

# **BVGer C-68/2010 vom 25. Januar 2013**

Bundesverwaltungsgericht, 2013-01-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-68\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-68_2010)

FR: TAF C-68/2010 du 25 janvier 2013

IT: TAF C-68/2010 del 25 gennaio 2013

## **Regeste**

Rentenanspruch

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes 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 vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) sowie Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden von Personen im Ausland gegen Verfügungen der IVSTA. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor.

### **E. 1.2**

Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen; er ist durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Anfechtung (Art. 59 ATSG). Er ist daher zur Beschwerde legitimiert.

### **E. 1.3**

Gemäss den Akten wurde die angefochtene Verfügung vom 17. November 2009 am 8. Dezember 2009 validiert (act. IV/191 S. 3). Die am 5. Januar 2010 (Poststempel) der deutschen Post übergebene Beschwerde wurde demnach fristgerecht eingereicht (Art. 60 ATSG). Da die Beschwerde auch formgerecht eingereicht und der Kostenvorschuss fristgerecht geleistet wurde, ist auf die Beschwerde einzutreten (Art. 52 VwVG und Art. 63 Abs. 4 VwVG).

## **E. 2**

Vorab ist zu prüfen, welche Rechtsnormen im vorliegenden Verfahren zur Anwendung gelangen.

### **E. 2.1**

Nach Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt. Indes findet das VwVG aufgrund von Art. 3 Bst. dbis VwVG keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) anwendbar ist.

### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer ist deutscher Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Deutschland, weshalb das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und

ihrer Mitgliedsstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) zu beachten ist.

### **E. 2.2.1**

Anhang II des FZA betreffend die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit wurde per 1. April 2012 geändert (Beschluss Nr. 1/2012 des Gemischten Ausschusses vom 31. März 2012; AS 2012 2345). Vorliegend ist jedoch auf die bis Ende März 2012 gültige Fassung (vgl. namentlich AS 2002 1527, AS 2006 979 und 995, AS 2006 5851, AS 2009 2411 und 2421) abzustellen, wonach die Vertragsparteien untereinander insbesondere folgende Rechtsakte (oder gleichwertige Vorschriften) anwenden (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Abschnitt A Anhang II des FZA): die 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 (AS 2004 121 [vgl. auch AS 2008 4219, AS 2009 4831]; nachfolgend: Verordnung Nr. 1408/71) sowie die Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (AS 2005 3909 [vgl. auch AS 2009 621, AS 2009 4845]; nachfolgend: Verordnung Nr. 574/72). Im Rahmen des FZA ist auch die Schweiz als "Mitgliedstaat" im Sinne dieser Koordinierungsverordnungen zu betrachten (Art. 1 Abs. 2 Anhang II des FZA).

### **E. 2.2.2**

Nach Art. 40 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1408/71 ist die vom Träger eines Staates 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 Deutschland und der Schweiz (ebenso wie für das Verhältnis zwischen den übrigen EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz) nicht der Fall ist.

### **E. 2.2.3**

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. 2.3.1**

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. 2.3.2**

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. 3**

Im vorliegenden Verfahren ist streitig und vom Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob der Beschwerdeführer einen Anspruch auf eine Invalidenrente hat. Zunächst sind die für die Beurteilung des Anspruchs massgebenden gesetzlichen Grundlagen und die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze darzulegen.

#### **E. 3.1**

Nach der Rechtsprechung stellt das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung einer Streitsache in der Regel auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verwaltungsverfügung (hier: 8. Dezember 2009 [Validierung der Verfügung vom 17. November 2009]) eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweis). In zeitlicher Hinsicht sind - vorbehältlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen - grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgeblich, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 132 V 220 E. 3.1.1, Urteil des Bundesgerichts 8C\_419/2009 vom 3. November 2009).

##### **E. 3.1.1**

Die per 1. Januar 2008 in Kraft getretene 5. IV-Revision brachte für die Invaliditätsbemessung keine substanziellen Änderungen gegenüber der bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Rechtslage, so dass die zur altrechtlichen Regelung ergangene Rechtsprechung weiterhin massgebend ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_373/2008 vom 28. August 2008 E. 2.1). Neu normiert wurde dagegen der Zeitpunkt des Rentenbeginns, der - sofern die entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen gegeben sind - gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG (in der Fassung der 5. IV-Revision) frühestens sechs Monate nach Geltendmachung des Leistungsanspruchs nach Art. 29 Abs. 1 ATSG entsteht.

##### **E. 3.1.2**

Im vorliegenden Verfahren finden demnach grundsätzlich jene Vorschriften Anwendung, die bei Eintritt des Versicherungsfalles, spätestens jedoch bei der Validierung der Verfügung vom 8. Dezember 2009 in Kraft standen; weiter aber auch solche Vorschriften, die zu jenem Zeitpunkt bereits ausser Kraft getreten waren, die aber für die Beurteilung eines allenfalls früher eingetretenen Versicherungsfalles von Belang sind (das IVG ab dem 1. Januar 2004 in der Fassung vom 21. März 2003 [AS 2003 3837; 4. IV-Revision] und ab dem 1. Januar 2008 in der Fassung vom 6. Oktober 2006 [AS 2007 5129; 5. IV-Revision]; die IVV in den entsprechenden Fassungen der 4. und 5. IV-Revision [AS 2003 3859 und 2007 5155]). Hinsichtlich des Beginns eines allfälligen Rentenanspruchs gilt das neue Recht, da sich der Beschwerdeführer im hier massgebenden Verfahren nach dem 1. Januar 2008 angemeldet hat (Anmeldung am 17. Juli 2008; vgl. auch das zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts 9C\_562/2012 vom 18. Oktober 2012 E. 3. ff. [Praxisänderung] mit weiteren Hinweisen). Noch keine Anwendung findet vorliegend das am 1. Januar 2012 in Kraft getretene erste Massnahmenpaket der 6. IV-Revision (IVG in der Fassung vom 16. März 2011 [AS 2011 5659]). Rechts- und Sachverhaltsänderungen,

die nach dem massgebenden Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Entscheides vom 8. Dezember 2009 eintraten, sind im vorliegenden Verfahren grundsätzlich nicht zu berücksichtigen (vgl. BGE 130 V 329, BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweisen). Allerdings können Tatsachen, die den Sachverhalt seither verändert haben, unter Umständen Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung sein (vgl. BGE 121 V 366 E. 1b mit Hinweisen).

### **E. 3.2**

Anspruch auf eine Rente der schweizerischen Invalidenversicherung hat, wer invalid im Sinne des Gesetzes ist (Art. 8 ATSG) und beim Eintritt der Invalidität während der vom Gesetz geforderten Dauer Beiträge an die AHV/IV geleistet hat (Art. 36 Abs. 1 IVG). Diese Bedingungen müssen kumulativ gegeben sein; fehlt eine, so entsteht kein Rentenanspruch, selbst wenn die andere erfüllt ist.

#### **E. 3.2.1**

Die seit 1. Januar 2008 geltende Fassung von Art. 36 Abs. 1 IVG bestimmt, dass bei Eintritt der Invalidität während mindestens drei (vollen) Jahren Beiträge geleistet sein müssen. Ist in der Schweiz eine Beitragsdauer von mindestens einem Jahr erfüllt, jedoch nicht die dreijährige Beitragsdauer, so sind allfällige Versicherungszeiten in einem EU- oder EFTA-Staat anzurechnen (vgl. Rz. 2023 Abs. 1 Satz 2 des Kreisschreibens über das Verfahren in der Invalidenversicherung [KSVI, gültig ab 1. Januar 2010]).

#### **E. 3.2.2**

Gemäss Art. 4 Abs. 2 IVG (in der seit 1. Januar 1968 geltenden Fassung) gilt die Invalidität als eingetreten, sobald sie die für die Begründung des Anspruchs auf die jeweilige Leistung erforderliche Art und Schwere erreicht hat (sogenannter leistungsspezifischer Versicherungsfall; vgl. BGE 137 V 417 E. 2.2.1 und 2.2.4; SVR 2007 IV Nr. 7 E. 1.1). Ein oder mehrere Gesundheitsschäden können demnach verschiedene Invaliditätseintritte (Versicherungsfälle) auslösen, je nachdem, welche gesetzliche Leistung durch die Art und Schwere der gesundheitlichen Beeinträchtigung erforderlich bzw. beanspruchbar wird.

#### **E. 3.2.3**

Der Beschwerdeführer hat in der Schweiz während insgesamt 23 Monaten (d.h. während mehr als einem Jahr) Beiträge geleistet (act. IV/208). Ausserdem ist den Akten im Zeitraum von September 1978 - Juli 2000 eine geleistete Beitragszeit von mehreren Jahren in Deutschland zu entnehmen (act. IV/97 S. 3-5). Der Beschwerdeführer erfüllt demnach die Voraussetzung von drei Beitragsjahren gemäss Art. 36 Abs. 1 IVG i.V.m. Rz. 2023 Abs. 1 Satz 2 KSVI, da ihm die deutschen Beitragszeiten angerechnet werden können. Somit bleibt zu prüfen, ob der Beschwerdeführer auch in versicherungsrelevanten Mass invalid geworden ist.

### **E. 3.3**

Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG). Erwerbsunfähigkeit ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (Art. 7 Abs. 1 ATSG). Eine Erwerbsunfähigkeit liegt nur vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist (Art. 7 Abs. 2 ATSG; der am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Abs. 2

hat den Begriff der Erwerbsunfähigkeit nicht modifiziert, BGE 135 V 215 E. 7.3). 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. 3.4**

Die seit dem 1. Januar 2004 massgeblichen Rentenabstufungen geben bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40 Prozent Anspruch auf eine Viertelsrente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50 Prozent Anspruch auf eine halbe Rente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 60 Prozent Anspruch auf eine Dreiviertelsrente und bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 70 Prozent Anspruch auf eine ganze Rente (Art. 28 Abs. 2 IVG).

#### **E. 3.5.1**

Die IV-Stelle prüft die Begehren, nimmt die notwendigen Abklärungen von Amtes wegen vor und holt die erforderlichen Auskünfte ein (Art. 43 Abs. 1 ATSG, Art. 57 Abs. 3 IVG).

#### **E. 3.5.2**

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 leidensbedingt eingeschränkt ist. Im Vordergrund stehen dabei vor allem jene Funktionen, welche für die nach der Lebenserfahrung im Vordergrund stehenden Arbeitsmöglichkeiten der versicherten Person wesentlich sind (so etwa, ob diese sitzend oder stehend, im Freien oder in geheizten Räumen arbeiten kann oder muss, ob sie Lasten heben und tragen kann). 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 20 E. 2b).

#### **E. 3.6**

Das Bundesrecht schreibt nicht vor, wie die einzelnen Beweismittel zu würdigen sind. Für das gesamte Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Danach haben Versicherungsträger und Sozialversicherungsgerichte die Beweise frei, das heisst ohne förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. 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 Zusammenhänge und in der Beurteilung der

medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen der Expertinnen und Experten begründet sind. Ausschlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Herkunft des Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder als Gutachten. Dennoch erachtet es die Rechtsprechung mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung als vereinbar, in Bezug auf bestimmte Formen medizinischer Berichte und Gutachten, Richtlinien für die Beweiswürdigung aufzustellen. So ist den im Rahmen des im Verwaltungsverfahren eingeholten Gutachten externer Spezialärzte, welche aufgrund eingehender Beobachtungen und Untersuchungen sowie nach Einsicht in die Akten Bericht erstatten und bei der Erörterung der Befunde zu schlüssigen Ergebnissen gelangen, bei der Beweiswürdigung volle Beweiskraft zuzuerkennen, solange nicht konkrete Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen (vgl. dazu das Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 26. Januar 2006 [I 268/2005] E. 1.2, mit Hinweis auf BGE 125 V 352 E. 3a und weiteren Hinweisen). Den Berichten und Gutachten versicherungsinterner Ärzte kommt Beweiswert zu, sofern sie schlüssig erscheinen, nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei sind und keine konkreten Indizien gegen ihre Zuverlässigkeit bestehen. Die Tatsache allein, dass der befragte Arzt in einem Anstellungsverhältnis zum Versicherungsträger steht, lässt nicht schon auf mangelnde Objektivität und Befangenheit schliessen. Es bedarf vielmehr besonderer Umstände, welche das Misstrauen in die Unparteilichkeit der Beurteilung objektiv als begründet erscheinen lassen (vgl. BGE 125 V 351 E. 3a und 3b, 122 V 160 E. 1c, 123 V 178 E. 3.4 sowie U. Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 43 Rz. 35). Die fachliche Qualifikation des Experten spielt für die richterliche Würdigung einer Expertise eine erhebliche Rolle. Bezüglich der medizinischen Stichhaltigkeit eines Gutachtens müssen sich Verwaltung und Gerichte auf die Fachkenntnisse des Experten verlassen können. Deshalb ist für die Eignung eines Arztes als Gutachter in einer bestimmten medizinischen Disziplin ein entsprechender, dem Nachweis der erforderlichen Fachkenntnisse dienender, spezialärztlicher Titel des berichtenden oder zumindest des den Bericht visierenden Arztes vorausgesetzt (Urteil des Bundesgerichts vom 3. August 2000 [I 178/00] E. 4a).

### **E. 3.7.1**

Wurde eine Rente wegen eines fehlenden oder zu geringen Invaliditätsgrades bereits einmal verweigert, so wird eine neue Anmeldung nur geprüft, wenn die versicherte Person glaubhaft macht, dass sich der Grad der Invalidität in einer für den Anspruch erheblichen Weise geändert hat (Art. 87 Abs. 3 und 4 IVV). Dies gilt auch dann, wenn die versicherte Person nach vorausgegangener rechtskräftiger Ablehnung erneut eine Eingliederungsmassnahme beantragt (BGE 113 V 22 E. 3b; ZAK 1991 S. 262 E. 1a). Mit dieser Bestimmung soll verhindert werden, dass sich die Verwaltung nach vorausgegangener rechtskräftiger Rentenverweigerung immer wieder mit gleichlautenden und nicht näher begründeten, d.h. keine Veränderung des Sachverhalts darlegenden Rentengesuchen befassen muss (BGE 130 V 64 E. 5.2.3, 125 V 410 E. 2b, 117 V 198 E. 4b). Die glaubhaft zu machende Änderung muss nicht gerade jenes Anspruchselement betreffen, welches die Verwaltung der früheren rechtskräftigen Leistungsabweisung zugrunde legte. Vielmehr hat es zu genügen, wenn die versicherte Person zumindest die Änderung eines Sachverhalts aus dem gesamten für die Rentenberechtigung erheblichen Tatsachenspektrum glaubwürdig dartut. Trifft dies zu, ist die Verwaltung verpflichtet, auf das neue Leistungsbegehren einzutreten und es allseitig zu prüfen (BGE 117 V 198 E. 4b). Diese Regeln zur Behandlung von Neuanmeldungen beziehen sich nur auf gleichlautende

Leistungsgesuche (SVR 1999 IV Nr. 21).

### **E. 3.7.2**

Tritt die Verwaltung auf die Neuanschuldung ein, so hat sie die Sache materiell abzuklären und in analoger Weise wie bei einem Revisionsfall nach aArt. 41 IVG (heute: Art. 17 Abs. 1 ATSG) vorzugehen (AHI 1999 S. 84 E. 1b mit Hinweisen). Stellt sie fest, dass der Invaliditätsgrad seit Erlass der früheren rechtskräftigen Verfügung keine Veränderung erfahren hat, so weist sie das neue Gesuch ab. Andernfalls hat sie zusätzlich noch zu prüfen, ob die festgestellte Veränderung genügt, um nunmehr eine rentenbegründende Invalidität zu bejahen, und hernach zu beschliessen. Im Beschwerdefall obliegt die gleiche materielle Prüfungspflicht auch dem Gericht (BGE 117 V 198 E. 3a, 109 V 108 E. 2b).

### **E. 3.7.3**

Ob eine anspruchsbegründende Änderung in den für den Invaliditätsgrad erheblichen Tatsachen eingetreten ist, beurteilt sich im Neuanschuldungsverfahren - analog zur Rentenrevision nach Art. 17 Abs. 1 ATSG (vgl. BGE 105 V 29 zu Art. 41 aIVG) - durch Vergleich des Sachverhaltes, wie er im Zeitpunkt der ersten Ablehnungsverfügung bestanden hat, mit demjenigen zur Zeit der streitigen neuen Verfügung (BGE 130 V 71 E. 3.1 mit Hinweisen). Dies gilt jedoch nur in Fällen, in denen seit der ersten Verfügung keine materielle Prüfung des Rentenanspruchs mehr stattgefunden hat, sondern einzig Nichteintretensverfügungen erfolgt sind, welche aufgrund des fehlenden Abklärungs- und bloss summarischen Begründungsaufwandes der Verwaltung unbeachtlich bleiben.

### **E. 3.7.4**

Vorliegend hatte die SVA im Rahmen des Verfahrens zu den Leistungsbegehren des Beschwerdeführers (Antrag auf Eingliederungsmassnahmen vom 28. Juni 2002 und Antrag auf Eingliederungsmassnahmen und Rente vom 27. Juni 2003) den Sachverhalt abgeklärt, gewürdigt, einen Erwerbsvergleich erstellt und die Begehren mit Verfügung vom 17. Oktober 2003 rechtskräftig abgewiesen (oben Bst. C.a und C.b). In der Folge trat die SVA auf die weiteren Leistungsbegehren nicht mehr ein (oben C.c f.). Die Vorinstanz ist auf das neue, in Deutschland am 17. Juli 2008 gestellte Leistungsgesuch (act. IV/77) im Rahmen des zwischenstaatlichen Verfahrens eingetreten, hat den Sachverhalt ermittelt, gewürdigt und einen Erwerbsvergleich erstellt (act. IV/82 - 187). Demnach ist in Anwendung der hievordargelegten Rechtsprechung zu prüfen, ob sich der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers zwischen dem 17. Oktober 2003 (letzte materielle Prüfung) und dem 8. Dezember 2009 (siehe oben E. 3.1) invaliditätsrelevant verändert hat und ob die von der Vorinstanz durchgeführte Anspruchsermittlung mit den hievordargelegten Grundsätzen vereinbar ist.

### **E. 4.1**

Gestützt auf die Akten und die Verfügung der SVA vom 17. Oktober 2003 ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer während seiner Tätigkeit in der Schweiz mehrmals verunfallte und psychisch erkrankte. Nach der stationären Rehabilitation in der Rehaklinik bestand in psychischer Hinsicht per Ende Juli 2002 zwar wieder volle Arbeitsfähigkeit, eingeschränkt jedoch auf Tätigkeiten auf dem festen Boden. Als nicht mehr zumutbar wurde die bisherige Tätigkeit im Tunnel als Mineur erachtet. Aufgrund der nach der Rehabilitation neu aufgetretenen Knieproblematik links wurde aus rheumatologischer Sicht ergänzend zur bestehenden Einschränkung noch eine behinderungsangepasste Tätigkeit von 100% in leichten bis mittelschweren Tätigkeiten als zumutbar erachtet (act. IV/43).

## **E. 4.2**

Im ausführlichen medizinischen Dossier seit Oktober 2003 finden sich im Wesentlichen Erkrankungen bzw. Einschränkungen und medizinische Abklärungen aus orthopädisch-rheumatologischer Sicht (Einschränkungen wegen der Wirbelsäule [chronifiziertes lumbales Schmerzsyndrom, Osteoporose], der Schulter links nach Treppensturz im November 2006 und Arthroskopie vom 28. Juni 2007, Gonarthrose beidseits, vgl. act. IV/139 S. 17 ff. und S. 23 f., Beschwerdeakten act. 4.17 f., 5.1) sowie aus psychischer Sicht (Ängste vor grösserer Höhe und Einschlussängste, act. IV/136 S. 18).

### **E. 4.2.1**

Im Rahmen des Gerichtsverfahrens vor dem Sozialgericht W. \_\_\_\_\_ (Verfahrensakten und Urteil nicht aktenkundig) wurden ein fachorthopädisches Gutachten vom 20. Juni 2007 sowie ein neurologisch-psychiatrisches Gutachten vom 12. Juli 2007 (Untersuchung je am 14. Juni 2007) im Reha-Zentrum C. \_\_\_\_\_, V. \_\_\_\_\_ eingeholt (act. IV/136 und 139). Dr. med. D. \_\_\_\_\_, Facharzt für Neurologie und Psychiatrie, Psychotherapie, Rehabilitationswesen und Verkehrsmedizin, diagnostizierte - gestützt auf eine ausführliche Anamnese, eine allgemein-körperliche, eine neurologische und eine psychische Befunderhebung sowie eine elektroencephalographische Untersuchung (EEG) und DemTect-Testung (Demenzscreeningverfahren) - einen regelrechten neurologischen Befund, insbesondere fanden sich keine Lähmungen, keine umschriebenen Sensibilitätsstörungen oder Koordinationsprobleme. Der psychische Befund war regelrecht, ohne Anhalt für das Vorliegen einer tiefgreifenden depressiven Störung. Der Gutachter diagnostizierte jedoch das Vorliegen spezifischer Ängste (ICD 10: F 40.2 [Höhenangst und Angst in engen Räumen]). Aus neurologischer und psychiatrischer Sicht ergab sich beim Exploranden ein quantitativ nicht eingeschränktes Leistungsvermögen, aber qualitativ wegen der Ängste eine Unzumutbarkeit von Tätigkeiten auf Gerüsten und in grösseren Höhen sowie von Arbeiten unter Tage und in engen Räumen (act. IV/136 S. 17 f.). Dr. E. \_\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädie, Chirotherapie, Sportmedizin und Sozialmedizin, diagnostizierte auf orthopädischem Fachgebiet a) eine Belastungsminderung des linken Kniegelenks, bei fortgeschrittenem Knorpelschaden lateraler Femurcondylus und retropatellar mit Schwellungsneigung noch ohne Funktionseinschränkung, ohne Zeichen einer dauerhaften schmerzbedingten Minderbelastung des linken Beins; b) eine leichte Funktionseinschränkung der linken Schulter nach konservativ versorgter Oberarmfraktur von November 2007 (recte: 2006), eine kernspintomographisch gesicherte Zystenbildung im Bereich des Humerusschafts, eine kernspintomographisch gesicherte Teilruptur der Supraspinatussehne und eine Teilruptur der langen Bizepssehne; sowie c) eine leichte Funktionseinschränkung der Lendenwirbelsäule nach älterer Deckplattenimpression L4, multisegmentalen Discopathien und Bandscheibenvorfall L5/S1 ohne aktuellen Anhalt für eine Nervenwurzelirritation (act. IV/139 S. 13). Er äusserte sich ausführlich zu seinem Befund und zu den ihm vorliegenden medizinischen Unterlagen. Gestützt auf diese Befunde beurteilte er aus orthopädischer Sicht noch überwiegend leichte bis gelegentlich mittelschwere Tätigkeiten als zumutbar, in wechselnder Körperhaltung mit überwiegend sitzendem Anteil (vollschichtig), ohne länger anhaltende statische Wirbelsäulenzwangshaltungen, insbesondere mit stark nach vorne gebeugtem Oberkörper und häufigen Überkopfhaltungen links sowie ohne längere Arbeiten in gebückter, gehockter oder knieender Stellung sowie ohne Tätigkeiten in Kälte, Nässe, Zugluft ohne entsprechenden Bekleidungsschutz, bei gegebener Gang- und Standsicherheit, ohne

Besteigen von Leitern und Gerüsten und unter Vermeidung von Tätigkeiten mit erhöhter Unfallgefahr. Dieses Leistungsbild bestehe mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit seit Juni 2002. Die Lendenwirbelsäulenabnutzungen müssten ebenfalls schon länger vorliegen. Seit dem Sturz im November 2006 beständen die Einschränkungen in Bezug auf die linke Schulter, bei diesem Sturz habe sich der Explorand vermutlich auch die LWK-4 Fraktur zugezogen (S. 18 - 21). In der Zusammenfassung der Beurteilung durch beide Gutachter findet sich keine weitere Einschränkung der Arbeitsfähigkeit als bereits in den Einzelgutachten dargelegt (act. IV/139 S. 23 f.). Ergänzend ist anzumerken, dass beide Gutachter explizit keine Aggravation, Simulation oder Dissimulationstendenz feststellten (act. IV/136 S. 23 und 139 S. 22).

#### **E. 4.2.2**

Am 28. Juni 2007 wurde der Versicherte an der linken Schulter operiert (Arthroskopie mit Bizepssehnenotomie und offener subacromialer Weichteildekompression und offener Bizepssehnenodese, act. 4.18).

#### **E. 4.2.3**

Vom 4. - 16. Januar 2008, vom 6. - 11. Juli 2008 und vom 19. - 30. November 2009 wurde der Beschwerdeführer wegen eines akut exazerbierenden Lumbalsyndroms bei NPP (Nukleus pulposus-Prolaps - Bandscheibenvorfall) L5/S1 bzw. mit der Diagnostik einer pseudoradikulären Lumboischialgie, Facettengelenksarthropathie und Bandscheibenprotrusion L4/L5 und L5/S1, Alkoholabhängigkeit mit vegetativer Entzugssymptomatik, Nikotinabusus, Gonarthrose beidseits, und einer anamnestischen Osteoporose, bei akuter Exazerbation des seit drei Jahren bestehenden chronischen LWS-Schmerzsyndroms bzw. eines chronifizierten lumbalen Schmerzsyndroms im Krankenhaus F.\_\_\_\_\_, Orthopädie, U.\_\_\_\_\_, (G.\_\_\_\_\_-Universität T.\_\_\_\_\_, Medizinische Fakultät) und im Kreiskrankenhaus S.\_\_\_\_\_, Klinik für Neurologie, Neurologische Intensivtherapie, stationär behandelt (konservative Therapie, act. IV/152, 163, Beschwerdeakte act. 5.1). Am 3. September 2008 diagnostizierten die Fachärzte für Orthopädie und Chirotherapie einen Verdacht auf ein geringgradiges Osteoporosesyndrom unklarer Genese (act. 166 f.).

#### **E. 4.2.4**

Im Auftrag der deutschen Rentenversicherung, B.\_\_\_\_\_, erstellte Dr. H.\_\_\_\_\_, Facharzt für Augenheilkunde und Neurologie sowie Sozialmedizin, vom sozialmedizinischen Dienst der B.\_\_\_\_\_, R.\_\_\_\_\_, eine Begutachtung im Rentenverfahren vom 10. November 2008 (act. IV/178). Gemäss den Akten bestand die Begutachtung aus der Erhebung einer Anamnese, einer körperlichen Untersuchung (allgemein-internistisch, Haltungs- und Bewegungsapparat [inkl. Messdaten], Nervensystem und Psyche), sowie aus den Zusatzuntersuchungen Labor (Hämатologie, klinische Chemie, Hormone), EKG, Laufband-Untersuchung, Sehtest, Bodyplethysmographie (Lungenfunktionsmessung), Handkraftmessung und psychometrischen Screeninguntersuchungen. Der Gutachter stellte Einschränkungen bei Anforderungen einer Arbeitstätigkeit an den Haltungs- und Bewegungsapparat (Wirbelsäule, Kniegelenke, Schultergürtelbereich) bei verbleibenden zumutbaren leichten und mittelschweren Tätigkeiten fest und führte aus, dass die Einschränkungen und Behinderungen den Beschwerdeführer nicht daran hindern würden, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens sechs Stunden täglich regelmässig erwerbstätig zu sein. Die zuletzt ausgeübte Tätigkeit als "Mineur/Tunnelbauer"

könne auf Dauer nicht mehr ausgeübt werden, da diese Tätigkeit nur unter Bedingungen auszuführen sei, die dem Versicherten nicht mehr zumutbar seien. Das Spektrum der in Betracht kommenden Tätigkeiten des allgemeinen Arbeitsmarktes werde jedoch nicht durch eine schwere spezifische Leistungsbehinderung oder eine Summierung ungewöhnlicher Leistungseinschränkungen eingeengt. Die geklagte Schmerzintensität bei jeglicher Art von Körperhaltung und -belastung stehe im Missverhältnis zur Befundausprägung. Dies lasse den begründeten Verdacht auf eine symptomverstärkende Leidensdarstellung und auf Selbstlimitierung zu, die im subjektiven Krankheitsempfinden des Versicherten gründe. Damit ergebe sich auch die gutachterliche Problematik der Abgrenzung einer möglichen Aggravation. Der beklagte allgemeine Beeinträchtigungsgrad stehe zudem in Diskrepanz zum klinischen Erscheinungsbild (act. IV/178 S. 14 ff.).

### **E. 4.3**

Die Akten enthalten weiter ein freies orthopädisches Gutachten von Dr. I. \_\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädie/Osteologie vom 22. April 2010 (act. IV/216 f., vgl. Verweis in act. IV/212 S. 3), welches auf der B. \_\_\_\_\_-akte, einem standardisierten Fragebogen zur Begutachtung im Auftrag der Rentenversicherung, auf Röntgenbildern (Liste nicht aktenkundig) sowie einer Untersuchung des Versicherten vom 22. April 2010 beruht, sowie eine zusammenfassende Beurteilung von Dr. J. \_\_\_\_\_, Fachärztin für Innere Medizin/Sozialmedizin, Leitende Ärztin SMD R. \_\_\_\_\_, vom 27. Juli 2010, erstellt zu Händen der B. \_\_\_\_\_ im Rahmen des neuen deutschen Rentenverfahrens (Antrag vom 4. Dezember 2009, siehe oben Bst. E.f).

#### **E. 4.3.1**

Dr. I. \_\_\_\_\_ diagnostiziert a) ein chronisches Schmerzsyndrom bei dringendem Verdacht auf Somatisierungsstörung; b) ein chronisch rezidivierendes lumboschialgieförmiges Schmerzsyndrom L4/5 bei Fehllhaltung und Fehlstatik; c) eine initiale Retropatellararthrose links mehr als rechts; sowie d) eine rezidivierende Schulterschmerzsymptomatik links bei Zustand nach Rotatorenmanschettenruptur mit guter Restitution. Der Gutachter führt bezüglich der zumutbaren Arbeitsfähigkeit aus, die angegebenen orthopädischen Leiden würden mit Sicherheit nur "Nebenschauplätze" darstellen. Weder die lumbalen, noch die linksseitigen Schulterschmerzen, noch die angegebenen Knieschmerzen seien derart gravierend, dass erwerbsminderungsbergründende Leistungseinschränkungen bestehen würden. Die angegebene Schmerzintensität erscheine glaubhaft, gleichfalls die dazu entsprechend angegebene Schmerzmitteldosis. Der Gutachter widerspricht indessen der Auffassung des Exploranden, nicht mehr in der Lage zu sein, irgend eine Tätigkeit ausüben zu können. Richtig sei, dass er sicherlich nicht mehr als Mineur arbeiten könne. Auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt könne er jedoch durchaus eine leichte bis selten mittelschwere Tätigkeit vollschichtig ausüben, ohne Hocken und Bücken, ohne Überkopfarbeiten, ohne fortwährendes Heben und Tragen von mittelschweren Lasten, ohne statische Belastungen der Wirbelsäule, ohne Zwangshaltungen, ohne Schicht- oder Akkordtätigkeit und ohne fortwährende Exposition von Kälte und Zugluft (act. IV/217 S. 19 ff.).

#### **E. 4.3.2**

Die Internistin und Sozialmedizinerin Dr. J. \_\_\_\_\_ stellte in Berücksichtigung der ihr vorliegenden Akten bis April 2010 zu Händen der B. \_\_\_\_\_ fest, im Verlauf seien mehrere Ärzte zur Einschätzung gelangt, dass psychischen Faktoren eine Rolle bei der Unterhaltung der Schmerzproblematik zukomme, so auch die behandelnden Ärzte in

U.\_\_\_\_\_ im November 2009. Die Durchführung einer weiteren ambulanten Psychotherapie sei dort indes nicht für angezeigt gehalten worden. Aus sozialmedizinischer Sicht folgte sie der Leistungseinschätzung des Orthopäden Dr. I.\_\_\_\_\_. Der Explorand sei dauerhaft nicht mehr in der Lage, körperlich schwere und anhaltend mittelschwere Tätigkeiten auszuüben. Für die ursprüngliche Tätigkeit als Mineur im Tunnelbau bestehe auf Dauer Leistungsunfähigkeit. Zumutbar sei die vollschichtige Verrichtung körperlich leichter bis zeitweise mittelschwerer Tätigkeit in wechselnder Körperposition, wobei jede Körperposition während grundsätzlich mehr als 50% der Arbeitszeit zumutbar sei, dies unter Beachtung der im orthopädischen Gutachten dargestellten zusätzlich zu beachtenden Einschränkungen. Die feststellbare Leistungseinschränkung bestehe seit Jahren (act. IV/212).

#### **E. 4.4**

Der Internist Dr. K.\_\_\_\_\_ vom medizinischen Dienst der IVSTA stellte am 23. August 2009 fest, es bestehe seit November 2001 eine Arbeitsunfähigkeit von 70% in der bisherigen Tätigkeit als Mineur/Tunnelbauer und eine Arbeitsunfähigkeit von 0% seit November 2001 in Verweistätigkeiten in Vollzeit, in sitzender und wechselnder Position, Heben von Gewichten bis 10 kg, ohne schwere Tätigkeiten, mit kurzen und mittleren Gehstrecken. Der Gesundheitszustand habe sich insgesamt seit dem Jahr 2002 nicht relevant verändert. Für die vorgeschlagenen Verweistätigkeiten (Hauswart, Aufseher/Wächter einer Baustelle, Museums- oder Parkplatzaufseher, Magaziner, Materialwart, kleine Lieferungen mit einem Fahrzeug, Reparaturen kleiner Apparate und Haushaltartikel, Billetverkäufer, interner Kurrier) bestehe keine Einschränkung. Die aktuelle Begutachtung vom November 2008 bestätige die Befunde früherer Begutachtungen (act. IV/186). In seinen Stellungnahmen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hielt er in Berücksichtigung der neu eingereichten medizinischen Akten im Wesentlichen an dieser Beurteilung fest (act. IV/210, 220).

#### **E. 5**

Nachfolgend ist darzulegen, dass zwischen Oktober 2003 (letzte materielle Beurteilung durch die SVA, siehe oben E. 3.7.4) und dem Beurteilungszeitpunkt per Dezember 2009 (oben E. 3.1) Veränderungen der gesundheitlichen Situation festzustellen sind (E. 5.1 f.). Anschliessend bleibt zu klären, ob sich diese Veränderungen rentenrelevant auswirken (E. 5.3 ff.).

#### **E. 5.1**

Gestützt auf die ausführlichen Gutachten der Fachärzte von V.\_\_\_\_\_ (act. IV/136, 139) fanden sich im Juni 2007 die Arbeitsfähigkeit einschränkende Beschwerden wegen der Lendenwirbelsäule, des linken Knies und der linken Schulter. Dies stellt eine Veränderung zu den Feststellungen der SVA vom Oktober 2003 dar, wo aus rheumatologischer Sicht einzig Einschränkungen wegen des linken Knies festgestellt worden waren. Für eine Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit wegen der lumbalen Situation per Dezember 2009 sprechen auch die mehrfach stationär durchgeführten Schmerztherapien zwischen Januar 2008 - November 2009. Was die psychische Situation betraf, wurden im Juni 2007 weiterhin Einschränkungen wegen den vorhandenen spezifischen Ängsten festgestellt.

#### **E. 5.2.1**

Soweit Dr. H.\_\_\_\_\_ (Gutachten für die B.\_\_\_\_\_) sich in orthopädischer Hinsicht äussert, finden sich Unklarheiten und Widersprüche zur von Dr. E.\_\_\_\_\_ beschriebenen

gesundheitlichen Situation und Leistungsfähigkeit. Was seine Messungen des Bewegungsapparats betrifft, sind alle - anders als diejenigen von Dr. E. \_\_\_\_\_ - seitengleich identisch - auch diejenigen der Knie und der Schultern (act. IV/139 S. 8 ff., 178 S. 5 f.). Erörtert werden diese Veränderungen nicht. Es finden sich auch keine Angaben zur zwei Wochen nach der Begutachtung von Dr. E. \_\_\_\_\_ durchgeführten Schulteroperation und deren gesundheitlichen Entwicklung. Ebenso wenig hat Dr. H. \_\_\_\_\_ nachvollziehbare Schlüsse bezüglich einer allfälligen Veränderung der Rückensituation, gestützt auf die stationären Schmerzbehandlungen des Rückens vom Januar und Juli 2008, gezogen.

#### **E. 5.2.2**

Dr. H. \_\_\_\_\_ setzt sich auch nicht mit der neuropsychologischen Testung von Dr. D. \_\_\_\_\_ vom Juni 2007 und einer allfälligen Abweichung zu den eigenen erhobenen Daten auseinander. Die von Dr. D. \_\_\_\_\_ festgestellte Angstproblematik wird überhaupt nicht thematisiert. Entsprechend finden sich kaum Angaben bezüglich den Feststellungen des Gutachters, der Beschwerdeführer könne keine Tätigkeiten auf Gerüsten oder in grösseren Höhen ausüben (hier bezogen auf die psychische Situation), sowie keine Tätigkeiten unter Tage oder in engen Räumen. Dr. H. \_\_\_\_\_ führt hiezu aus, der Explorand könne seine ursprüngliche Tätigkeit im Tunnelbau "auf Dauer" nicht mehr ausüben, da die Arbeitsbedingungen dieser Tätigkeit für den Versicherten unzumutbar seien, ohne dies weiter zu begründen. Seine Feststellung, Arbeiten mit ständigem oder wiederholtem Ersteigen von Leitern oder Gerüsten oder häufigem Gehen in unebenem Gelände oder auf glatten, rutschigen oder schwankenden Böden sei zu vermeiden bzw. in ihrer Zeitdauer und Häufigkeit zu beschränken, begründet er mit der Minderbelastbarkeit der Kniegelenke. Abschliessend ist festzustellen, dass er - anders als die Gutachter in V. \_\_\_\_\_ 17 Monate zuvor explizit ausführten, und in Berücksichtigung einer zwischenzeitlich durchgeführten Schulteroperation sowie zweier stationär durchgeführter Intensiv-Schmerzbehandlungen - von einem Grenzfall zu einer Aggravation ausging, ohne diesen Widerspruch zu den Gutachtern E. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ zu erläutern. Zu ergänzen bleibt, dass der Beschwerdeführer in der Replik Vorbehalte zum Ablauf dieser Begutachtung vorgebracht hat (siehe act. 14 sowie act. IV/187 S. 7 und 17). Zu diesen Vorbehalten hat sich die Vorinstanz im Nachgang zu deren Geltendmachung nicht geäussert.

#### **E. 5.2.3**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die sorgfältig erstellten fachärztlichen Gutachten von Dr. D. \_\_\_\_\_ und Dr. E. \_\_\_\_\_ mit der Beurteilung von Dr. H. \_\_\_\_\_ divergieren, ohne dass dessen anderslautende Beurteilung nachvollziehbar erläutert wird.

#### **E. 5.2.4**

Ergänzend bleibt festzuhalten, dass gemäss den Akten Dr. H. \_\_\_\_\_ als Facharzt für Augenheilkunde, Neurologie und Sozialmedizin den Beschwerdeführer in der - für die Vorinstanz entscheidenden - Begutachtung in einem grossen Spektrum von medizinischen Fachuntersuchungen (internistisch, orthopädisch, pneumologisch, neuropsychologisch, psychiatrisch) allein untersuchte. Gestützt auf die Anforderungen des Bundesgerichts an einen externen Gutachter (oben E. 3.6) erweist sich Dr. H. \_\_\_\_\_ hier - als einziger untersuchender Gutachter ohne orthopädische und/oder psychiatrische Fachausbildung - als ungenügend qualifiziert.

### **E. 5.3.1**

Es ergibt sich demnach gestützt auf die Akten aus Deutschland, dass zwar dem Gutachten von Dr. H. \_\_\_\_\_ - wie hievore (E. 5.2) dargelegt - sowohl inhaltlich als auch aufgrund der ungenügender Qualifizierung des Arztes nur ein eingeschränkter Beweiswert zukommt. Indessen erweist sich gestützt auf die ausführlichen und gut nachvollziehbaren Gutachten vom Juni 2007 sowie die Beurteilungen vom Frühling/Sommer 2010 - wobei das Gutachten vom 22. April 2010 ebenfalls auf einer Untersuchung durch einen Facharzt mit orthopädischer Qualifikation beruht -, dass nach Juni 2007 keine massgebliche Verschlechterung des Gesundheitszustands erkennbar ist. Daran ändern auch die in den Jahren 2008 und 2009 durchgeführten stationären Schmerztherapien nichts. Auch aus diesen Akten ist keine gesundheitliche Schädigung in einem Mass ersichtlich, dass auf eine dauerhafte schwerwiegende Einschränkung geschlossen werden müsste. Das Gutachten von Dr. I. \_\_\_\_\_ vom 22. April 2010 und der Bericht von Dr. J. \_\_\_\_\_ vom 27. Juli 2010 (vgl. die Ausführungen in E. 4.3) sind im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen, da sie (rückwirkend) Bezug auf den - bereits am 8. Dezember 2009 vorgelegenen und sich danach nicht wesentlich veränderten - gesundheitlichen Zustand des Beschwerdeführers nehmen, demnach mit dem Streitgegenstand in engem Sachzusammenhang stehen und darüber hinaus geeignet sind, die Beurteilung im Zeitpunkt dieses Verfügungserlasses zu beeinflussen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 8C\_278/2011 vom 26. Juli 2011 E. 5.5, 9C\_116/2010 vom 20. April 2010 E. 3.2.2; BGE 121 V 362 E. 1b, BGE 118 V 200 E. 3a und BGE 116 V 80 E. 6b).

### **E. 5.3.2**

Unter diesen Umständen erweist sich im Ergebnis auch das von Dr. K. \_\_\_\_\_ im August 2009 dargelegte zumutbare Leistungsprofil als korrekt, obwohl er sich im Wesentlichen auf die Angaben im Gutachten von Dr. H. \_\_\_\_\_ abstützte. Indessen ist seine Behauptung, dieser Zustand bestehe seit Juli 2001, aktenwidrig (siehe oben E. 4.1 und E. 5.1).

### **E. 5.3.3**

Zu ergänzen bleibt bezüglich der Hinweise in den Berichten der B. \_\_\_\_\_ vom April und Juli 2010 auf eine somatoforme Schmerzstörung, dass diese gemäss ständiger bundesgerichtlicher Praxis (BGE 130 V 352 E. 2.2.3; vgl. auch Art. 7 Abs. 2 ATSG) grundsätzlich als nicht invaliditätsrelevant und - wie vorliegend - als objektiv überwindbar zu betrachten ist. Ebenfalls vorliegend als nicht invaliditätsrelevant (vgl. zuletzt Urteile des Bundesgerichts 8C\_951/2010 vom 30. Mai 2011 E. 4.1 und 8C\_672/2010 vom 27. September 2010 E. 2 mit Hinweisen) erweisen sich im Dossier vorhandene Anzeichen auf einen problemhaften Umgang mit Alkohol (act. SUVA/28, 29; act. IV/11, 30, 32, 136 S. 5, 211 [betr. Dezember 1997]), wobei auch der Beschwerdeführer hiezu geltend macht, die (anamnestische) Diagnose "Aethylismus" hätte nie ins Dossier gehört (act. 14 S. 2).

### **E. 5.4**

Zusammenfassend steht fest, dass dem Beschwerdeführer im massgebenden Zeitpunkt vom 8. Dezember 2009 eine verbleibende vollschichtige, leichte bis fallweise mittelschwere Verweistätigkeit zuzumuten war, ohne Höhenexposition und Tätigkeiten unter Tag und in engen Räumen, sowie mit Einschränkungen auf Sitzen und Wechselbelastung, ohne Hocken und Bücken, ohne Überkopfarbeiten oder Zwangshaltungen, ohne Heben und Tragen von Lasten über 10 kg, ohne Schicht- oder Akkordtätigkeit und ohne fortwährende Exposition von Kälte und Zugluft.

## **E. 6**

Somit bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz den IV-Grad von 26.07% korrekt errechnet hat. Für den Einkommensvergleich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des Beginns des allfälligen Rentenanspruchs (hier: Februar 2009 [siehe oben E. 3.1.1]) massgebend, wobei Validen- und Invalideneinkommen auf zeitidentischer Grundlage zu erheben und allfällige rentenwirksame Änderungen der Vergleichseinkommen bis zum Verfügungserlass zu berücksichtigen sind (BGE 129 V 222 E. 4.3.1 ff.).

### **E. 6.1**

Für die Bestimmung des Invalideneinkommens ist primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher die versicherte Person konkret steht. Ist kein solches tatsächlich erzieltetes Erwerbseinkommen gegeben, namentlich weil die versicherte Person nach Eintritt des Gesundheitsschadens keine oder jedenfalls keine ihr an sich zumutbare neue Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, so sind nach der Rechtsprechung grundsätzlich die gesamtschweizerischen Tabellenlöhne gemäss den vom Bundesamt für Statistik (nachfolgend: BFS) periodisch herausgegebenen Lohnstrukturerhebungen (LSE) heranzuziehen (vgl. das Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts U 75/03 vom 12. Oktober 2006 mit weiteren Hinweisen). Zu berücksichtigen ist dabei, dass sich die für die Invaliditätsbemessung massgebenden Vergleichseinkommen eines im Ausland wohnenden Versicherten auf den gleichen Arbeitsmarkt beziehen müssen, weil es die Unterschiede in den Lohnniveaus und den Lebenshaltungskosten zwischen den Ländern nicht gestatten, einen objektiven Vergleich der in Frage stehenden Einkommen vorzunehmen (BGE 110 V 273 E. 4b, Urteil des Bundesgerichts I 817/05 vom 5. Februar 2007 E. 8.1, Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts U 262/02 vom 8. April 2003 E. 4.4).

### **E. 6.2**

Die Vorinstanz hat das Valideneinkommen des Beschwerdeführers auf den Durchschnitt der bezahlten Löhne als Mineur von Juni 2001 - September 2001 (Angaben des Arbeitgebers gegenüber der Arbeitslosenversicherung), in Berücksichtigung eines 13. Monatslohns, berechnet und diesen Durchschnittswert auf das Jahr 2006 indexiert. Es ergab sich damit ein monatliches Valideneinkommen für das Jahr 2006 von Fr. 6'344.24 (act. IV/90 S. 2, 187). Für das Invalideneinkommen stützte die IVSTA sich gemäss den Angaben des Dr. K. \_\_\_\_\_ (act. IV/186) auf die Tabellenlöhne des BFS (LSE, TA 1, privater Sektor, nach Wirtschaftszweigen, Schweiz 2006, Anforderungsniveau 4 [einfache und repetitive Tätigkeiten], Männer), auf die Kategorien Grosshandel/Handelsvermittlung, Detailhandel und Reparatur, Dienstleistungen für Unternehmen sowie sonstige öffentliche und persönliche Dienstleistungen (Ziff. 51, 52, 70-74, 90-93; vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [heute: Bundesgericht] I 655/02 vom 16. Juli 2003), was für die im Jahr 2006 übliche durchschnittliche Arbeitszeit im Dienstleistungssektor von 41.7 Stunden pro Woche (Betriebsübliche Arbeitszeit nach Wirtschaftsabteilungen BUA) einen Durchschnittswert von Fr. 4'690.47 ergab. In Berücksichtigung der persönlichen und beruflichen Umstände des vorliegenden Falls verzichtete die Vorinstanz auf die Vornahme eines Leidensabzugs. Somit errechnete die IVSTA einen Invaliditätsgrad von 26.07%.

### **E. 6.3**

Dieser Erwerbsvergleich erweist sich - wie nachfolgend dargelegt wird - aus verschiedenen Gründen als nicht rechtskonform.

### **E. 6.3.1**

Gemäss den Angaben des Arbeitgebers zu Handen der Arbeitslosenversicherung vom 19. Dezember 2001 hatte der Beschwerdeführer im Jahr 2001 einen AHV-pflichtigen Grundlohn von Fr. 26.- (act. IV/90). Gemäss den Angaben gegenüber der IVSTA vom 13. März 2009 (act. IV/89) führte der Arbeitgeber aus, der Lohn habe sich zusammengesetzt aus einem Stundenlohn von Fr. 26.- zuzüglich einer Ferienentschädigung von 14.1% sowie von 8.3% als 13. Monatslohn. Den Akten ist weiter zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2001 von Januar bis September 2001 - abgesehen von den Folgen eines Unfalls mit drei Tagen voller Arbeitsunfähigkeit im März - zu 100% gearbeitet hat. Ab dem 2. Oktober 2001 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses war er zu 100% arbeitsunfähig (act. IV/89 S. 2). Im Jahr 2001 hatte der Beschwerdeführer - gemäss den Angaben gegenüber der Arbeitslosenversicherung - von Januar - September 2001 einen AHV-pflichtigen Verdienst von Fr. 51'668.60 (act. IV/90 S. 2). Entsprechend ergibt sich für das ganze Jahr 2001 - hätte der Beschwerdeführer während des ganzen Jahres arbeiten können - ein Jahreseinkommen von Fr. 68'891.47 inklusive Ferien und 13. Monatslohn (Fr. 51'668.60 / 9 x 12 = Fr. 68'891.47) bzw. einen Monatslohn von Fr. 5'740.96, gemäss Vertrag bei einer 40.5-Stundenwoche. Dieses Einkommen ist gemäss dem jeweiligen Index der Nominallöhne der Männer von 1902 im Jahr 2001 auf den Index von 2136 im Jahr 2009 (allfälliger Beginn des Rentenanspruchs: Februar 2009; Basis: 1939 = 100, vgl. BFS, Entwicklung der Nominallöhne, der Konsumentenpreise und der Reallöhne 1976 - 2012) zu indexieren, was für das Jahr 2009 ein monatliches Einkommen bzw. einen Validenlohn von Fr. 6'447.26 (40.5-Stundenwoche) ergibt.

### **E. 6.3.2**

Für die Berechnung des Invalidenlohns ist hier entsprechend dem Anforderungsprofil des Beschwerdeführers für leichte bis fallweise mittelschwere Verweistätigkeiten mit Einschränkungen, vollschichtig (siehe oben E. 5.4), nach der Praxis des Bundesgerichts auf den Zentralwert (Median) der LSE des Jahres 2008, indexiert auf das Jahr 2009 abzustellen (BGE 129 V 472 E. 4.2.1 mit Hinweis auf BGE 124 V 323 E. 3a/aa; vgl. zum Ganzen: Hans-Jakob Mosimann, Hypothesen und Annahmen in der Invaliditätsbemessung: Status - Valideneinkommen - Invalideneinkommen - ausgeglichener Arbeitsmarkt, in: Ueli Kieser/Miriam Lendfers [Hrsg.], Fiktives, Hypothetisches und Konstruiertes im Sozialversicherungsrecht, St. Gallen 2012, S. 53 ff.). Die Berücksichtigung des Durchschnittswerts der LSE rechtfertigt sich vorliegend entgegen der Festlegung durch die Vorinstanz, weil mögliche Tätigkeiten im Leistungsprofil des Beschwerdeführers nicht allein auf den Dienstleistungssektor 3 beschränkt und auch angepasste Tätigkeiten im Produktionssektor 2 denkbar sind. Allerdings ist - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - in Beachtung der vorliegenden Umstände ein Leidensabzug zu berücksichtigen, da der Beschwerdeführer aufgrund seiner Behinderung nicht mehr in seinem bisherigen Beruf als Mineur arbeiten kann, gewisse Einschränkungen für die Verweistätigkeiten bestehen ("sitzend", abwechselnde Arbeitshaltung) und er zudem seit Jahren nicht mehr im Arbeitsprozess ist. Unter den vorliegenden Umständen ist von einem angemessenen Leidensabzug von 10% auszugehen. Somit errechnet sich das Invalideneinkommen wie folgt: LSE, TA 1, Schweiz 2008, Anforderungsniveau 4 (einfache und repetitive Tätigkeiten), Männer, Zentralwert: Fr. 4'806.-; gemäss dem Index der Nominallöhne der Männer von 2092 im Jahr 2008 auf den Index von 2136 im Jahr 2009 (vgl. BFS, Entwicklung der Nominallöhne, der Konsumentenpreise und der Reallöhne 1976 - 2012)

indexiert, was für das Jahr 2009 einen Wert von Fr. 4'907.08 (40-Stundenwoche) und bei einer im Jahr 2009 üblichen durchschnittlichen Arbeitszeit von 41.6 Stunden pro Woche (BUA, Zentralwert) einen Durchschnittswert von Fr. 5'103.36 ergibt. Abzüglich des Leidensabzugs von 10% beträgt das monatliche Invalideneinkommen im Jahr 2009 Fr. 4'593.02 (Fr. 5'103.36 - 10%). In Anwendung dieser Werte erfolgt ein Invaliditätsgrad von gerundet 29% ( $\frac{6'447.26 - 4'593.02}{6'447.26} \times 100 = 28.76\%$ ), was keinen Anspruch auf eine Invalidenrente ergibt. Zu ergänzen bleibt, dass auch in Berücksichtigung eines Leidensabzugs von 15% kein Rentenanspruch bestehen würde (Invalideneinkommen: Fr. 5'103.36 - 15% = Fr. 4'337.86; IV-Grad:  $\frac{6'447.26 - 4'337.86}{6'447.26} \times 100 = 32.72\%$ , gerundet 33%).

#### **E. 6.4**

Da somit kein Invaliditätsgrad von mindestens 40% besteht, hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine Invalidenrente. Die angefochtene Verfügung vom 17. November 2009 ist demnach im Ergebnis rechtmässig, weshalb die Beschwerde sich als unbegründet erweist. Sie ist deshalb abzuweisen.

#### **E. 7**

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

##### **E. 7.1**

Die Verfahrenskosten werden unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache im vorliegenden Verfahren auf Fr. 300.- festgesetzt (Art. 63 Abs. 4bis VwVG sowie Art. 1, 2 und 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Sie sind vom unterliegenden Beschwerdeführer zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und mit dem am 23. Juni 2010 geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

##### **E. 7.2**

Weder der unterliegende Beschwerdeführer noch die obsiegende Vorinstanz haben Anspruch auf eine Parteientschädigung (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.