

# **BVGer C-982/2007 vom 25. Mai 2009**

Bundesverwaltungsgericht, 2009-05-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-982\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-982_2007)

FR: TAF C-982/2007 du 25 mai 2009

IT: TAF C-982/2007 del 25 maggio 2009

## **Regeste**

Invalidenversicherung (IV)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist seit dem 1. Januar 2007 zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern kein Ausnahmetatbestand erfüllt ist (Art. 31 und Art. 32 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32]). Letzteres ist vorliegend nicht der Fall. Zulässig sind Beschwerden gegen Verfügungen von Vorinstanzen gemäss Art. 33 VGG. Die IV-Stelle für Versicherte im Ausland ist eine Vorinstanz im Sinn von 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]). Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zuständig für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde.

#### **E. 1.1**

Der angefochtene Entscheid ist eine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG, durch die der Beschwerdeführer besonders berührt ist und an deren Aufhebung oder Änderung er ein schutzwürdiges Interesse hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG; vgl. auch Art. 59 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG, SR 830.1]). Er ist daher zur Beschwerde legitimiert.

#### **E. 1.2**

Gemäss Angaben des Beschwerdeführers hat er am 5. Januar 2007 von der Poststelle V.\_\_\_\_\_ einen Benachrichtigungsschein über eine eingeschriebene Briefsendung erhalten (der Benachrichtigungsschein liegt in Kopie den Akten bei), wobei die Poststelle die eingeschriebene Sendung verloren habe. Die angefochtene Verfügung, datiert vom 29. Dezember 2006, sei ihm als Kopie im Schriftverkehr mit der C.\_\_\_\_\_ am 31. Januar 2007 zugestellt worden. Grundsätzlich gilt eine Verfügung spätestens am siebten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt (Art. 20 Abs. 2bis VwVG). Die Verfügung gilt demzufolge am 12. Januar 2007 als zugestellt. Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage, wäre demnach am 12. Februar 2007 abgelaufen. Die Beschwerde, datiert vom 1. Februar 2007 (Poststempel unleserlich), ist am 7. Februar 2007 beim Bundesverwaltungsgericht somit fristgerecht eingegangen. Da die Beschwerde ausserdem formgerecht eingereicht worden ist, und der Beschwerdeführer innerhalb der Frist zur Bezahlung des Kostenvorschusses - anstelle der Bezahlung - um unentgeltliche Rechtspflege ersucht hat, ist auf sie einzutreten (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG; vgl.

auch Art. 60 ATSG).

## **E. 2**

Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt. Das VwVG findet aufgrund von Art. 3 Bst. dbis VwVG jedoch keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das ATSG anwendbar ist. Nach Art. 2 des ATSG sind die Bestimmungen des ATSG anwendbar, soweit die einzelnen Sozialversicherungsgesetze des Bundes dies vorsehen. 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. 2.1**

Nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2), unter Vorbehalt der spezialgesetzlichen Übergangsbestimmungen. In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (BGE 130 V 329 E. 2.3).

### **E. 2.2**

Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (Art. 49 VwVG).

### **E. 2.3**

Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 212).

## **E. 3**

Aufgrund der Beschwerdebegehren streitig und damit zu prüfen ist vorliegend, ob die Vorinstanz das Rentengesuch des Beschwerdeführers um Zusprechung einer Invalidenrente zu Recht abgewiesen hat. Beizufügen ist, dass die Kostenübernahme für ein Magenband nicht Verfügungsgegenstand und somit vom Anfechtungsgegenstand nicht erfasst ist. Ein Antrag auf Kostenübernahme wird in der Beschwerde vom 1. Februar 2007 nicht explizit gestellt, sondern ist nur als Klammerbemerkung erwähnt. Eine allfällige Kostenübernahme ist daher nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens.

### **E. 3.1**

Vorab ist zu prüfen, welche materiellen Rechtsnormen im vorliegenden Verfahren anwendbar sind.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer ist Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, so dass vorliegend die folgenden Erlasse anwendbar sind: 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, nachfolgend FZA, SR 0.142.112.681), sein Anhang II, die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (nachfolgend: Verordnung Nr. 1408/71; SR 0.831.109.268.1) sowie die Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (nachfolgend: Verordnung Nr. 574/72; SR 0.831.109.268.11) (vgl. Art. 80a IVG). 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). Soweit dieses Abkommen, insbesondere dessen Anhang II, der die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit regelt (Art. 8 FZA), und dessen Ausführungserlasse keine abweichenden Bestimmungen vorsehen, ist mangels einer einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen bzw. abkommensrechtlichen Regelung die Ausgestaltung des Verfahrens sowie die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen einer schweizerischen Invalidenrente grundsätzlich Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung (BGE 130 V 253 E. 2.4). Daraus folgt, dass die Verwaltung und im Beschwerdefall das Gericht den Leistungsanspruch des Beschwerdeführers gemäss Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 grundsätzlich nach den für schweizerische Staatsangehörige geltenden Regeln zu beurteilen haben.

### **E. 3.3**

Gemäss Art. 40 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201) ist bei Grenzgängern die IV-Stelle, in deren Tätigkeitsgebiet der Grenzgänger eine Erwerbstätigkeit ausübt, zur Entgegennahme und Prüfung der Anmeldungen zuständig. Dies gilt auch für ehemalige Grenzgänger, sofern sie bei der Anmeldung ihren ordentlichen Wohnsitz noch in der benachbarten Grenzzone haben und der Gesundheitszustand auf die Zeit ihrer Tätigkeit als Grenzgänger zurückgeht. Die Verfügungen werden von der IV-Stelle für Versicherte im Ausland erlassen. Gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung bleibt die einmal begründete Zuständigkeit der IV-Stelle im Verlaufe des Verfahrens erhalten. Der Beschwerdeführer übte als Grenzgänger eine Erwerbstätigkeit im Tätigkeitsgebiet der IV-Stelle Z. \_\_\_\_\_ aus, verfügte zur Zeit der Einreichung der Anmeldung immer noch über eine Grenzgängerbewilligung (act. 2.2, S.1) und hatte seinen ordentlichen Wohnsitz in der benachbarten Grenzzone. Somit war die IV-Stelle Z. \_\_\_\_\_ zuständig für die Entgegennahme und Prüfung des Leistungsgesuches und die IV-Stelle für Versicherte im Ausland IVSTA zum Erlass der angefochtenen Verfügung.

### **E. 3.4**

Am 1. Januar 2003 sind das ATSG sowie die zugehörige Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV, SR 830.11) in Kraft getreten. Da im vorliegenden Fall der Beschwerdeführer sein Rentengesuch am 25. Januar 2006 eingereicht hat, sind die Bestimmungen des ATSG und des ATSV in der bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung anwendbar. Nicht anwendbar sind hingegen die Änderungen des ATSG vom 6. Oktober 2006 und der ATSV vom 28. September 2007 (5.

IVG-Revision, AS 2007 5129 bzw. AS 2007 5155, in Kraft seit 1. Januar 2008), da der angefochtene Entscheid vor Inkrafttreten der entsprechenden Bestimmungen ergangen ist (vgl. auch UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich Basel Genf 2009, Art. 82 Rz. 5). Bezüglich der vorliegend auf Grund von Art. 2 ATSG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 IVG zu berücksichtigenden ATSG-Normen zur Arbeitsunfähigkeit (Art. 6), Erwerbsunfähigkeit (Art. 7), Invalidität (Art. 8) und zur Bestimmung des Invaliditätsgrades (Art. 16) sowie zur Revision der Invalidenrente und anderer Dauerleistungen (Art. 17) hat das Schweizerische Bundesgericht (vormals: Eidgenössisches Versicherungsgericht) erkannt, dass es sich bei den in Art. 3-13 ATSG enthaltenen Legaldefinitionen in aller Regel um eine formellgesetzliche Fassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den entsprechenden Begriffen vor Inkrafttreten des ATSG handelt und sich inhaltlich damit keine Änderung ergibt, weshalb die hierzu entwickelte Rechtsprechung übernommen und weitergeführt werden kann (vgl. BGE 130 V 343 E. 3). Auch die Normierung des Art. 16 ATSG führt nicht zu einer Modifizierung der bisherigen Judikatur zur Invaliditätsbemessung bei erwerbstätigen Versicherten, welche weiterhin nach der allgemeinen Methode des Einkommensvergleichs vorzunehmen ist (zu Art. 28 Abs. 2 IVG in der bis zum 31. Dezember 2002 in Kraft gestandenen Fassung, vgl. BGE 128 V 29 E. 1, BGE 104 V 135 E. 2a und b).

### **E. 3.5**

Am 1. Januar 2004 sind die Änderungen des IVG vom 21. März 2003 und der IVV vom 21. Mai 2003 (4. IV-Revision, AS 2003 3837 bzw. AS 2003 3859) in Kraft getreten. Somit sind vorliegend für die Prüfung des geltend gemachten Anspruchs diese Fassungen des IVG und der IVV anwendbar. Die Änderungen des IVG vom 6. Oktober 2006 und der IVV vom 28. September 2007 (5. IV-Revision, AS 2007 5129 bzw. AS 2007 5155, in Kraft seit 1. Januar 2008) sind hingegen nicht anwendbar, da der angefochtene Entscheid vor Inkrafttreten der entsprechenden Bestimmungen ergangen ist.

### **E. 4**

Anspruch auf eine Rente der schweizerischen Invalidenversicherung hat, wer invalid im Sinne des Gesetzes (ATSG/IVG) ist und beim Eintritt der Invalidität während mindestens eines vollen Jahres Beiträge an die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV) geleistet hat (Art. 36 Abs. 1 IVG, in Kraft bis 31. Dezember 2007). Diese Bedingungen müssen kumulativ gegeben sein; fehlt eine, so entsteht kein Rentenanspruch, selbst wenn die andere erfüllt ist. Der Beschwerdeführer hat unbestrittenermassen während mehr als eines Jahres Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung geleistet, so dass die Voraussetzung der Mindestbeitragsdauer für den Anspruch auf eine ordentliche Invalidenrente erfüllt ist (Art. 36 Abs. 1 IVG) (act. 3, S. 2-8).

#### **E. 4.1**

Meldet sich eine versicherte Person mehr als zwölf Monate nach Entstehen des Anspruchs an, so werden allfällige Leistungen der Invalidenversicherung lediglich für die zwölf der Anmeldung vorangegangenen Monate ausgerichtet (Art. 48 Abs. 2 IVG, Fassung vom 6. Oktober 2000, in Kraft vom 1. Januar 2003 bis 31. Dezember 2007). Massgebend ist die Einreichung des Gesuchs beim Versicherungsträger. Vorliegend ging das Gesuch am 25. Januar 2006 bei der IV-Stelle Z. \_\_\_\_\_ ein, weshalb allfällige Leistungen frühestens ab Januar 2005 ausgerichtet werden können.

#### **E. 4.2**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind für die Bestimmung des rechtserheblichen Sachverhalts im Beschwerdeverfahren grundsätzlich die tatsächlichen Verhältnisse zur Zeit des Erlasses des angefochtenen Entscheids massgebend (hier: 29. Dezember 2006; vgl. BGE 132 V 368 E. 6.1 mit Hinweisen; Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage, Bern 2003, § 74 N 20). Sachverhaltsänderungen, die nach dem massgebenden Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Entscheides eingetreten sind, können im vorliegenden Beschwerdeverfahren daher grundsätzlich nicht berücksichtigt werden. Allerdings können Tatsachen, die den Sachverhalt seither verändert haben, unter Umständen Gegenstand einer neuen Verfügungsentscheidung bilden (BGE 121 V 362 E. 1b mit weiteren Hinweisen). Im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist daher zu prüfen, ob zwischen dem 25. Januar 2005 und dem 29. Dezember 2006 ein Anspruch des Beschwerdeführers auf Leistungen der Invalidenversicherung entstanden ist.

#### **E. 4.3**

Ein Anspruch auf eine ganze Rente besteht gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG (in der vom 1. Januar 2004 bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung) bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 70%, auf eine Dreiviertelsrente bei einem Grad der Invalidität von mindestens 60%, auf eine halbe Rente bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50% und auf eine Viertelsrente bei einem solchen von mindestens 40%. Gemäss Art. 28 Abs. 1ter IVG werden Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50% entsprechen, nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben. Eine Ausnahme von diesem Prinzip gilt ab 1. Juni 2002 für Schweizer Bürgerinnen und Bürger sowie Angehörige von Mitgliedstaaten der Europäischen Union, welche Anspruch auf Viertelsrenten haben, wenn sie in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union Wohnsitz haben. Nach der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts stellt Art. 28 Abs. 1ter IVG nicht eine blosser Auszahlungsvorschrift, sondern eine besondere Anspruchsvoraussetzung dar (BGE 121 V 264 E. 6c).

#### **E. 4.4**

Der Rentenanspruch entsteht frühestens in dem Zeitpunkt, in dem die versicherte Person mindestens zu 40 Prozent bleibend erwerbsunfähig geworden ist (Art. 29 Abs. 1 Bst. a IVG [Fassung vom 6. Oktober 2000, in Kraft vom 1. Januar 2003 bis 31. Dezember 2007]) oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40 Prozent arbeitsunfähig war (Bst. b). Eine bleibende Erwerbsunfähigkeit besteht vorliegend nicht; es handelt sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vielmehr um ein labiles Krankheitsgeschehen, welches frühestens nach Ablauf der Wartefrist gemäss Art. 29 Abs. 1 Bst. b IVG einen allfälligen Rentenanspruch begründen kann (Urteil des Bundesgerichts I 163/2005 vom 30. Mai 2005, BGE 119 V 98 E. 4a).

#### **E. 4.5**

Nach dem ATSG in Verbindung mit dem IVG ist der Begriff "Invalidität" nicht nach medizinischen Kriterien definiert, sondern nach der Unfähigkeit, Erwerbseinkommen zu erzielen (BGE 132 V 93 E. 4, BGE 110 V 273 E. 4a, BGE 102 V 165) oder sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen. Dabei sind die Erwerbs- bzw. Arbeitsmöglichkeiten nicht nur im angestammten Beruf bzw. in der bisherigen Tätigkeit, sondern auch in zumutbaren Verweisungstätigkeiten zu prüfen. Nach Art. 8 ATSG

(Fassung vom 6. Oktober 2000, in Kraft vom 1. Januar 2003 bis 31. Dezember 2007) ist die Invalidität die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit. Art. 4 IVG führt dazu aus, dass die Invalidität Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein kann; nach Abs. 2 dieser Norm gilt die Invalidität als eingetreten, sobald sie die für die Begründung des Anspruchs auf die jeweilige Leistung erforderliche Art und Schwere erreicht hat. Erwerbsunfähigkeit ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen 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, Fassung vom 6. Oktober 2000, in Kraft vom 1. Januar 2003 bis 31. Dezember 2007). Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen und geistigen 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. 4.6**

Für die Bestimmung des Invaliditätsgrades wird das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (sog. Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (sog. Valideneinkommen, Art. 16 ATSG). Der Begriff des ausgeglichenen Arbeitsmarkts ist ein theoretischer und abstrakter Begriff, welcher dazu dient, den Leistungsbereich der Invalidenversicherung von jenem der Arbeitslosenversicherung abzugrenzen. Der Begriff umschliesst einerseits ein bestimmtes Gleichgewicht zwischen dem Angebot von und der Nachfrage nach Stellen; andererseits bezeichnet er einen Arbeitsmarkt, der von seiner Struktur her einen Fächer verschiedenartiger Stellen offen hält. Nach diesen Gesichtspunkten bestimmt sich im Einzelfall, ob die invalide Person die Möglichkeit hat, ihre restliche Erwerbsfähigkeit zu verwerten und ob sie ein rentenausschliessendes Einkommen zu erzielen vermag oder nicht (BGE 110 V 273 E. 4b; ZAK 1991 S. 320 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-Praxis 1998 S. 291 E. 3b). Von einer Arbeitsgelegenheit im Sinn von Art. 16 ATSG kann aber dort nicht mehr gesprochen werden, wo die zumutbare Tätigkeit nur in so eingeschränkter Form möglich ist, dass sie der allgemeine Arbeitsmarkt praktisch nicht kennt oder dass sie nur unter nicht realistischen Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers möglich wäre (SVR 1996 IV Nr. 70 S. 204 E. 3c, ZAK 1989 S. 322 E. 4). Zu bemerken ist, dass aufgrund des im gesamten Sozialversicherungsrecht geltenden Grundsatzes der Schadenminderungspflicht ein in seinem bisherigen Tätigkeitsbereich dauernd arbeitsunfähiger Versicherter gehalten ist, innert nützlicher Frist Arbeit in einem anderen Berufs- oder Erwerbszweig zu suchen und anzunehmen, soweit sie möglich und zumutbar erscheint (BGE 133 V 504 E. 4, 113 V 22 E. 4a, 111 V 235 E. 2a). Deshalb ist es am behandelnden Arzt bzw. am Vertrauensarzt einer IV-Stelle zu entscheiden, in welchem Ausmass ein Versicherter seine verbliebene Arbeitsfähigkeit bei zumutbarer Tätigkeit und zumutbarem Einsatz auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt verwerten kann. Diese sogenannte Verweisungstätigkeit hat sich der

Versicherte anrechnen zu lassen (leidensangepasste Verweisungstätigkeit; ZAK 1986 S. 204 f.), wobei es unerheblich ist, ob er seine Restarbeitsfähigkeit tatsächlich verwertet oder nicht.

#### **E. 4.7**

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

#### **E. 4.8**

Die Verwaltung und im Beschwerdefall das Gericht haben die medizinischen Unterlagen - wie auch alle anderen Beweismittel - nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung, d. h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Dies bedeutet, dass alle Beweismittel objektiv zu prüfen sind - unabhängig davon, von wem sie stammen - und danach zu entscheiden ist, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruchs gestatten. Insbesondere darf das Gericht bei einander widersprechenden medizinischen Berichten den Prozess nicht erledigen, ohne das gesamte Beweismaterial zu würdigen und die Gründe anzugeben, warum es auf die eine und nicht auf die andere medizinische These abstellt. 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 Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen der Expertin oder des Experten begründet sind (BGE 125 V 351 E. 3a, BGE 122 V 157 E. 1c mit Hinweisen; AHI-Praxis 2001 S. 113 E. 3a). Der erhöhte Beweiswert umfasst allerdings nur medizinische Fragen, zu deren Beantwortung Ärzte im Sozialversicherungsverfahren beigezogen werden, nicht aber weitere Fragen wie z.B. die wirtschaftliche Beurteilung.

#### **E. 4.9**

Das sozialversicherungsrechtliche Verfahren ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht (Art. 43 ATSG). Danach hat die Verwaltung und im Beschwerdeverfahren das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des erheblichen Sachverhalts zu sorgen (BGE I 86/07 vom 29. März 2007). Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet zum einen sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (Art. 28 ff. ATSG; BGE 125 V 193 E. 2, BGE 122 V 157 E. 1a, je mit Hinweisen). Zum anderen umfasst die behördliche und richterliche Abklärungspflicht nicht unesehen alles, was von einer Partei behauptet oder verlangt wird. Vielmehr bezieht sie sich nur auf den im Rahmen des streitigen Rechtsverhältnisses (Streitgegenstand) rechtserheblichen Sachverhalt. Rechtserheblich sind alle Tatsachen, von deren Vorliegen es abhängt, ob über den streitigen Anspruch so oder anders zu entscheiden ist (FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 43 und 273). In diesem Rahmen haben Verwaltungsbehörden und Sozialversicherungsgericht zusätzliche Abklärungen stets

vorzunehmen oder zu veranlassen, wenn hiezu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichender Anlass besteht (BGE 117 V 282 E. 4a mit Hinweis; Urteil des Bundesgerichts [vormals EVG] vom 20. Juli 2000, I 520/99).

## **E. 5**

Streitig und daher zu prüfen ist die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers.

### **E. 5.1**

Aus den Akten geht hervor, dass die Vorinstanz im Wesentlichen auf den Bericht von Dr. G. \_\_\_\_\_ vom 20. Februar 2006 (Datum schlecht leserlich) abgestellt hat (act. 5, S. 1-4). Dieser führte im zu Händen der IV-Stelle Z. \_\_\_\_\_ ausgefüllten Formular "Arztbericht für Erwachsene" am 20. Februar 2006 folgende Diagnosen mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit auf: Coxarthrose, St. nach TEP-Implantation rechts Juli 2004, St. nach TEP Luxation Juli 2004, Adipositas per magna, rezidivierendes Cervicobrachialgie bei muskulären Dysbalancen, St. nach Op. eines Lipoms im Bereich des Nackens links. Er erachtete eine medizinisch begründete Arbeitsunfähigkeit als Controller von 100% seit dem 28. Juni 2004 als gegeben. Bezüglich der Eingliederungsfähigkeit und eines Rentenanspruches befand Dr. G. \_\_\_\_\_, dass der Beschwerdeführer in der bisherigen Tätigkeit in seinem Beruf als Controller wieder voll tätig werden könne, unter der Voraussetzung dass die Tätigkeit überwiegend im Sitzen ausgeübt werden könne. Das zeitweise Stehen oder Gehen bedeute keine wesentliche Einschränkung. Die Ausübung der Tätigkeit sei in einem zeitlichen Rahmen von sechs Stunden und mehr zumutbar. Eine verminderte Leistungsfähigkeit wird verneint. (act. 5, S. 1-4). In den ärztlichen Bescheinigungen vom 11. und 19. Dezember 2006 erachtete der Hausarzt den Beschwerdeführer aufgrund der Coxarthrose beidseitig bis zum 30. November 2006 und länger als arbeitsunfähig (BVGer act. 4).

### **E. 5.2**

Die IV-Stellen müssen über die notwendigen Dienste verfügen, damit sie ihre Aufgaben gemäss Art. 57 IVG fachgerecht und beförderlich durchführen können (Art. 59 Abs. 1 IVG). Zur Beurteilung der medizinischen Anspruchsvoraussetzungen stehen den IV-Stellen interdisziplinär zusammengesetzte regionale ärztliche Dienste (RAD) zur Verfügung (Art. 59 Abs. 2 Satz 1 IVG). Die Aufgaben des RAD werden durch Art. 49 IVV konkretisiert. Nach dessen Abs. 1 prüft der RAD die medizinischen Anspruchsvoraussetzungen. Gemäss Abs. 3 stellen die RAD den IV-Stellen für jeden geprüften Fall einen schriftlichen Bericht mit den notwendigen Angaben zu. Dieser enthält die Ergebnisse der medizinischen Prüfung und eine Empfehlung zur weiteren Bearbeitung des Leistungsbegehrens aus medizinischer Sicht.

#### **E. 5.2.1**

Gemäss Art. 69 Abs. 4 IVV hat die IV-Stelle das medizinische Dossier dem RAD vorzulegen. Das Bundesamt kann Ausnahmen vorsehen. In Fällen der erstmaligen Beurteilung der Rentenfrage sind die Akten - mit einer hier nicht zutreffenden Ausnahme - immer dem RAD zur Beurteilung zu unterbreiten (Kreisschreiben über das Verfahren in der Invalidenversicherung [KSVI] Rz 2038 i.V. m. Anhang V KSVI).

#### **E. 5.2.2**

Im vorliegenden Fall hat die IV-Stelle gegen diese verwaltungsweisende Vorschrift verstossen, indem sie gemäss vorliegender Aktenlage verfügt hat, ohne die Akten ihrem medizinischen Dienst zur Beurteilung vorzulegen.

### **E. 5.3**

Nachfolgend ist zu prüfen, ob durch den Verzicht der Vorinstanz, die Akten dem RAD zur Beurteilung vorzulegen, ein schwerwiegender Mangel vorliegt.

#### **E. 5.3.1**

Verwaltungsweisungen - oder Kreisschreiben - sind Verwaltungsverordnungen bzw. Weisungen der vorgesetzten Behörde an einen ihr untergeordneten Verwaltungsträger. Da sie nur an die Verwaltungsträger gerichtet sind, sind sie für die Gerichtsinstanzen nicht verbindlich (UELI KIESER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Zürich 2007, S. 34).

#### **E. 5.3.2**

Dr. G. \_\_\_\_\_ als behandelnder Arzt hatte anlässlich seiner Beurteilung gemäss Arztbericht vom 20. Februar 2006 sämtliche übrigen, im Dossier vorhandenen Arztberichte, die vor Erlass der angefochtenen Verfügung vom 29. Dezember 2006 erstellt wurden, in seinen Unterlagen. Diese bildeten somit die Grundlage seiner medizinischen Beurteilung. Dr. G. \_\_\_\_\_s Angaben zur Beurteilung eines allfälligen Rentenanspruchs sind insofern eindeutig, als er den Beschwerdeführer in seinem bisherigen Beruf als Controller als voll arbeitsfähig qualifiziert. Der Einschränkung, dass die Tätigkeit überwiegend im Sitzen verrichtet werden müsse, kommt keine massgebliche Bedeutung zu, da es sich beim Beruf des Controllers typischerweise um eine vorwiegend sitzende Tätigkeit handelt. Zudem hat Dr. G. \_\_\_\_\_ bemerkt, das zeitweise Stehen oder Gehen bedeute keine wesentliche Einschränkung. Die Tatsache, dass Dr. G. \_\_\_\_\_ in demselben Arztbericht trotzdem von einer medizinisch begründeten Arbeitsunfähigkeit im Beruf als Controller vom 28. Juni 2004 bis dato von 100% ausgegangen ist, ist zwar widersprüchlich. Vor dem Hintergrund jedoch, dass Dr. G. \_\_\_\_\_ als Hausarzt den Beschwerdeführer zuhause des früheren Arbeitgebers krank geschrieben hat, vermag seine eindeutige Aussage zur Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers im Arztbericht zuhause der IV-Stelle Z. \_\_\_\_\_ nicht grundsätzlich in Frage zu stellen. Diesbezüglich ist zu erwähnen, dass Hausärzte mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen (vgl. hiezu BGE 125 V 351 E. 3b/cc).

#### **E. 5.3.3**

Des Weiteren wendet der Beschwerdeführer ein, an Adipositas zu leiden, weshalb er nicht mehr vermittlungsfähig sei. Nach der Rechtsprechung bewirkt Adipositas grundsätzlich keine zu Rentenleistungen berechtigende Invalidität, wenn sie nicht körperliche oder geistige Schäden verursacht und nicht die Folge von solchen Schäden ist. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, muss sie unter Berücksichtigung der besonderen Gegebenheiten des Einzelfalles dennoch als invalidisierend betrachtet werden, wenn sie weder durch geeignete Behandlung noch durch zumutbare Gewichtsabnahme auf ein Mass reduziert werden kann, bei welchem das Übergewicht in Verbindung mit allfälligen Folgeschäden keine voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit bzw. der Betätigung im bisherigen Aufgabenbereich zur Folge hat (ZAK 1984 S. 345 E. 3 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts I 745/06 vom 21. März 2007 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts I 757/06 vom 5. Juni 2007 E. 5.1). Es ist unbestritten, dass

der Beschwerdeführer an einer Adipositas per magna leidet. Im Spitalbericht vom 25. März 2004 wird ein Gewicht von 145 kg aufgeführt. Eine Gewichtsabnahme wird empfohlen (act. 5, S. 17-18). Im Bericht vom 2. Juni 2004 wird als körperliche Vorerkrankung nebst Hüftgelenksarthrose ebenfalls eine Adipositas per magna diagnostiziert (act. 5, S. 16). Dem Spitalbericht vom 23. Juli 2004 ist zu entnehmen, dass aufgrund einer diagnostizierten Coxarthrose rechts am 30. Juni 2004 eine zementfreie Hüfttotalendoprothese implantiert worden ist. Als Nebendiagnose wird eine Adipositas per magna (ICD 10 E 66.0) genannt. Ferner wird festgestellt, dass die Gegenseite ebenfalls Veränderungen im Sinne einer initialen Coxarthrose aufweist. (act. 5, S. 14-15). In den aufgeführten medizinischen Arzt- und Spitalberichten finden sich keine Hinweise, die darauf schliessen würden, dass die erwähnten Voraussetzungen erfüllt sind, damit der Adipositas ausnahmsweise invalidisierender Charakter zukommt. Es sind keine Anhaltspunkte zu finden, dass die Gewichtsabnahme nicht durch geeignete Massnahmen reduziert werden könnte.

#### **E. 5.3.4**

Ebenfalls liegen keine Hinweise vor, dass die von Dr. G. \_\_\_\_\_ im Arztbericht vom 20. Februar 2006 (act. 5, S. 1-4) und die in den Spitalberichten unter E. 5.3.3 - nebst der Adipositas per magna - aufgeführten Diagnosen wie Coxarthrose, St. nach TEP-Implantation rechts Juli 2004, St. nach TEP Luxation Juli 2004, rezidivierendes Cervicobrachialgie bei muskulären Dysbalancen, St. nach Op. eines Lipoms im Bereich des Nackens links, eine Arbeitsunfähigkeit zu begründen vermöchten. Dr. G. \_\_\_\_\_ hat den Beschwerdeführer in seinem Bericht vom 20. Februar 2006 in Kenntnisnahme dieser Leiden als voll arbeitsfähig in seinem bisherigen Beruf als Controller eingeschätzt.

#### **E. 5.4**

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die IV-Stelle grundsätzlich die Pflicht gehabt hätte, die Akten ihrem medizinischen Dienst zur Beurteilung vorzulegen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann jedoch darauf verzichtet werden, wenn die vorhandenen medizinischen Berichte ein stimmiges Bild des Gesundheitszustandes abgeben (Urteil des Bundesgerichts I 86/07 vom 29. März 2007 E. 4.3). Aufgrund der vorliegenden Dokumentation ist mit dem im Sozialversicherungsrecht massgebenden Grad der Wahrscheinlichkeit nicht nachgewiesen, dass der Beschwerdeführer seine bisherige Tätigkeit als Controller im zu überprüfenden Zeitraum aus invalidenversicherungsrechtlicher Sicht nicht hätte weiterhin ausüben können. Eine Rückweisung der Akten an die Vorinstanz zur Einholung eines Berichts des zuständigen RAD käme einem prozessualen Leerlauf gleich. Im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung wird daher darauf verzichtet.

#### **E. 5.5**

Bei diesem Ergebnis kann auf die Durchführung eines Einkommensvergleichs verzichtet werden.

#### **E. 5.6**

Die anlässlich des Beschwerdeverfahrens eingereichten medizinischen Unterlagen (Bericht des Kreiskrankenhauses Y. \_\_\_\_\_ vom 5. Januar 2007 und des E. \_\_\_\_\_ vom 25. Mai 2007) können im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt werden, da sie nicht den vorliegend relevanten Zeitrahmen betreffen und nichts enthalten, was zu einer abweichenden Beurteilung der Arbeitsfähigkeit bis zum Stichtag vom 29. Dezember 2006 führen könnten. Eine allfällige Verschlechterung des Gesundheitszustandes nach dem

29. Dezember 2006 - wie auch der mit Schreiben vom 3. Februar 2009 geltend gemachte Diabetes - ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz im Rahmen eines neuen Verwaltungsverfahrens bzw. im Rahmen des Erlasses einer neuen Verfügung zu prüfen.

## **E. 6**

Die Vorinstanz hat den Rentenanspruch des Beschwerdeführers demnach zu Recht verneint, weshalb die angefochtene Verfügung zu bestätigen und die Beschwerde abzuweisen ist.

### **E. 6.1**

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer aus der Tatsache, dass er vom deutschen Sozialversicherungsträger eine Rente erhält nichts zu seinen Gunsten ableiten kann. Gemäss konstanter Rechtsprechung sind die schweizerischen Behörden an die Beurteilung ausländischer Versicherungsträger, Krankenkassen, anderer Behörden und Ärzte nicht gebunden (ZAK 1989 S. 320 E. 2).

## **E. 7**

Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung. Der Beschwerdeführer hat indes ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege eingereicht.

### **E. 7.1**

Gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG kann eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und deren Begehren nicht als aussichtslos erscheinen, auf Antrag von der Bezahlung der Verfahrenskosten befreit werden.

#### **E. 7.1.1**

Eine Person ist bedürftig, wenn sie nicht in der Lage ist, für die Prozesskosten aufzukommen, ohne dass sie Mittel beanspruchen müsste, die zur Deckung des Grundbedarfs für sie und ihre Familie notwendig sind (BGE 128 I 225 E. 2.5.1, 127 I 202 E. 3b). Aufgrund der eingereichten Unterlagen ist die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers ausgewiesen. Er ist ohne Beeinträchtigung der für seinen Unterhalt erforderlichen finanziellen Mittel nicht in der Lage, die Prozesskosten zu bestreiten. Prozessbegehren sind gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts als aussichtslos anzusehen, wenn die Gewinnaussichten (ex ante betrachtet; BGE 124 I 304 E. 2c, 122 I 5 E. 4a) beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zur Einlegung des Rechtsmittel entschliessen oder aber davon absehen würde, soll doch eine Partei einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 129 I 129 E. 2.3.1 mit Hinweis). Das Begehren des Beschwerdeführers kann vor diesem Hintergrund nicht als aussichtslos bezeichnet werden, weshalb auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten ist.

### **E. 7.2**

Die Vorinstanz als obsiegende Partei hat keinen Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

### **E. 7.3**

Dem nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer wird keine Parteientschädigung zugesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario i.V.m. Art. 7 VGKE e contrario).

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