



Urteil vom 9. Februar 2012

Besetzung

Richter Michael Peterli (Vorsitz),
Richterin Franziska Schneider,
Richter Vito Valenti,
Gerichtsschreiberin Sandra Tibis.

Parteien

X._____, Kosovo,
vertreten durch Ernest Osmani, memos Osmani,
In der Ey 29, 8047 Zürich,
Beschwerdeführer,

gegen

IV-Stelle für Versicherte im Ausland IVSTA,
Avenue Edmond-Vaucher 18, Postfach 3100,
1211 Genf 2,
Vorinstanz.

Gegenstand

IV (Rente).

Sachverhalt:**A.**

Der am (...) 1952 geborene, verheiratete, Staatsangehörige von Kosovo X._____ lebt in Kosovo. Er arbeitete in den Jahren 1974, 1976 bis 1979, 1983 bis 1984, 1986, 1990 sowie 1992 bis 1993 in der Schweiz als Hilfsarbeiter/Maschinist in einer Bauunternehmung und leistete dabei Beiträge an die Schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV; IV-act. 87 und 98). Am 1. September 2005 stellte X._____ bei der IV-Stelle für Versicherte im Ausland (nachfolgend: IVSTA) einen Antrag auf Ausrichtung einer Invalidenrente (IV-act. 2).

B.

Mit Verfügung vom 10. April 2007 (IV-act. 56) sprach die IVSTA X._____ mit Wirkung ab 1. September 2006 eine halbe Invalidenrente zu.

C.

Gegen die Verfügung vom 10. April 2007 erhob X._____, vertreten durch Ernest Osmani, Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Dieses hob die angefochtene Verfügung mit Urteil vom 23. Februar 2009 (IV-act. 57) auf und wies die Sache zur weiteren Abklärung der funktionellen Einschränkungen der psychischen und physischen Leistungsfähigkeit an die IVSTA zurück.

D.

Nach Durchführung weiterer medizinischer Abklärungen wies die IVSTA mit Verfügung vom 2. Februar 2010 (IV-act. 95) das Leistungsbegehren von X._____ ab.

Die IVSTA stellte zur Beurteilung des Gesuchs namentlich auf folgende Unterlagen ab: das Gutachten von Dr. med. A._____, Facharzt für orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates, vom 8. September 2009 (IV-act. 86 [1. Teil]), das Gutachten von Dr. med. B._____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, vom 2. Oktober 2009 (IV-act. 86 [2. Teil]) und die medizinische Stellungnahme von Dr. med. C._____, Facharzt für Allgemeinmedizin, vom 23. Oktober 2009 (IV-act. 89).

E.

Gegen die Verfügung vom 2. Februar 2010 erhob X._____

(nachfolgend: Beschwerdeführer), vertreten durch Ernest Osmani, mit Eingabe vom 27. Februar 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Zusprache von mindestens einer halben Invalidenrente, eventualiter die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte er die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Zur Begründung führte er aus, es sei aufgrund der medizinischen Unterlagen klar, dass der Beschwerdeführer zu mindestens 50% arbeitsunfähig sei, da er nicht mehr in der Lage sei, mehrstündige Arbeiten zu verrichten.

F.

Nachdem der Beschwerdeführer innert angesetzter Frist das Formular "Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege" nicht eingereicht hatte, wies der Instruktionsrichter das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit Verfügung vom 10. Mai 2010 ab und forderte den Beschwerdeführer auf, einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 400.-- zu leisten. Am 31. Mai 2010 ist der einverlangte Kostenvorschuss beim Bundesverwaltungsgericht eingegangen.

G.

Mit Vernehmlassung vom 13. Oktober 2010 beantragte die IVSTA die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führte sie aus, gestützt auf die beiden neu eingeholten Gutachten und unter Berücksichtigung der Vorakten habe der medizinische Sachverhalt schlüssig ermittelt werden können. Der Beschwerdeführer sei aufgrund der festgestellten Einschränkungen lediglich in schweren Tätigkeiten nicht mehr arbeitsfähig, woraus sich eine Einkommenseinbusse von 20% ergebe. Der Beschwerdeführer habe somit keinen Anspruch auf eine Rente.

H.

Mit Replik vom 30. Oktober 2010 hielt der Beschwerdeführer an seinem Antrag fest.

I.

Mit Duplik vom 18. November 2010 hielt die IVSTA ebenfalls an ihrem Antrag fest.

J.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien sowie die eingereichten

Beweismittel ist – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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.

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. d^{bis} 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).

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.

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

2.

2.1. Nach dem Zerfall der Föderativen Volksrepublik Jugoslawien blieben zunächst die Bestimmungen des Abkommens vom 8. Juni 1962 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Föderativen Volksrepublik Jugoslawien über Sozialversicherung (SR 0.831.109.818.1) für alle Staatsangehörigen des ehemaligen Jugoslawiens anwendbar (BGE 126 V 198 E. 2B, 122 V 381 E. 1 mit Hinweis). Zwischenzeitlich hat die Schweiz mit Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawiens (Kroatien, Slowenien, Mazedonien), nicht aber mit Serbien beziehungsweise (nach dessen Unabhängigkeitserklärung) Kosovo, neue Abkommen über Soziale Sicherheit abgeschlossen. Für den Beschwerdeführer als Bürger von Kosovo findet demnach weiterhin das schweizerisch-jugoslawische Sozialversicherungsabkommen vom 8. Juni 1962 Anwendung (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] C-4828/2010 vom 7. März 2011 E. 5.4). Nach Art. 2 dieses Abkommens stehen die Staatsangehörigen der Vertragsstaaten in ihren Rechten und Pflichten aus den in Art. 1 genannten Rechtsvorschriften, zu welchen die schweizerische Bundesgesetzgebung über die Invalidenversicherung gehört, einander gleich, soweit nichts anderes bestimmt ist.

Da vorliegend keine abweichenden Bestimmungen zur Anwendung gelangen, bestimmt sich der Anspruch des Beschwerdeführers auf Leistungen der schweizerischen Invalidenversicherung gemäss vorstehender Ausführungen auf Grund des IVG, der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV, SR 832.201), des ATSG sowie der Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV, SR 830.11). Dabei ist in materiellrechtlicher Hinsicht auf jene Bestimmungen abzustellen, die für die Beurteilung eines Rentenanspruchs jeweils relevant waren und in Kraft standen (BGE 132 V 220 E. 3.1.1, 131 V 11 E. 1). Ein allfälliger Leistungsanspruch ist für die Zeit vor einem Rechtswechsel aufgrund der bisherigen und ab diesem Zeitpunkt nach den neuen Normen zu prüfen (pro rata temporis; BGE 130 V 445). Da vorliegend der Rentenanspruch ab September 2006 strittig ist, ist für einen allfälligen Leistungsanspruch für die Zeit bis zum 31. Dezember 2007 auf die Fassung gemäss den am 1. Januar 2004 in Kraft getretenen Änderungen (4. IV-Revision) und für einen allfälligen Anspruch ab 1. Januar 2008 auf die Fassung gemäss den am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Änderungen (5. IV-Revision; AS 2007 5129 und AS 2007 5155) abzustellen. Im Folgenden wird – ohne anderslautende Hinweise – jeweils auf diese Fassung Bezug genommen. Noch keine Anwendung findet vorliegend das am 1. Januar 2012 in Kraft getretene erste

Massnahmenpaket der 6. IV-Revision (IVG in der Fassung vom 18. März 2011 [AS 2011 5659]).

2.2. 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: 2. Februar 2010) eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweis).

2.3. 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).

3.

3.1. 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; AS 2003 3837] respektive Art. 28 Abs. 2 IVG [5. IV-Revision]). Gemäss Art. 28 Abs. 1^{ter} 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 betreffend Kosovo nicht der Fall ist.

3.2. 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]) 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]).

3.3. Anspruch auf eine ordentliche Rente haben gemäss Art. 36 Abs. 1 IVG (4. IV-Revision) die rentenberechtigten Versicherten, die bei Eintritt der Invalidität während mindestens eines vollen Jahres Beiträge geleistet haben.

Meldet sich ein Versicherter mehr als zwölf Monate nach Entstehen des Anspruchs an, so werden die Leistungen in Abweichung von Art. 24 Abs. 1 ATSG lediglich für die zwölf der Anmeldung vorangehenden Monate ausgerichtet. Weitergehende Zahlungen werden erbracht, wenn der Versicherte den anspruchsbegründenden Sachverhalt nicht kennen konnte und die Anmeldung innert zwölf Monaten nach Kenntnisnahme vornimmt (Art. 48 Abs. 2 IVG [in der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung]).

3.4. 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).

3.5. 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 Invalidenversicherungsverfahren 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).

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.

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. 3.a).

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).

3.7. Bei erwerbstätigen Versicherten ist der Invaliditätsgrad gemäss Art. 16 ATSG in Verbindung mit Art. 28 Abs. 2 IVG aufgrund eines Einkommensvergleichs zu bestimmen. Dazu 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. Hat die versicherte Person nach Eintritt des Gesundheitsschadens keine oder jedenfalls keine ihr an sich zumutbare neue Erwerbstätigkeit aufgenommen, so können nach der Rechtsprechung LSE-Tabellenlöhne herangezogen werden

(BGE 129 V 472 E. 4.2.1, 126 V 75 E. 3b bb; RKUV 1999 U 343 S. 412 E. 4b aa). Für die Bestimmung des Invalideneinkommens anhand von Tabellenlöhnen bei Versicherten, die nach Eintritt des Gesundheitsschadens lediglich noch leichte und intellektuell nicht anspruchsvolle Arbeiten verrichten können, ist in der Regel vom durchschnittlichen monatlichen Bruttolohn für Männer oder Frauen bei einfachen und repetitiven Tätigkeiten (Anforderungsniveau 4 des Arbeitsplatzes) auszugehen. Dabei sind in erster Linie die Lohnverhältnisse im privaten Sektor massgebend (SVR 2002 UV Nr. 15 E. 3c cc). Da den Tabellenlöhnen generell eine Arbeitszeit von 40 Wochenstunden zu Grunde liegt, ist eine Umrechnung auf eine betriebsübliche durchschnittliche Wochenarbeitszeit erforderlich (BGE 126 V 75 E. 3b bb).

Es gilt zu berücksichtigen, dass gesundheitlich beeinträchtigte Personen, die selbst bei leichten Hilfsarbeitstätigkeiten behindert sind, im Vergleich zu voll leistungsfähigen und entsprechend einsetzbaren Arbeitnehmern lohnmässig benachteiligt sind und deshalb in der Regel mit unterdurchschnittlichen Lohnansätzen rechnen müssen. Diesem Umstand ist mit einem Abzug vom Tabellenlohn Rechnung zu tragen (BGE 124 V 321 E. 3b bb; SVR 2007 IV Nr. 11 S. 41 E. 3.2; RKUV 2003 U 494 S. 390 E. 4.2.3). Die Frage, ob und in welchem Ausmass Tabellenlöhne herabzusetzen sind, hängt von sämtlichen persönlichen und beruflichen Umständen des konkreten Einzelfalles ab (leidensbedingte Einschränkung, Alter, Dienstjahre, Nationalität/Aufenthaltskategorie und Beschäftigungsgrad). Der Einfluss sämtlicher Merkmale auf das Invalideneinkommen ist nach pflichtgemäsem Ermessen gesamthaft zu schätzen, wobei der Abzug auf insgesamt höchstens 25% zu begrenzen ist (BGE 129 V 472 E. 4.2.3, 126 V 75 E. 5b bb und cc; AHI 2002 S. 69 ff. E. 4b).

4.

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

4.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei sowohl in der angestammten als auch in einer anderen Tätigkeit zu mindestens 50% arbeitsunfähig, da er unter einer starken Depression leide und die Arbeitsfähigkeit durch medizinische Massnahmen nicht verbessert werden könne.

4.2. Die IVSTA führte aus, die eingeholten Gutachten hätten gezeigt, dass der Beschwerdeführer aus psychischen Gründen nicht in der Arbeitsfähigkeit eingeschränkt sei und lediglich die orthopädischen Beschwerden zu einer Einschränkung führten, sodass lediglich schwere Arbeiten nicht mehr möglich seien.

4.3.

4.3.1. Dr. med. A. _____, Facharzt für orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates, stellte in seinem Gutachten vom 1. Oktober 2009 gestützt auf die Vorakten, seine eigene Untersuchung des Beschwerdeführers und gestützt auf die HWS-Aufnahme vom 8. September 2009 folgende Diagnosen: chronisches Lumbovertebralsyndrom bei leichter thorakolumbalen Skoliose mit degenerativen Veränderungen an der HWS und der LWS sowie unklare Hyposensibilitäten am rechten Arm und am rechten Bein. Der Gutachter erachtete den Beschwerdeführer insbesondere aufgrund der langjährigen Schmerzanamnese und den Einschränkungen der LWS als für schwere Tätigkeiten arbeitsunfähig; für alle mittelschweren oder leichten Tätigkeiten sei jedoch eine volle Arbeitsfähigkeit vorhanden.

4.3.2. Dr. med. B. _____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, stellte in seinem Gutachten vom 2. Oktober 2009 folgende Diagnosen: Dysthymie (seit 1999) aber keine wesentliche Somatisierungstendenz. Der Beschwerdeführer sei psychisch nicht vorbelastet und die negativen (aber nicht traumatisierenden) Erlebnisse im Zusammenhang mit dem Krieg in Kosovo (Flucht in die Berge), die der Beschwerdeführer schildere, erklärten zwar gewisse Ängste oder Verstimmungen, hätten allerdings keinen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit. Ferner seien keine Hospitalisationen aus psychischen Gründen bekannt und auch die niedrige Sitzungsfrequenz beim Psychiater spreche gegen eine Depression. Es liege daher lediglich eine Dysthymie vor, was eine milde Form von Depressivität sei. Diese erreiche keine derartige Schwere, dass die Arbeitsfähigkeit eingeschränkt sei. Es sei somit von einem relativ milden, aber konstanten Krankheitsbild auszugehen. Der Gutachter führte ferner aus, es würde nicht erstaunen, wenn die chronische Schmerzsymptomatik zu einer psychosomatischen Überlagerung geführt hätte, dafür seien aber die Kriterien der ICD-10 nicht erfüllt. Schliesslich wies der Gutachter auf krankheitsfremde Faktoren wie wirtschaftliche Zukunftsängste und eine schwierige Arbeitsmarktlage in Kosovo hin, welche den Beschwerdeführer an der Aufnahme einer Arbeit

möglicherweise hinderten. Insgesamt stellte er fest, beim Beschwerdeführer liege aber keine psychische Krankheit vor, welche die Arbeitsfähigkeit einschränken würde. Der Zustand des Beschwerdeführers habe sich über einen längeren Zeitraum gesehen (abgesehen von den üblichen geringen Schwankungen) nicht verändert, weshalb davon auszugehen sei, dass der aktuelle Zustand bereits seit 1999 bestehe.

4.3.3. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Ärzte im Rahmen des neuen Abklärungsverfahrens im Wesentlichen dieselben Diagnosen gestellt haben, wie dies der Regionale Ärztliche Dienst (RAD) im Jahr 2007 gestützt auf die damals eingeholten medizinischen Unterlagen getan hat. Die Gutachter haben sich in der Anamnese und der Diskussion der Arbeitsfähigkeit mit den älteren Arztberichten und den RAD-Stellungnahmen auseinandergesetzt und ihre Schlussfolgerungen nachvollziehbar begründet. Dr. med. C._____, Facharzt für Allgemeinmedizin, vom medizinischen Dienst der IVSTA hat sich in seiner Stellungnahme vom 23. September 2009 deshalb explizit und vorbehaltlos den Einschätzungen der beiden Gutachter angeschlossen. Diesbezüglich ist allerdings festzuhalten, dass Dr. med. C._____ in seiner Stellungnahme die Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit aber auf 70% (und nicht wie die Gutachter auf 100%) beziffert, jedoch diese von den Gutachtern abweichende Einschätzung in keiner Weise begründet. Weil der Invaliditätsgrad des Beschwerdeführers ohnehin unter Berücksichtigung einer Verweistätigkeit zu bestimmen ist, hat diese abweichende Beurteilung auf das Endergebnis keinen Einfluss (vgl. E. 5 hiernach) und kann somit vernachlässigt werden. Da die beiden Gutachten – wie vom medizinischen Dienst festgestellt – den Kriterien für Gutachten entsprechen und sorgfältig, umfassend und nachvollziehbar sind, gibt es keinen Grund, nicht auf diese beiden Gutachten abzustellen. Es ist somit davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer aus orthopädischen Gründen keine schweren Arbeiten mehr verrichten sollte und deshalb in seinem bisherigen Beruf als Hilfsarbeiter auf dem Bau nicht mehr arbeitsfähig ist, dass er aber für leichte oder mittelschwere Tätigkeiten zu 100% arbeitsfähig ist, da die orthopädischen Probleme lediglich schwere Arbeiten ausschliessen und zudem keine die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigende psychische Erkrankung vorliegt.

5.

Zu prüfen bleibt der von der IVSTA ermittelte Invaliditätsgrad.

5.1. Als Valideneinkommen hat die IVSTA mangels konkreter Daten aus dem Kosovo auf die schweizerischen Tabellenlöhne abgestellt. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer im Kosovo gemäss den Angaben in den Akten nie eine Tätigkeit ausgeübt hat und somit auf die letzte Tätigkeit in der Schweiz abzustellen wäre. Da die letzte Arbeitstätigkeit in der Schweiz bereits sehr lange Zeit zurückliegt (1993) und zudem keine detaillierten Angaben dazu vorhanden sind, rechtfertigt es sich, auf die schweizerischen Tabellenlöhne abzustellen. Die IVSTA stützte sich deshalb auf die LSE 2008. Dies ist angesichts des Zeitpunkts des frühestmöglichen Rentenbeginns (1. September 2006, da die Anmeldung zum Leistungsbezug am 1. September 2005 erfolgte [vgl. E. 3.7] nicht korrekt, weshalb nachfolgend der Einkommensvergleich mit den Zahlen von 2006 zu rechnen ist. Gemäss LSE 2006, Tabelle TA1, Baugewerbe, Anforderungsniveau 4, Männer beträgt der monatliche Lohn bei 40 Wochenstunden Fr. 5'007.--, was aufgerechnet auf die branchenübliche Arbeitszeit von 41,7 Wochenstunden Fr. 5'219.80 ergibt.

5.2. Die Berechnung des Invalideneinkommens hat sich auf den Durchschnitt der Löhne gemäss LSE 2006, Tabelle TA1, Männer, Anforderungsniveau 4, für alle Tätigkeiten (Fr. 4'732.--) zu stützen. Hochgerechnet auf die branchenübliche Arbeitswoche von 41,7 Stunden ergibt sich ein monatliches Einkommen von Fr. 4'933.10. Unter Berücksichtigung des von der IVSTA angerechneten leidensbedingten Abzugs von 10%, welcher nicht zu beanstanden ist, ergibt sich ein monatliches Invalideneinkommen von Fr. 4'439.80.

5.3. Der Vergleich der massgebenden Einkommen ergibt bei einem Valideneinkommen von Fr. 5'219.80 und einem Invalideneinkommen von Fr. 4'439.80 eine Erwerbseinbusse von Fr. 780.-- und somit einen Invaliditätsgrad von (gerundet) 15%. Der Beschwerdeführer hat somit – wie die IVSTA korrekt festgestellt hat – keinen Anspruch auf eine Invalidenrente.

6.

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

6.1. Die Verfahrenskosten sind bei Streitigkeiten um die Bewilligung oder die Verweigerung von IV-Leistungen nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert im Rahmen von 200 bis 1'000 Franken

festzulegen (Art. 69 Abs. 1^{bis} IVG). Für das vorliegende Verfahren sind die Verfahrenskosten auf Fr. 400.-- festzusetzen und dem Beschwerdeführer als unterlegene Partei aufzuerlegen. Die Verfahrenskosten von Fr. 400.-- sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

6.2. 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).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 400.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 400.-- verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ...)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Michael Peterli

Sandra Tibis

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: