenfassend ist festzustellen, dass zwischen der rechtskräftigen Verfügung vom 21. März 2000 und der angefochtenen Verfügung vom 21. Dezember 2006 zwar eine leichte Gesundheitsverschlechterung festzustellen ist, diese sich aber nicht rentenrelevant auswirkt. Die diesbezüglich abweichende Beurteilung des Landesgerichts T. \_\_\_\_\_ ist - wie bereits ausgeführt - vorliegend nicht bindend. Die Beschwerde ist somit vollumfänglich abzuweisen.

### **E. 9**

Zu befinden ist schliesslich über die Verfahrenskosten und über eine allfällige Parteientschädigung. Der Beschwerdeführer beantragte für das Verfahren die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sowie den Beizug eines Schweizer Verfahrenshelfers.

#### **E. 9.1**

Das Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 69 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1bis IVG). Die Verfahrenskosten können indes einer Partei, der keine unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 65 VwVG gewährt wird, ganz oder teilweise erlassen werden, wenn Gründe in der Sache oder in der Person der Partei es als unverhältnismässig erscheinen lassen, sie ihr

aufzuerlegen (Art. 6 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Auf die Erhebung von Verfahrenskosten wird deshalb verzichtet. Unter diesen Umständen ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege - soweit es die Befreiung von der Erhebung von Verfahrenskosten betrifft - als gegenstandslos abzuschreiben.

### **E. 9.2**

Der Beschwerdeführer beantragte die "Beigeung eines schweizerischen Verfahrenshelfers" und damit sinngemäss die Verbeiständung durch einen schweizerischen Anwalt oder Anwältin. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat die bedürftige Partei Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung, wenn ihre Interessen in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, die den Beizug eines Rechtsvertreters erforderlich machen (BGE 122 I 49 E. 2c/bb S. 51, BGE 122 I 275 E. 3a S. 276; BGE 120 Ia 43 E. 2a S. 44 f. mit Hinweisen). Vorliegend ist der Beschwerdeführer seit Einreichung der Beschwerde von Rechtsanwalt Stefan Hämmerle vertreten worden und führt dieser das Verfahren als Vertreter der Erbschaft fort. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass der Fall in tatsächlicher und insbesondere in rechtlicher Hinsicht keine Schwierigkeiten bietet, die zusätzlich zur Vertretung durch Rechtsanwalt Stefan Hämmerle eine Verbeiständung durch einen schweizerischen Anwalt oder Anwältin erforderlich machen würden. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG ist deshalb abzuweisen.

### **E. 9.3**

Weder der unterliegenden Erbschaft des Beschwerdeführers noch der obsiegenden Vorinstanz ist eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario und Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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