

BVGer C-7526/2009 vom 20. Juni 2011

Bundesverwaltungsgericht, 2011-06-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-7526_2009

FR: TAF C-7526/2009 du 20 juin 2011

IT: TAF C-7526/2009 del 20 giugno 2011

Regeste

Rentenanspruch

Erwägungen

E. 1.1

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

E. 1.2

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das VGG nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 37 VGG). Gemäss Art. 3 lit. dbis VwVG bleiben in sozialversicherungsrechtlichen Verfahren die besonderen Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG, SR 830.1) vorbehalten. Gemäss Art. 2 ATSG sind die Bestimmungen dieses Gesetzes auf die bundesgesetzlich geregelten Sozialversicherungen anwendbar, wenn und soweit die einzelnen Sozialversicherungsgesetze es vorsehen. Nach Art. 1 IVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die Invalidenversicherung anwendbar (Art. 1a bis 70 IVG), soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht. Dabei finden nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln in formellrechtlicher Hinsicht mangels anderslautender Übergangsbestimmungen grundsätzlich diejenigen Rechtssätze Anwendung, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2).

E. 1.3

Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung, so dass er im Sinne von Art. 59 ATSG beschwerdelegitimiert ist.

E. 1.4

Da die Beschwerde im Übrigen frist- und formgerecht (Art. 60 Abs. 1 ATSG und Art. 52 Abs. 1 VwVG) eingereicht wurde, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 2.1

Der Beschwerdeführer ist deutscher Staatsangehöriger, so dass vorliegend das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der

Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681), insbesondere dessen Anhang II betreffend Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, anzuwenden ist (Art. 80a IVG). Nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (SR 0.831.109.268.1), haben die in den persönlichen Anwendungsbereich der Verordnung fallenden, in einem Mitgliedstaat wohnenden Personen aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

E. 2.2

Soweit das FZA beziehungsweise die auf dieser Grundlage anwendbaren gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakte keine abweichenden Bestimmungen vorsehen, richtet sich die Ausgestaltung des Verfahrens - unter Vorbehalt der beiden Grundsätze der Gleichwertigkeit sowie der Effektivität - sowie die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen einer schweizerischen Invalidenrente grundsätzlich nach der innerstaatlichen Rechtsordnung (BGE 130 V 257 E. 2.4). Entsprechend bestimmt sich vorliegend der Anspruch des Beschwerdeführers ausschliesslich nach dem innerstaatlichen schweizerischen Recht, insbesondere nach dem IVG, der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV, SR 832.201), dem ATSG sowie der Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV, SR 830.11).

E. 2.3

Gemäss Art. 40 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1408/71 ist die vom Träger eines Mitgliedstaates getroffene Entscheidung über die Invalidität eines Antragstellers für den Träger eines anderen betroffenen Staates nur dann verbindlich, wenn die in den Rechtsvorschriften dieser Staaten festgelegten Tatbestandsmerkmale der Invalidität in Anhang V dieser Verordnung als übereinstimmend anerkannt sind, was für das Verhältnis zwischen Deutschland und der Schweiz (ebenso wie das Verhältnis zwischen den übrigen EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz) nicht der Fall ist. Gemäss Art. 40 der Verordnung Nr. 574/72 hat der Träger eines Mitgliedstaates aber bei der Bemessung des Invaliditätsgrades die von den Trägern der anderen Staaten erhaltenen ärztlichen Unterlagen und Berichte sowie Auskünfte der Verwaltung zu berücksichtigen, soweit sie rechtsgenügend ins Verfahren eingebracht werden (vgl. Art. 32 VwVG). Jeder Träger behält jedoch die Möglichkeit, die antragstellende Person durch einen Arzt oder eine Ärztin seiner Wahl untersuchen zu lassen. Eine Pflicht zur Durchführung einer solchen Untersuchung besteht allerdings nicht.

E. 3.1

Die Beschwerdeführenden können im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie Unangemessenheit des Entscheids rügen (Art. 49 VwVG).

E. 3.2

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: 23. November 2009) eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweis). Tatsachen, die jenen Sachverhalt seither verändert haben, sollen im Normalfall Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung sein (BGE 121 V 362 E. 1b). Nachfolgend zu würdigen sind im vorliegenden Verfahren somit die ärztlichen Berichte, welche bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung vom 23. November 2009 verfasst wurden. Dazu gehört auch der vom Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren eingereichte Bericht vom 5. August 2009 (eingereicht am 11. Januar 2010), welcher der IVSTA anlässlich des Verfügungserlasses noch nicht vorlag.

E. 3.3

Weiter sind in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten (BGE 132 V 220 E. 3.1.1, 131 V 11 E. 1). Daher ist ein allfälliger Leistungsanspruch für die Zeit bis zum 31. Dezember 2007 aufgrund der bisherigen und ab diesem Zeitpunkt nach den neuen Normen zu prüfen (pro rata temporis; BGE 130 V 445). Die 5. IV-Revision brachte für die Invaliditätsbemessung keine substantziellen 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 [BGer] 8C_373/2008 vom 28. August 2008 E. 2.1). Neu normiert wurde dagegen die minimale Beitragsdauer, welche von einem Jahr auf drei Jahre erhöht wurde (Art. 36 Abs. 1 IVG [in der Fassung der 5. IV-Revision, AS 2007 5129]) und 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. Hat das Wartejahr allerdings vor dem 1. Januar 2008 zu laufen begonnen und wurde die Anmeldung bis spätestens am 31. Dezember 2008 eingereicht, so gilt das alte Recht (vgl. auch Rundschreiben Nr. 253 des Bundesamtes für Sozialversicherungen [BSV] vom 12. Dezember 2007 [5. IV-Revision und Intertemporalrecht] und Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] C 5509/2008 vom 2. September 2010 E. 2.2).

E. 4.1

Vorliegend hat der Beschwerdeführer die gemäss der seit 1. Januar 2008 in Kraft stehenden Regelung geltende dreijährige Mindestbeitragszeit aufgrund der zwischen 1986 und 2003 geleisteten Beiträge und somit auch die Mindestbeitragszeit von einem Jahr gemäss der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Bestimmung zweifellos erfüllt.

E. 4.2

Versicherte haben Anspruch auf eine Viertelsrente, wenn sie zu mindestens 40 Prozent invalid sind, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50 Prozent besteht ein Anspruch auf eine halbe Rente, bei mindestens 60 Prozent auf eine Dreiviertelsrente und bei mindestens 70 Prozent auf eine ganze Rente (Art. 28 Abs. 1 IVG [4. IV-Revision] respektive Art. 28 Abs. 2 IVG [5. IV-Revision]). Gemäss Art. 28 Abs. 1ter IVG werden Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50 Prozent entsprechen, jedoch nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben, soweit nicht völkerrechtliche Vereinbarungen eine abweichende Regelung vorsehen, was für Staaten der EU der Fall ist.

E. 4.3

Der Rentenanspruch nach Artikel 28 entsteht nach den Vorschriften der 4. IV-Revision frühestens in dem Zeitpunkt, in dem der Versicherte mindestens zu 40% bleibend erwerbsunfähig (Art. 7 ATSG) geworden ist (Art. 29 Abs. 1 lit. a IVG [4. IV-Revision, AS 2003 3837]) oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40% arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen war (Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG [4. IV-Revision]). Nach den Bestimmungen der 5. IV-Revision haben Anspruch auf eine Rente Versicherte, die ihre Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wieder herstellen, erhalten oder verbessern können, während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40% arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen sind und nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40% invalid (Art. 8 ATSG) sind (Art. 28 Abs. 1 lit. a bis c IVG [5. IV-Revision]).

E. 4.4

Gemäss Art. 8 Abs. 1 ATSG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 IVG ist Invalidität die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit als Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall. Erwerbsunfähigkeit ist gemäss Art. 7 ATSG 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. Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt (Art. 6 ATSG).

E. 4.5

Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung (und im Beschwerdefall das Gericht) auf Unterlagen angewiesen, die ärztliche und gegebenenfalls andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes im schweizerischen Invalidenverfahren ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und gegebenenfalls bezüglich welcher Tätigkeiten der Versicherte arbeitsunfähig ist. Die ärztlichen Auskünfte sind sodann eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen dem Versicherten konkret noch zugemutet werden können (BGE 125 V 256 E. 4, 115 V 134 E. 2; AHI-Praxis 2002, S. 62, E. 4b/cc).

E. 4.5.1

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. Dies bedeutet für das Gericht, dass es alle Beweismittel, unabhängig, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden hat, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruches gestatten. Insbesondere darf es 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.

E. 4.5.2

Bezüglich 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 Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen der 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 (vgl. dazu das Urteil des BGer I 268/2005 vom 26. Januar 2006 E. 1.2 mit Hinweis auf BGE 125 V 352 E. 3a). Gleichwohl erachtet es die Rechtsprechung mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung als vereinbar, Richtlinien für die Beweiswürdigung in Bezug auf bestimmte Formen medizinischer Berichte und Gutachten aufzustellen (vgl. hierzu BGE 125 V 352 E. 3b; AHI 2001 S. 114 E. 3b; Urteil des BGer I 128/98 vom 24. Januar 2000 E. 3b). So ist den im Rahmen des Verwaltungsverfahrens 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 (BGE 125 V 353 E. 3b/bb, mit weiteren Hinweisen). Berichte der behandelnden Ärzte schliesslich sind aufgrund deren auftragsrechtlicher Vertrauensstellung zum Patienten mit Vorbehalt zu würdigen (BGE 125 V 353 E. 3b/cc). Dies gilt für den allgemein praktizierenden Hausarzt wie auch für den behandelnden Spezialarzt (Urteil des BGer I 655/05 vom 20. März 2006 E. 5.4 mit Hinweisen; vgl. aber Urteil des BGer 9C_24/2008 vom 27. Mai 2008 E. 2.3.2).

E. 4.5.3

Berichten und Gutachten versicherungsinterner Ärzte kommt Beweiswert zu, sofern sie als schlüssig erscheinen, nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei sind und keine 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 auf Befangenheit schliessen. Es bedarf vielmehr besonderer Umstände, welche das Misstrauen in die Unparteilichkeit der Beurteilung objektiv als begründet erscheinen lassen (BGE 125 V 351 E. 3b/ee mit Hinweisen).

E. 5

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die IVSTA das Leistungsbegehren des Beschwerdeführers zu Recht abgewiesen hat.

E. 5.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei als Koch zu 100% arbeitsunfähig; in Deutschland gelte er als zu 50% schwerbehindert. Es sei für ihn in seinem Alter von 50 Jahren nicht mehr möglich, auf dem Arbeitsmarkt eine Stelle zu finden.

E. 5.2

Die IVSTA führt aus, die Invalidität des Beschwerdeführers sei nach schweizerischem Recht zu beurteilen; eine Bindung an den Entscheid der deutschen Behörden bestehe nicht. Ferner sei es für den Entscheid der IVSTA nicht massgebend, wenn IV-fremde Gründe die Verwertbarkeit der Arbeitsfähigkeit verhinderten, da die Bestimmung des IV-Grades von einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt ausgehe.

E. 5.3.1

Dr. med. A. _____, Facharzt für Orthopädie und Chirotherapie, stellte in seinem Gutachten vom 27. Juli 2006 (IV-act. 183) folgende Diagnosen: Varusgonarthrosen (links deutlich stärker als rechts), Zustand nach arthroskopischer Operation mit erheblicher Funktionsstörung des linken Kniegelenks und Verschmächtigung der Muskulatur des linken Beines bei Zustand nach Arbeitsunfall 04/2006 (traumatisierte Gonarthrose), pseudoradikuläres LWS-Syndrom und degeneratives BWS-Syndrom. Aufgrund dieser Einschränkungen erachtete er den Beschwerdeführer in seiner Tätigkeit als Koch/Küchenchef vorübergehend als voll arbeitsunfähig; eine weitere Einschätzung sei nach Durchführung des operativen Eingriffes vorzunehmen. In einer leichten Tätigkeit in überwiegend sitzender Position, ohne schweres Heben/Tragen oder Arbeiten in Zwangshaltungen sei die Arbeitsfähigkeit vollschichtig gegeben.

E. 5.3.2

Dem von Dr. med. B. _____, Ärztin für Sozialmedizin, ausgefüllten Formular E 213 vom 29. August 2006 (IV-act. 184) ist zu entnehmen, der Beschwerdeführer leide vordergründig an Kniebeschwerden (Varusgonarthrose) links (ausgelöst durch Arbeitsunfall am 4. April 2006, Status nach Arthroskopie am 31. Mai 2006). Ferner lägen ein pseudoradikuläres LWS-Syndrom mit guter LWS-Funktion und ohne neurologische Reiz- oder Ausfallerscheinungen, ein degeneratives BWS-Syndrom, eine medikamentös gut eingestellte Hypertonie sowie ein medikamentös gut eingestellter Diabetes mellitus Typ II vor. Die Gutachterin empfahl, vor einer definitiven Beurteilung der Arbeitsfähigkeit zuerst die Vorstellung des Beschwerdeführers im Krankenhaus abzuwarten. Im Sinne einer vorläufigen Beurteilung der Arbeitsfähigkeit hielt sie fest, dass die Arbeit als Küchenchef derzeit nicht mehr möglich sei, leichte Arbeiten jedoch vollschichtig möglich seien.

E. 5.3.3

Gemäss Gutachten von Dr. med. C. _____, Arzt für Psychiatrie und Psychotherapie, vom 22. Juni 2009 (IV-act. 241) liegen beim Beschwerdeführer als Einschränkungen mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit eine längere depressive Reaktion (ICD-10 F43.21) entsprechend einer unter Therapie teilweise remittierten Depression, aktuell noch leichte depressive Episode ohne somatisches Syndrom (ICD-10 F32.00) sowie eine chronische Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren (ICD-10 45.41) vor. Die Arbeitsfähigkeit betrage deswegen seit Herbst 2007 in allen Tätigkeiten nur noch 80%.

E. 5.3.4

Dr. med. D. _____, Facharzt für physikalische Medizin und Rehabilitation FMH, speziell Rheumaerkrankungen, stellte in seinem Gutachten vom 1. Juli 2009 (IV-act. 242) fest, der Beschwerdeführer leide an fortgeschrittener Gonarthrose im medialen Kompartiment links, an einem chronischen Lumbovertebralsyndrom (Fehlstatik der Wirbelsäule, diffuse idiopathische skelettale Hyperostose, asymmetrische lumbosakrale Übergangsanomalie mit partieller Lumbalisation von S1, leichtgradige degenerative Veränderungen, Adipositas) sowie an einer asymptomatischen Gonarthrose im medialen Kompartiment rechts. Aufgrund der vorgenannten Einschränkungen erachtete der Gutachter den Beschwerdeführer in seiner früheren Tätigkeit als Koch zu 100% arbeitsunfähig; in einer leichten, mehrheitlich sitzenden Tätigkeit sei der Beschwerdeführer voll arbeitsfähig.

E. 5.3.5

Dr. med. E. _____, Arzt für Innere Medizin und Endokrinologie/Diabetologie, fasste als Gesamtgutachter die Einschätzungen von Dr. med. C. _____ und Dr. med. D. _____ zum MEDAS-Gutachten vom 6. August 2009 (IV-act. 243) zusammen und hielt folgende Diagnosen mit wesentlicher Einschränkung der Arbeitsfähigkeit fest: fortgeschrittene Gonarthrose im medialen Kompartiment des linken Knies, chronisches Lumbovertebralsyndrom (bei Fehlstatik der Wirbelsäule, leichtgradigen degenerativen Veränderungen und Adipositas) und eine längere depressive Reaktion (aktuell unter Therapie teilweise remittiert, mit chronischer Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren). Aus rheumatologischen Gründen erachtete der Gutachter den Beschwerdeführer in seinem bisherigen Beruf als Koch/Küchenchef seit dem 27. Juli 2006 (vgl. Gutachten Dr. med. A. _____) als zu 100% arbeitsunfähig; für körperlich leichte, hauptsächlich sitzende Tätigkeiten mit einem Geh-/Stehanteil von maximal 20% bestehe eine Arbeitsfähigkeit von 80%, wobei die Einschränkung vor allem psychischer Natur sei.

E. 5.3.6

Dem vom Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren eingereichten Sachverständigengutachten auf unfallchirurgisch-orthopädischem Fachgebiet von OA PD Dr. med. G. _____ vom 5. August 2009 (Beilage zu BVGer-act. 5) ist im Wesentlichen zu entnehmen, dass beim Beschwerdeführer eine Varusgonarthrose mit Status nach Arthroskopie vorliege. Das Gutachten äussert sich im Weiteren insbesondere zur Unfallkausalität und enthält keine Angaben zur Arbeitsfähigkeit.

E. 5.3.7

Dr. med. F. _____, Facharzt für Allgemeinmedizin, hält in den medizinischen Stellungnahmen vom 31. August 2009 (IV-act. 246) und vom 10. Mai 2010 (IV-act. 255) fest, der Beschwerdeführer leide an fortgeschrittener Gonarthrose links (Status nach Valgisationsoperation), an einem chronischen Lumbalsyndrom, einer remittierten depressiven Reaktion und an Adipositas. Die Einschränkungen führten seit 2002 zu einer Arbeitsunfähigkeit von 20% als Koch. Seit dem 4. April 2006 (Unfall) sei er als Koch zu 70% und in Verweistätigkeiten zu 20% arbeitsunfähig.

E. 5.4

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Ärzte als Hauptdiagnosen übereinstimmend eine fortgeschrittene Gonarthrose sowie ein chronisches Lumbalsyndrom festgestellt haben. Ferner wurde in psychiatrischer Hinsicht eine längere, teilweise remittierte, depressive Reaktion diagnostiziert. Die weiteren Diagnosen wie Adipositas, arterielle Hypertonie und Diabetes mellitus Typ II haben keinen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit, zumal sie medikamentös eingestellt sind. Aus orthopädischen Gründen liegt aufgrund der Knie- und Rückenprobleme für die Tätigkeit als Koch/Küchenchef gemäss den nachvollziehbaren Einschätzungen der Gutachter seit dem Unfall eine volle Arbeitsunfähigkeit vor. Dr. med. F. _____ erachtet den Beschwerdeführer als Koch zwar nur zu 70% arbeitsunfähig, was im Ergebnis ohne Bedeutung ist, da der Einkommensvergleich zufolge der sehr hohen Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit ohnehin mit einer Verweistätigkeit durchzuführen ist. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die 20%ige Arbeitsunfähigkeit als Koch seit 2002, welche Dr. med. F. _____ festgestellt hat, vorliegend keinen Einfluss hat, da es sich nicht um eine durchschnittliche Arbeitsunfähigkeit von mindestens 40% handelt und ein allfälliger Anspruch auf eine Rente nur nach einer einjährigen Arbeitsunfähigkeit von durchschnittlich 40% entstehen kann

(vgl. Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG [4. IV-Revision]; E. 4.3 hiervor). In Bezug auf die Einschränkung in einer leichten Verweistätigkeit sind sich die Gutachter einig, dass der Beschwerdeführer aus orthopädischer Sicht bei Ausübung einer angepassten Tätigkeit nicht eingeschränkt ist, jedoch aus psychischen Gründen eine Arbeitsunfähigkeit von 20% bestehe. Da der Beschwerdeführer polydisziplinär sorgfältig abgeklärt wurde und sich die Gutachter zudem einig sind, gibt es keinen Anlass, an diesen nachvollziehbaren und widerspruchsfreien Beurteilungen zu zweifeln. Der Psychiater Dr. med. C._____ setzte den Beginn der Arbeitsfähigkeit aufgrund der psychischen Einschränkungen auf Oktober 2007 fest. Dr. med. F._____ geht in seiner abschliessenden Stellungnahme davon aus, die Einschränkungen in Verweistätigkeiten bestünden seit dem 4. April 2006. Wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, hat dies jedoch auf den Rentenanspruch des Beschwerdeführers keinen Einfluss, weshalb diese Frage offenbleiben kann.

E. 6

Zu prüfen bleibt noch der durchgeführte Einkommensvergleich. Beim Einkommensvergleich 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 (sogenanntes Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (sogenanntes Valideneinkommen). Der Einkommensvergleich hat in der Regel in der Weise zu erfolgen, dass die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen ziffernmässig möglichst genau ermittelt und einander gegenüber gestellt werden, worauf sich aus der Einkommensdifferenz der Invaliditätsgrad bestimmen lässt (allgemeine Methode des Einkommensvergleichs; BGE 130 V 343 E. 3.4.2, 128 V 29 E. 1). Für den Einkommensvergleich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des (hypothetischen) Beginns des Rentenanspruchs massgebend, wobei Validen- und Invalideneinkommen auf zeitidentischer Grundlage zu erheben und allfällige rentenwirksame Änderungen der Vergleichseinkommen bis zum Verfügungserlass respektive bis zum Einspracheentscheid zu berücksichtigen sind (BGE 129 V 222 E. 4). Für die Ermittlung des Einkommens, welches der Versicherte ohne Invalidität erzielen könnte (Valideneinkommen), ist entscheidend, was er im fraglichen Zeitpunkt nach dem im Sozialversicherungsrecht allgemein gültigen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. BGE 126 V 360 E. 5b, BGE 125 V 195 E. 2, je mit Hinweisen) als Gesunder tatsächlich verdient hätte. Dabei wird in der Regel am zuletzt erzielten, nötigenfalls der Teuerung und der realen Einkommensentwicklung angepassten Verdienst angeknüpft, da es empirischer Erfahrung entspricht, dass die bisherige Tätigkeit ohne Gesundheitsschaden fortgesetzt worden wäre. Ausnahmen von diesem Grundsatz müssen ebenfalls mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erwiesen sein, damit sie berücksichtigt werden können. Für die Bestimmung des Invalideneinkommens ist primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher die versicherte Person konkret steht. Ist - wie hier - kein tatsächlich erzieltetes Erwerbseinkommen nach Eintritt der Invalidität mehr gegeben, namentlich weil die versicherte Person nach Eintritt des Gesundheitsschadens keine oder zumindest keine zumutbare Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, so sind nach der Rechtsprechung die gesamtschweizerischen Tabellenlöhne gemäss den vom BFS periodisch herausgegebenen Lohnstrukturerhebungen (LSE) heranzuziehen (vgl. BGE 129 V 472 E. 4.2.1). Massgebend sind dabei die monatlichen Bruttolöhne (Zentralwerte) im jeweiligen Wirtschaftssector. 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 277 E. 4b; Urteile des BGer I 817/05 vom 5. Februar 2007 E. 8.1 und U 262/02 vom 8. April 2003 E. 4.4).

E. 6.1

Gestützt auf den Fragebogen für den Arbeitgeber vom 8. Februar 2007 (IV-act. 137) betrug das Valideneinkommen des Beschwerdeführers im Jahr 2006 monatlich Euro 1'800.--. Indexiert auf das Jahr 2007 ging die IVSTA deshalb von einem monatlichen Valideneinkommen von Euro 1'816.36 aus.

E. 6.2

Das Invalideneinkommen hat die IVSTA für die dem Beschwerdeführer noch möglichen leichten Tätigkeiten gestützt auf das Bulletin des statistiques du travail (Bureau International du Travail, Genève 2008, Résultats de l'enquête d'octobre 2006 et 2007) errechnet und dabei festgestellt, dass die möglichen Einkommen in Verweistätigkeiten höher seien als das bisherige Einkommen, so dass zu Gunsten des Beschwerdeführers das bisherige Einkommen von Euro 1'816.36 zu Grunde zu legen sei. Von diesem Einkommen machte die IVSTA einen leidensbedingten Abzug von 10%, was ein Invalideneinkommen von Euro 1'634.72 ergab. Bei einem möglichen Pensum von 80% entspricht dies somit einem Invalideneinkommen von Euro 1'307.78. Dies ist nicht zu beanstanden. Wie die IVSTA zu Recht festgestellt hat, beträgt somit die erlittene Einkommenseinbusse und daher auch der Invaliditätsgrad 28%, was keinen Anspruch auf eine Invalidenrente ergibt.

E. 6.3

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die IVSTA das Leistungsbegehren des Beschwerdeführers zu Recht abgewiesen hat, weshalb die Beschwerde gegen die Verfügung vom 23. November 2009 abzuweisen ist.

E. 7

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

E. 7.1

Die Verfahrenskosten sind bei Streitigkeiten um die Bewilligung oder Verweigerung von IV-Leistungen nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert im Rahmen von 200-1'000 Franken festzulegen (Art. 69 Abs. 1bis IVG). Der unterliegende Beschwerdeführer hat ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung eingereicht, welches aufgrund der Akten gutzuheissen ist. Es werden daher keine Verfahrenskosten erhoben.

E. 7.2

Der obsiegenden Partei kann von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Als Bundesbehörde hat die IVSTA jedoch keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der unterliegende Beschwerdeführer hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario).

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