Urteilskopf

121 V 264

42. Auszug aus dem Urteil vom 18. Dezember 1995 i.S. Bundesamt für Sozialversicherung gegen R. und Eidgenössische Rekurskommission der AHV/IV für die im Ausland wohnenden Personen
Regeste (de):
Art. 28 Abs. 1, 28 Abs. 1ter, 29 Abs. 1 lit. b IVG, Art. 88a Abs. 2 IVV.

- Art. 28 Abs. 1ter IVG beinhaltet nicht eine blosse Auszahlungsvorschrift, sondern eine Anspruchsvoraussetzung, weshalb die Annahme eines fiktiven Anspruchs auf die Viertelsrente (bei einer Invalidität von mindestens 40% aber weniger als 50%) mit anschliessender Festsetzung des Rentenbeginns nach Art. 88a Abs. 2 IVV ausgeschlossen ist.

- Bei Versicherten, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz haben, entsteht der Rentenanspruch nach Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG erst, wenn sie während eines Jahres durchschnittlich mindestens zu 50% arbeitsunfähig gewesen sind und der Invaliditätsgrad nach Ablauf der Wartezeit mindestens 50% beträgt.

Regeste (fr):
Art. 28 al. 1, 28 al. 1ter, 29 al. 1 let. b LAI, art. 88a al. 2 RAI.

- L'art. 28 al. 1ter LAI ne régit pas simplement le versement de prestations, mais il règle une condition du droit, de sorte qu'il est exclu d'admettre l'existence d'un droit fictif à un quart de rente (fondé sur un taux d'invalidité de 40% au moins, mais inférieur à 50%), lequel serait déterminant pour fixer le début du droit à la rente selon l'art. 88a al. 2 RAI.

- Les assurés qui n'ont ni leur domicile ni leur résidence habituelle en Suisse ne peuvent prétendre une rente en vertu de l'art. 29 al. 1 let. b LAI que s'ils ont subi, durant une année, une incapacité de travail moyenne de 50% au moins et que le degré d'invalidité est de 50% au moins au terme de la période d'attente.

Regesto (it):
Art. 28 cpv. 1, 28 cpv. 1ter, 29 cpv. 1 lett. b LAI, art. 88a cpv. 2 OAI.

- L'art. 28 cpv. 1ter LAI non è semplice norma disciplinante le modalità di pagamento, ma stabilisce un presupposto del diritto a prestazioni. Il riconoscimento di un diritto fittizio a un quarto di rendita (per un'invalidità pari almeno al 40%, ma inferiore al 50%), con successiva determinazione della decorrenza della prestazione conformemente all'art. 88a cpv. 2 OAI, è pertanto escluso.

- Per gli assicurati non domiciliati né dimoranti abitualmente in Svizzera, il diritto alla rendita giusta l'art. 29 cpv. 1 lett. b LAI insorge soltanto al momento in cui essi siano stati, per un anno, incapaci al lavoro per almeno il 50% in media e presentino, alla scadenza del periodo di attesa, un'invalidità pari almeno al 50%.

Sachverhalt ab Seite 265

A.- Der 1931 geborene deutsche Staatsangehörige R. war in den Jahren 1954 bis 1961 in der Schweiz erwerbstätig gewesen und hatte Beiträge an die schweizerische AHV und Invalidenversicherung entrichtet. In der Folge arbeitete er als Bautechniker in der Bundesrepublik Deutschland, zuletzt als Kläranlagenspezialist bei der Stadtverwaltung L. Das Arbeitsverhältnis endete am 1. November 1989, nachdem er ab 8. Januar 1988 wiederholt vorübergehend und ab 2. August 1989 dauernd arbeitsunfähig gewesen war. Im August 1989 meldete sich R. über die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) zum Bezug einer Rente der schweizerischen Invalidenversicherung an. Die Invalidenversicherungs-Kommission für Versicherte im Ausland nahm Abklärungen vor und eröffnete dem Leistungsansprecher am 28. November 1990, dass keine anspruchsbegründende Invalidität vorliege. Nach Erhalt eines Rentenbescheids der BfA vom 11.

BGE 121 V 264 S. 266

Dezember 1990, mit welchem R. eine Rente wegen Erwerbsunfähigkeit ab 1. September 1989 zugesprochen worden war, nahm sie ergänzende Erhebungen vor und setzte den Invaliditätsgrad auf 72% und den Beginn des Rentenanspruchs auf den 2. August 1990 fest. Mit Verfügung vom 24. Mai 1991 sprach die Schweizerische Ausgleichskasse R. ab 1. August 1990 eine ganze einfache Invalidenrente nebst Zusatzrente für die Ehefrau zu.

B.- R. beschwerte sich gegen diese Verfügung und verlangte unter Hinweis auf den Rentenbescheid der BfA die Zusprechung einer Rente ab 1. September 1989. Gestützt auf eine neue Stellungnahme des Arztes der Invalidenversicherungs-Kommission, wonach eine Arbeitsunfähigkeit in der früheren Tätigkeit von 25% ab 8. Januar 1988 und von 70% ab 2. August 1989 anzunehmen sei, beantragte die Schweizerische Ausgleichskasse die Zusprechung einer halben Rente ab 1. Februar 1990 und einer ganzen Rente ab 1. Mai 1990. Mit Entscheid vom 24. März 1993 hiess die Eidg. Rekurskommission der AHV/IV für die im Ausland wohnenden Personen die Beschwerde teilweise gut und sprach R. ab 1. März 1990 eine ganze Invalidenrente nebst Zusatzrente für die Ehefrau zu. Dabei ging sie davon aus, dass bei einer Arbeitsunfähigkeit von 25% ab 8. Januar 1988 und 70% ab 2. August 1989 der Versicherungsfall für den Anspruch auf eine Viertelsrente (durchschnittliche Arbeitsunfähigkeit von mindestens 40% während eines Jahres) am 1. Dezember 1989 eingetreten sei. Ein Anspruch auf Viertelsrente bestehe jedoch nicht, weil der Beschwerdeführer Wohnsitz im Ausland habe. Obschon bei Eintritt des Versicherungsfalls am 1. Dezember 1989 die Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit zwei Drittel überstiegen habe, bestehe ab diesem Zeitpunkt kein Rentenanspruch, weil die durchschnittliche Arbeitsunfähigkeit während der Wartezeit noch unter 50% gelegen habe. Die Zunahme der Beeinträchtigung sei jedoch als anspruchsbeeinflussende Änderung im Sinne von Art. 88a Abs. 2 IVV zu berücksichtigen und dem Beschwerdeführer eine ganze Invalidenrente ab 1. März 1990 zuzusprechen.

C.- Das Bundesamt für Sozialversicherung erhebt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids sei dem Versicherten eine halbe Rente ab 1. Dezember 1989 und eine ganze Rente ab 1. März 1990 zuzusprechen. Zur Begründung wird sinngemäss vorgebracht, nach Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 28 Abs. 1ter IVG entstehe bei Personen mit Wohnsitz im Ausland der

BGE 121 V 264 S. 267

Rentenanspruch erst bei einer Invalidität von 50%. Die Annahme eines fiktiven Anspruchs auf die Viertelsrente sei mit Art. 28 Abs. 1ter IVG nicht vereinbar, weshalb es nicht angehe, den Rentenanspruch in Anlehnung an die Vorschriften über die Rentenrevision gemäss Art. 41 IVG und Art. 88a Abs. 2 IVV zu beurteilen. Werde

davon ausgegangen, dass der Beschwerdegegner vor dem 2. August 1989 zu 25% arbeitsunfähig gewesen sei, so folge daraus, dass er ab 1. Dezember 1989 Anspruch auf eine halbe Rente habe (durchschnittliche Arbeitsunfähigkeit von mindestens 50% während eines Jahres). Da er in jenem Zeitpunkt bereits nicht mehr erwerbsfähig gewesen sei, sei der Anspruch auf die ganze Rente gemäss Art. 41 IVG und Art. 88a Abs. 2 IVV drei Monate später, somit am 1. März 1990 entstanden. R. hat sich zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht vernehmen lassen. Die Schweizerische Ausgleichskasse schliesst sich im Grundsätzlichen der Auffassung des Bundesamtes für Sozialversicherung an, hält jedoch daran fest, dass ab 1. Februar 1990 Anspruch auf eine halbe und ab 1. Mai 1990 auf eine ganze Rente bestehe.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. a) Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die versicherungsmässigen Voraussetzungen zum Bezug einer Rente der schweizerischen Invalidenversicherung erfüllt sind. Des weitern steht fest, dass der Beschwerdegegner invalid im Sinne des Gesetzes (Art. 4 Abs. 1 IVG) ist und die materiellen Voraussetzungen des Rentenanspruchs (Art. 28 IVG) erfüllt. Streitig ist der Zeitpunkt des Rentenbeginns und derjenige einer allfälligen Rentenerhöhung, wobei der Rentenbeginn unbestrittenermassen nach lit. b von Art. 29 Abs. 1 IVG (langdauernde Krankheit) festzusetzen ist. Während die Vorinstanz dem Beschwerdegegner eine ganze Rente ab März 1990 zugesprochen hat, beantragt das beschwerdeführende Bundesamt für Sozialversicherung die Zusprechung einer halben Rente ab Dezember 1989 und einer ganzen Rente ab März 1990. Die Schweizerische Ausgleichskasse erneuert den im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren gestellten Antrag auf Zusprechung einer halben Rente ab Februar 1990 und einer ganzen Rente ab Mai 1990, nachdem sie dem Beschwerdegegner verfügungsweise eine ganze Rente ab August 1990 zugesprochen hatte. b) Die Vorinstanz ist von der mit der Vernehmlassung der Schweizerischen Ausgleichskasse im Beschwerdeverfahren eingereichten Stellungnahme des

Arztes der Invalidenversicherungs-Kommission, Dr. med. S., vom 15. Oktober 1991 ausgegangen, wonach der Beschwerdegegner ab 8. Januar 1988 zu 25% und ab 2. August 1989 zu 70% arbeitsunfähig war. Das Bundesamt für Sozialversicherung weist demgegenüber darauf hin, dass der Arbeitgeberbericht vom 24. September 1990 für die Zeit vom 1. Februar bis 1. August 1989 keine krankheitsbedingten Abwesenheiten ausweise. Daraus liesse sich allenfalls ein für den Anspruchsbeginn nach Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG wesentlicher Unterbruch der Arbeitsunfähigkeit ableiten (Art. 29ter IVV). Das Bundesamt für Sozialversicherung zieht diesen Schluss jedoch nicht, sondern erachtet die Annahme als vertretbar, dass der Beschwerdegegner auch in dieser Zeit zu einem Viertel arbeitsunfähig war. Dieser Auffassung ist aufgrund der auf einer eingehenden Würdigung der medizinischen Unterlagen beruhenden Stellungnahme des Arztes der Invalidenversicherungs-Kommission beizupflichten. Es ist somit davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner ab 8. Januar 1988 zu 25% (was für die Eröffnung der Wartezeit genügt: BGE 104 V 191 Erw. a) und ab 1. August 1989 zu 70% arbeitsunfähig war. Des weitern steht aufgrund des durchgeführten Einkommensvergleichs fest, dass ab August 1989 eine Erwerbsunfähigkeit von mehr als zwei Dritteln bestanden hat.

4. a) Die Vorinstanz hat den Rentenbeginn in der Weise festgesetzt, dass sie im Rahmen von Art. 28 Abs. 1ter IVG von einem fiktiven Anspruch des im Ausland wohnhaften Beschwerdegegners auf die Viertelsrente ab 1. Dezember 1989 ausgegangen ist, den Rentenanspruch für die Folgezeit revisionsweise überprüft und dem Beschwerdegegner in Anwendung von Art. 88a Abs. 2 IVV ab 1. März 1990 eine ganze Rente zugesprochen hat. b) Das Bundesamt für Sozialversicherung hält dem entgegen, dass bei Personen mit Wohnsitz im Ausland

bei einer Invalidität von 40% kein Rentenanspruch entstehe, weil nach Art. 28 Abs. 1ter IVG Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50% entsprechen, nicht ins Ausland ausgerichtet werden. Nach Art. 4 Abs. 2 IVG gelte die Invalidität erst dann als eingetreten, wenn sie die für die jeweilige Leistung erforderliche Art und Schwere erreicht habe. Bei einer Person mit Wohnsitz im Ausland entstehe der Rentenanspruch somit erst dann, wenn sie während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 50% arbeitsunfähig gewesen sei. In diesem Sinne sei Art. 4 Abs. 2 IVG als Grundsatz anzusehen, welcher Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG vorgehe.

Im weiteren erachtet das Bundesamt die Annahme eines fiktiven Anspruchs auf die Viertelsrente bei Personen mit Wohnsitz im Ausland als unzulässig, da Art. 28 Abs. 1ter IVG der Entstehung eines Rentenanspruchs im Wege stehe. Folglich sei es nicht möglich, in Anlehnung an Art. 41 IVG bzw. Art. 88a Abs. 2 IVV die einjährige Wartezeit bezüglich des Anspruchs auf eine ganze Rente zu verkürzen.

5. Zu prüfen ist zunächst die Frage, ob bei Personen mit Wohnsitz im Ausland im Hinblick auf Art. 28 Abs. 1ter IVG ein fiktiver Anspruch auf die Viertelsrente entstehen kann, der gegebenenfalls revisionsweise auf eine halbe oder ganze Rente zu erhöhen ist mit der Folge, dass ab diesem Zeitpunkt ein effektiver Anspruch auf eine Rente entsteht. a) Die Vorinstanz bejaht diese Frage, indem sie zwischen dem Zeitpunkt des Eintritts des Versicherungsfalls und demjenigen des Beginns des Rentenanspruchs unterscheidet. Sie geht damit sinngemäss davon aus, dass Art. 28 Abs. 1ter IVG, wonach Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50% entsprechen, nur an Versicherte ausgerichtet werden, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz haben, bloss eine Auszahlungsvorschrift darstellt. Bundesamt für Sozialversicherung und Schweizerische Ausgleichskasse vertreten demgegenüber die Auffassung, dass es sich bei der genannten Bestimmung um eine Anspruchsvoraussetzung handelt, dass ohne Wohnsitz oder Aufenthalt somit kein Anspruch auf Viertelsrente entsteht. b) Für die Auffassung der Vorinstanz spricht der Wortlaut von Art. 28 Abs. 1ter IVG, indem - anders als in Abs. 1 und 1bis der Bestimmung - nicht vom Rentenanspruch, sondern von der Ausrichtung der Rente die Rede ist. Auch ergibt sich aus den Materialien, dass mit der Einführung dieser Bestimmung der "Export" von Viertelsrenten, d.h. deren Auszahlung ins Ausland ausgeschlossen werden sollte (Botschaft über die zweite Revision der Invalidenversicherung vom 21. November 1984, S. 17 f.; BBl 1985 I 35 f.). Auf eine blosse Auszahlungsvorschrift deutet ferner, dass nach Satz 2 der Bestimmung die Wohnsitzklausel nicht nur vom Versicherten selbst, sondern auch von den Angehörigen zu erfüllen ist, für die eine Leistung beansprucht wird. Gegen die vorinstanzliche Betrachtungsweise sprechen indessen die Gesetzessystematik und der Sinn, welcher Art. 28 Abs. 1ter IVG im Kontext zukommt. Bundesamt für Sozialversicherung und Schweizerische

Ausgleichskasse weisen in diesem Zusammenhang zu Recht auf Art. 4 Abs. 2 IVG hin, wonach die Invalidität als eingetreten gilt, sobald sie die für die Begründung des Anspruchs auf die jeweilige Leistung erforderliche Art und Schwere erreicht hat. Daraus folgt zum einen, dass der Versicherungsfall und die Anspruchsbegründung zeitlich zusammenfallen; zum andern ergibt sich hieraus, dass sich der Zeitpunkt des Versicherungsfalls und der Anspruchsbegründung nach den entsprechenden leistungsrechtlichen Normen bestimmt (MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Bd. II S. 190).
Bezüglich der Invalidenrente wird die für den Anspruch erforderliche Art und Schwere der Invalidität in Art. 28 IVG umschrieben (vgl. den Titel zu Art. 28 IVG "Massgebende Invalidität"). Während Abs. 1 den Grundsatz aufstellt und den Rentenanspruch nach Massgabe des Invaliditätsgrades abstuft, regeln die beiden folgenden

Absätze die Abweichungen von diesem Grundsatz, indem Abs. 1bis den Anspruch auf die halbe Rente in Härtefällen bereits bei einer Invalidität von mindestens 40% vorsieht und Abs. 1ter bei Versicherten mit Wohnsitz im Ausland einen Rentenanspruch erst bei einer Invalidität von mindestens 50% einräumt. Beide Bestimmungen stellen spezifische Anspruchsvoraussetzungen (Härtefall bzw. kein Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt in der Schweiz) auf, ohne die ein Rentenanspruch nicht entsteht. Das gleiche ergibt sich aus Art. 29 IVG, welcher den Zeitpunkt bestimmt, in dem die massgebende Invalidität nach Art. 28 IVG den Anspruch auf eine Rente begründet. Dass dessen Abs. 1 ganz allgemein auf den "Rentenanspruch nach Art. 28" verweist, macht deutlich, dass der Anspruch erst entsteht, wenn die Anspruchsvoraussetzungen des Art. 28 IVG (wozu auch diejenigen nach Abs. 1bis und 1ter gehören) erfüllt sind. Erst wenn eine im Sinne dieser Bestimmung massgebende Invalidität vorliegt, tritt auch der Versicherungsfall ein (MAURER, a.a.O., Bd. II S. 190). Gegen die Auffassung, Art. 28 Abs. 1ter IVG bloss als Auszahlungsvorschrift zu betrachten und die Ausrichtung der Rente von der Anspruchsentstehung zu trennen, spricht sodann Art. 29 Abs. 2 Satz 1 IVG, welcher die Ausrichtung der Rente an die Anspruchsentstehung knüpft. Hätte der Gesetzgeber die Bestimmung von Art. 28 Abs. 1ter IVG als blosse Auszahlungsvorschrift betrachtet, hätte er sie als Ausnahme zum Grundsatz von Art. 29 Abs. 2 IVG regeln müssen. Indem er die Bestimmung in Art. 28 IVG eingefügt hat, welcher die für den Rentenanspruch massgebende Invalidität umschreibt, hat er klar zum Ausdruck gebracht, dass es sich bei dem für die Ausrichtung der

Viertelsrente vorausgesetzten Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz um eine Anspruchsvoraussetzung handelt. c) Abgesehen von diesen rechtlichen Überlegungen sprechen auch praktische Gründe gegen die Annahme einer blossen Auszahlungsvorschrift im Sinne des vorinstanzlichen Entscheids. Wie die Schweizerische Ausgleichskasse in der Vernehmlassung zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde darlegt, könnte sich die Verwaltung bei einem im Ausland wohnenden Versicherten mit einem Invaliditätsgrad von mindestens 40% aber weniger als 50% nicht mehr damit begnügen, den entsprechenden Invaliditätsgrad festzustellen, den Versicherten anzuhören und die Rente wegen Nichterreichens einer Invalidität von mindestens 50% verfügungsweise zu verweigern. Vielmehr müsste in einem solchen Fall in der Folge eventuell über Jahre hinweg der Verlauf dieser noch nicht rentenbegründenden Invalidität periodisch revisionsweise überprüft werden. Denn nur so liesse sich bei späterem Anstieg der Invalidität auf 50% oder mehr feststellen, ob in der Zwischenzeit der fiktive Anspruch untergegangen und später allenfalls ein neuer Versicherungsfall eingetreten ist. Gegebenenfalls könnte auch das fiktive Wiederaufleben eines vorgängig untergegangenen fiktiven Anspruchs in Frage kommen (Art. 29bis IVV). Ebenso müsste, wenn eine halbe Rente wegen eines unter 50% gefallenen, aber noch mindestens 40% betragenden Invaliditätsgrades revisionsweise aufgehoben wird, der weitere Verlauf überwacht werden, um bei einem Wiederanstieg der Invalidität feststellen zu können, ob in der Zwischenzeit der fiktive Anspruch untergegangen und ein neuer Versicherungsfall eingetreten ist oder ob ein Rentenanspruch aufgrund des früheren Versicherungsfalls besteht. Den Vorbringen der Verwaltung ist um so grössere Bedeutung beizumessen, als es gerade administrative Überlegungen (Schwierigkeiten bei der Abklärung und Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen im Ausland, Frage der Verhältnismässigkeit des administrativen Aufwands bei in der Regel geringen Renten) waren, die den Gesetzgeber zum Erlass von Art. 28 Abs. 1ter IVG bewogen haben (vgl. Botschaft vom 21. November 1984, S. 17; BBl 1985 I 36). Die vorinstanzliche Auslegung des Gesetzes würde dieser Zielsetzung klar zuwiderlaufen und hätte einen erheblichen administrativen Mehraufwand zur Folge. Es ist daher auch unter diesem Aspekt zu folgern, dass bei Versicherten, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der

Schweiz haben, der Versicherungsfall erst eintritt und der Rentenanspruch erst entsteht, wenn die nach Art. 28 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 29 Abs. 1 IVG für den Anspruch auf die halbe Rente massgebenden Voraussetzungen erfüllt sind.

6. Zu prüfen bleibt, ob der Anspruch auf eine halbe Rente von Versicherten mit Wohnsitz im Ausland voraussetzt, dass während der Wartezeit von Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG eine durchschnittlich mindestens hälftige Arbeitsunfähigkeit bestanden hat, oder ob schon eine Arbeitsunfähigkeit von durchschnittlich mindestens 40% genügt, sofern bei Ablauf der Wartezeit eine Invalidität von mindestens 50% besteht. a) In BGE 105 V 160 f. Erw. 2c hat das Eidg. Versicherungsgericht zu Art. 29 Abs. 1 IVG in der bis Ende 1987 gültig gewesenen Fassung der Bestimmung festgestellt, dass in allen Fällen von Variante II (heute Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG) die Rente sowohl vom Ausmass der nach Ablauf der Wartezeit weiterhin bestehenden Erwerbsunfähigkeit als auch von einem entsprechend hohen Grad der durchschnittlichen Arbeitsunfähigkeit während der vorangegangenen 360 Tage abhängig ist. Demzufolge konnte eine ganze Rente nur zugesprochen werden, wenn die durchschnittliche Arbeitsunfähigkeit während der Wartezeit und die nachfolgende Erwerbsunfähigkeit mindestens zwei Drittel betrugen. Anderseits setzte der Anspruch auf die Härtefallrente nach Variante II nicht voraus, dass eine durchschnittlich mindestens hälftige Arbeitsunfähigkeit während 360 Tagen vorlag; vielmehr genügte es, wenn der Versicherte während der Wartezeit durchschnittlich mindestens zu einem Drittel arbeitsunfähig und weiterhin mindestens im gleichen Umfang erwerbsunfähig war. In Ergänzung dieser Rechtsprechung hat das Gericht in BGE 109 V 126 f. Erw. 4a entschieden, dass bei der gleichzeitigen Zusprechung einer halben und der diese ablösenden ganzen Rente sich der Zeitpunkt des Wechsels von der halben zur ganzen Rente ausschliesslich nach Art. 88a Abs. 2 IVV und nicht nach Art. 29 Abs. 1 IVG richtet. Daraus folgt, dass der Wechsel von der halben zur ganzen Rente eine relevante Verschlechterung der Erwerbsfähigkeit von lediglich drei Monaten, nicht aber eine durchschnittlich mindestens zwei Drittel betragende Arbeitsunfähigkeit während 360 Tagen voraussetzt (wie es vor Inkrafttreten von Art. 88a IVV der Fall war; vgl. BGE 105 V 264 Erw. 3a sowie ZAK 1977 S. 23). b) Es besteht kein Grund, diese Praxis nicht auch im Rahmen des mit der Gesetzesänderung vom 9. Oktober 1986 auf den 1. Januar 1988 in Kraft

getretenen neuen Rechts als anwendbar zu erachten.
aa) Nach Art. 29 Abs. 1 Satz 1 IVG in der bis Ende 1987 gültig gewesenen Fassung entstand der Rentenanspruch, "sobald der Versicherte mindestens zur Hälfte bleibend erwerbsunfähig geworden ist oder während 360 Tagen ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich zur Hälfte arbeitsunfähig war und weiterhin mindestens zur Hälfte erwerbsunfähig ist". Der seit 1. Januar 1988 gültige Wortlaut von Art. 29 Abs. 1 IVG unterscheidet sich von der früheren Fassung der Bestimmung im wesentlichen nur dadurch, dass die rentenbegründende Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit in Übereinstimmung mit dem geänderten Art. 28 Abs. 1 IVG auf 40% herabgesetzt, die Wartezeit auf ein Jahr (bisher 360 Tage) erstreckt und in lit. b der zweite Satzteil der früheren Variante II ("und weiterhin mindestens ... erwerbsunfähig ist") weggelassen wurde. bb) Mit Ausnahme des für den Rentenanspruch erforderlichen Invaliditätsgrades entspricht die geltende Fassung von Art. 29 Abs. 1 IVG dem vom Bundesrat mit Entwurf vom 21. November 1984 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (zweite IV-Revision) vorgeschlagenen Gesetzeswortlaut (BBl 1985 I 92). In der Botschaft äusserte sich der Bundesrat zu den Gründen, die zu einer Neufestsetzung der Wartezeit Anlass gaben, und stellte fest, die vorgeschlagene Neufassung von Art. 29 IVG enthalte im übrigen nur redaktionelle Änderungen ohne materielle Auswirkungen; da es bei dieser Bestimmung lediglich um die Regelung des Rentenbeginns gehe, sei auf eine Wiederholung der in Art. 28 IVG enthaltenen Anspruchsumschreibung verzichtet worden (BBl 1985 I 37). Abgesehen vom rentenbegründenden Invaliditätsgrad gab der Entwurf des Bundesrates zu Art. 29 Abs. 1 IVG zu keinen Diskussionen Anlass und wurde von den Eidg. Räten unverändert angenommen (Amtl. Bull. 1985 S 755, 1986 N 763). Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich somit, dass der Gesetzgeber mit der

Weglassung des zweiten Teils des bis Ende 1987 gültig gewesenen Art. 29 Abs. 1 Satz 1 IVG ("und weiterhin mindestens ... erwerbsunfähig ist") keine materielle Änderung der Anspruchsvoraussetzungen beabsichtigte, sondern die Voraussetzung einer Erwerbsunfähigkeit in der gesetzlichen Mindesthöhe im Zeitpunkt des Rentenbeginns als in der Regelung der massgebenden Invalidität von Art. 28 Abs. 1 IVG mitenthalten erachtete. Der neue Wortlaut von Art. 29 Abs. 1 IVG steht einer Anwendung der in BGE 105 V 156 ff. zum alten Recht ergangenen Praxis auf das mit der Gesetzesänderung vom

9. Oktober 1986 auf den 1. Januar 1988 in Kraft getretene neue Recht folglich nicht entgegen. cc) Nichts anderes ergibt sich aus der Gesetzessystematik. Wie schon in der früheren Fassung des Gesetzes umschreibt Art. 28 Abs. 1 IVG die einzelnen Rentenabstufungen nach Massgabe des Invaliditätsgrades, wogegen Art. 29 Abs. 1 IVG bezüglich des Anspruchsbeginns lediglich die minimale Anforderung an den "Rentenanspruch nach Artikel 28" zum Gegenstand hat. Es ist denn auch selbstverständlich, dass die in lit. a erwähnte mindestens 40%ige bleibende Erwerbsunfähigkeit nur für eine Viertelsrente genügt, wogegen eine halbe oder ganze Rente einen entsprechend höheren Invaliditätsgrad nach Art. 28 Abs. 1 IVG voraussetzt. Gleich verhält es sich bei lit. b von Art. 29 Abs. 1 IVG. Auch hier sind nur die minimalen Anforderungen an die unterste Rentenstufe (Viertelsrente) umschrieben, während sich der Umfang des Rentenanspruchs aus Art. 28 Abs. 1 IVG ergibt. Dabei ist (bei Erwerbstätigen) im Gegensatz zur Entstehung des Rentenanspruchs nicht auf die Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf, sondern auf die Erwerbsunfähigkeit auf dem gesamten in Betracht fallenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt abzustellen. Auch ist der Umfang des Rentenanspruches im Zeitpunkt seiner Entstehung nicht von einer bestimmten Dauer der Erwerbsunfähigkeit abhängig. Trotzdem somit bei Vorliegen eines labilen pathologischen Geschehens im Sinne von Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG für die Entstehung des Rentenanspruchs einerseits und für dessen Umfang und Bemessungsgrundlage anderseits unterschiedliche Voraussetzungen gelten, besteht eine gegenseitige Abhängigkeit. Denn eine mindestens 40%ige, auf ein labiles Krankheitsgeschehen zurückzuführende Erwerbsunfähigkeit führt ohne vorausgegangene Arbeitsunfähigkeit in mindestens gleichem Ausmass während eines Jahres nicht zur Entstehung eines Rentenanspruchs; umgekehrt vermag eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 40% während eines Jahres allein keinen Rentenanspruch zu begründen, sondern nur, wenn sich daran eine Erwerbsunfähigkeit in mindestens gleicher Höhe anschliesst. Dies gilt in gleicher Weise für alle drei gesetzlichen Rentenabstufungen (Art. 28 Abs. 1 IVG). Die durchschnittliche Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit während eines Jahres und die nach Ablauf der Wartezeit bestehende Erwerbsunfähigkeit müssen somit kumulativ und in der für die einzelnen Rentenabstufungen erforderlichen Mindesthöhe gegeben sein, damit eine Rente im entsprechenden Umfang zugesprochen werden kann.

dd) Teilweise anders geregelt ist die revisionsweise Neufestsetzung des Rentenanspruchs gemäss Art. 41 IVG. Nach Art. 88a Abs. 2 IVV ist bei einer Verschlechterung der Erwerbsfähigkeit die anspruchsbeeinflussende Änderung zu berücksichtigen, sobald sie ohne wesentliche Unterbrechung drei Monate angedauert hat. Daraus folgt, dass die Erhöhung des Rentenanspruchs eine relevante Verschlechterung der Erwerbsfähigkeit von lediglich drei Monaten, nicht aber eine durchschnittliche Arbeitsunfähigkeit des gleichen Umfangs während der gesetzlichen Wartezeit voraussetzt (wie es vor Inkrafttreten von Art. 88a IVV am 1. Januar 1977 der Fall war; vgl. BGE 105 V 264 Erw. 3a sowie ZAK 1977 S. 23). Dies gilt nicht nur bei der revisionsweisen Neufestsetzung einer laufenden Rente, sondern auch dann, wenn gleichzeitig rückwirkend eine halbe und eine diese

ablösende ganze Rente zugesprochen wird (BGE 109 V 125 ff.). Nachdem Art. 88a Abs. 2 IVV unverändert geblieben ist, besteht kein Grund, diese Praxis nicht auch unter dem auf den 1. Januar 1988 in Kraft getretenen neuen Art. 29 Abs. 1 IVG als anwendbar zu erachten. c) Weil Art. 28 Abs. 1ter IVG, wie dargelegt, keine blosse Auszahlungsvorschrift, sondern eine besondere Anspruchsvoraussetzung darstellt, ergibt sich hieraus, dass bei Versicherten mit Wohnsitz im Ausland der Rentenanspruch nach Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG erst entsteht, wenn sie während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 50% arbeitsunfähig gewesen sind und der Invaliditätsgrad nach Ablauf der Wartezeit mindestens 50% beträgt. Soweit das Gericht in den Urteilen S. vom 16. Dezember 1994 und G. vom 16. August 1995 etwas anderes gesagt hat, kann daran nicht festgehalten werden.

7. Ist nach dem Gesagten die Annahme eines fiktiven Rentenanspruchs im Sinne des vorinstanzlichen Entscheids zu verwerfen und setzt der Anspruch auf eine halbe Rente voraus, dass während eines Jahres eine durchschnittlich mindestens hälftige Arbeitsunfähigkeit bestanden hat, so ergibt sich für den vorliegenden Fall folgendes: Der Beschwerdegegner war ab 8. Januar 1988 zu 25% und ab 2. August 1989 zu 70% arbeitsunfähig. Die durchschnittliche Arbeitsunfähigkeit während eines Jahres von 50% wurde überschritten nach 5 Monaten zu 25% und 7 Monaten zu 70% (5 x 25% = 125%; 7 x 70% = 490%; 125 + 490 = 615%, geteilt durch 12 = 51,25%). Nachdem eine Arbeitsunfähigkeit von 70% ab 2. August 1989 bestanden hat, wurde die durchschnittliche Arbeitsunfähigkeit von

mindestens 50% 7 Monate später, somit anfangs Februar 1990 überschritten. Dem Beschwerdegegner steht somit ab 1. Februar 1990 eine halbe Invalidenrente zu. In Anwendung von Art. 88a Abs. 2 IVV ist die halbe Rente mit Wirkung ab 1. Mai 1990 auf eine ganze Rente zu erhöhen. Demzufolge ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Sinne des von der Schweizerischen Ausgleichskasse im kantonalen Beschwerdeverfahren gestellten und vor dem Eidg. Versicherungsgericht wiederholten Antrages gutzuheissen. Mit seinem abweichenden Begehren übersieht das Bundesamt für Sozialversicherung, dass der Beschwerdegegner ab 2. August 1989 nicht zu 100%, sondern lediglich zu 70% arbeitsunfähig war.