



Abteilung III
C-177/2008
{T 0/2}

Urteil vom 12. März 2010

Besetzung

Richter Michael Peterli (Vorsitz),
Richter Francesco Parrino,
Richter Johannes Frölicher,
Gerichtsschreiberin Sandra Tibis.

Parteien

X._____, Kosovo,
vertreten durch Herrn lic. iur. Xhemajl Aliu, Büro Fenix,
Rr. E Kaqaniku p.n. H1 Nr. 1, Lagja e muhaxherve,
XZ-10000 Pristina, Zustelladresse: Y._____, Schweiz,
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 (...) 1967 geborene, kosovarische Staatsangehörige X._____ hat bis im September 1993 in der Schweiz als Sommelier in einem Saison-Arbeitsverhältnis gearbeitet. Ihm wurde mit Verfügung vom 28. Oktober 1997 (act. 77) mit Wirkung ab 1. September 1994 eine halbe und ab 1. Dezember 1996 eine ganze Rente der schweizerischen Invalidenversicherung zugesprochen. Dieser Verfügung lagen namentlich (1) der orthopädische Bericht von Dr. med. A._____ vom 1. November 1994 (act. 266), (2) die orthopädischen Gutachten von Dr. med. B._____ vom 29. April 1994 (act. 257) und vom 22. Dezember 1994 (act. 270) und (3) das psychiatrische Gutachten von Dr. med. C._____ und Dr. med. D._____ vom 4. Januar 1996 (act. 283) zugrunde.

Die Ärzte diagnostizierten in den obgenannten Gutachten im Wesentlichen ein Kniescheiben-Syndrom, eine Entzündung des Fettkörpers im Kniegelenk (Hoffa-Krankheit), eine lumbale Osteochondrose, eine links-konvexe Skoliose, einen Status nach Nasenbeinfraktur mit zweimaliger operativer Versorgung sowie psychische Nachwirkungen des Unfalls, so zum Beispiel Frustration und Wut, welche aber keine eigentliche psychiatrische Erkrankung darstellten. Sie attestierten X._____ aus orthopädischer Sicht eine vollkommene Arbeitsunfähigkeit seit dem Unfall am 12. Oktober 1992.

B.

Mit Verfügung vom 6. Mai 2004 (act. 197) wurde die Rente im Rahmen der Durchführung eines Revisionsverfahrens mangels Erfüllung der Mitwirkungspflicht per 1. Juli 2004 eingestellt. Dagegen erhob X._____ mit Schreiben vom 15. Juni 2004 (act. 200) Einsprache bei der IV-Stelle für Versicherte im Ausland (nachfolgend: IV-Stelle). Die IV-Stelle wies die Einsprache mit Einspracheentscheid vom 19. August 2004 (act. 204) ab. Die dagegen bei der Eidgenössischen Rekurskommission der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung für die im Ausland wohnenden Personen (nachfolgend: Rekurskommission) erhobene Beschwerde wurde mit Entscheid vom 21. April 2006 (act. 216) teilweise gutgeheissen und die Sache wurde zum weiteren Vorgehen im Sinne der Erwägungen (Aufdatierung des medizinischen Sachverhalts und Erlass eines neuen Entscheids) an die IV-Stelle zurückgewiesen. Sie begründete ihren Entscheid damit, dass die IV-Stel-

le trotz mangelnder Kooperation des Versicherten einen Revisions-Entscheid aufgrund der Akten hätte treffen sollen und der Versicherte nur allfällige Nachteile durch die unvollständige Abklärung des medizinischen Sachverhalts hätte in Kauf nehmen müssen.

C.

Mit Verfügung vom 28. November 2007 (act. 421) hat die IV-Stelle die Invalidenrente von X._____ gemäss Vorankündigung im Vorbescheid vom 15. Juni 2007 (act. 358) und gestützt auf die neu eingeholten ärztlichen Berichte mit Wirkung ab 1. Juli 2004 aufgehoben.

Dieser Verfügung lagen namentlich folgende ärztliche Berichte und wirtschaftliche Unterlagen zugrunde: das Gutachten von Dr. med. E._____ vom 14. September 2006 (act. 238), ein Bericht von Dr. med. F._____, Neuropsychiater, vom 3. November 2006 (act. 351 f.), die Stellungnahme von Dr. med. G._____ des medizinischen Dienstes der IV-Stelle vom 2. April 2007 (act. 354) und der Einkommensvergleich vom 23. Mai 2007 (act. 357).

Die Ärzte diagnostizierten in den obgenannten Gutachten im Wesentlichen Knie- und Rückenbeschwerden (Status nach Verletzung des inneren Meniskus und des vorderen Kreuzbandes, Knorpelschaden am Knie, Lumboischialgie beidseitig, Wurzelkompressionssyndrom L4/L5) eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung (ICD-10 F45.4) und eine rezidivierende depressive Störung mittleren Grades (ICD-10 F33.1). Aus diesen Einschränkungen ergebe sich sicher seit Dezember 2006 (aber vermutlich schon seit dem Jahr 2000) eine Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit von 70% und in einer leichten Verweistätigkeit eine solche von 40%.

D.

Gegen die Verfügung vom 28. November 2007 hat X._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer), vertreten durch lic. iur. Alju Xhemajl, am 27. Dezember 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben. Er beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung sowie die Zusprechung einer ganzen IV-Rente, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Er begründete dies damit, dass er durch die Folgen des Unfalles vom 12. Oktober 1992 stark physisch beeinträchtigt und vollkommen arbeitsunfähig sei und zudem auch noch unter psychischen Problemen leide.

E.

Der mit Verfügung vom 18. Januar 2008 einverlangte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 400.-- ist am 30. Januar 2008 beim Bundesverwaltungsgericht eingegangen.

F.

Mit Vernehmlassung vom 10. Juli 2008 beantragte die IV-Stelle unter Verweis auf die Stellungnahme von Dr. med. G._____ des ärztlichen Dienstes vom 6. Juli 2008 die Abweisung der Beschwerde.

G.

Mit Schreiben vom 22. Dezember 2008 bezeichnete der Beschwerdeführer ein Zustelldomizil in der Schweiz.

H.

Mit Replik vom 30. Januar 2009 hielt der Beschwerdeführer an seinen Anträgen fest und reichte diverse medizinische Berichte ein.

I.

Mit Duplik vom 25. März 2009 hielt die IV-Stelle unter Verweis auf die erneute Stellungnahme von Dr. med. G._____ des ärztlichen Dienstes vom 12. März 2009 an ihrem Abweisungsantrag fest.

J.

Gegen die mit Verfügung vom 18. Januar 2008 bekannt gegebene Zusammensetzung des Spruchkörpers, sowie dessen Änderung vom 26. Oktober 2009 ist kein Ausstandsbegehren eingegangen.

K.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien sowie die eingereichten Akten wird – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht 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 über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (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 Aufgrund von Art. 3 lit. d^{bis} des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) findet das VwVG keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) anwendbar ist. Gemäss Art. 1 Abs. 1 IVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die Invalidenversicherung (Art. 1a-26^{bis} IVG und 28 bis 70 IVG) anwendbar, soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

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 einverlangte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 400.-- fristgerecht geleistet wurde, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.

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

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 ehe-

maligen 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. 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).

3.

Weiter sind die zur Beurteilung der Streitsache massgebenden gesetzlichen Grundlagen und die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze darzulegen.

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 Sachverhalts sowie Unangemessenheit des Entscheids rügen (Art. 49 VwVG).

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: 28. November 2007) eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweis).

Des Weiteren sind in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten (pro rata temporis; BGE 130 V 329). Für das vorliegende Verfahren ist deshalb das per

1. Januar 2003 in Kraft getretene ATSG anwendbar. Die darin enthaltenen Formulierungen der Arbeitsunfähigkeit, der Erwerbsunfähigkeit, der Invalidität und der Einkommensvergleichsmethode entsprechen den bisherigen von der Rechtsprechung dazu entwickelten Begriffen in der Invalidenversicherung. Demzufolge haben die von der Rechtsprechung dazu herausgebildeten Grundsätze unter der Herrschaft des ATSG weiterhin Geltung (BGE 130 V 343). Bei den materiellen Bestimmungen des IVG und der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201) ist für die Beurteilung eines Rentenanspruchs seit dem 1. Januar 2004 auf die Fassung gemäss den am 1. Januar 2004 in Kraft getretenen Änderungen (4. IV-Revision; AS 2003 3837) 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 die vom 1. Januar 2004 bis Ende 2007 gültig gewesene Regelung Bezug genommen.

3.3 Gemäss Art. 17 Abs. 1 ATSG wird eine Rente von Amtes wegen oder auf Gesuch hin für die Zukunft entsprechend erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben, wenn sich der Invaliditätsgrad des Rentenbezügers erheblich verändert hat.

Zu einer Änderung des Invaliditätsgrades Anlass geben kann einerseits eine wesentliche Verbesserung oder Verschlechterung des Gesundheitszustandes mit entsprechender Beeinflussung der Erwerbsfähigkeit und andererseits eine erhebliche Veränderung der erwerblichen Auswirkungen eines an sich gleich gebliebenen Gesundheitsschadens (BGE 125 V 369 E. 2, 113 V 275 E. 1a, 107 V 221 E. 2 mit Hinweisen; SVR 2004 IV Nr. 5 S. 13 E. 2). Ist die Invalidität nach der Einkommensvergleichsmethode gemäss Art. 28 Abs. 2 IVG zu bemessen, so kann jede Änderung eines der beiden Vergleichseinkommen zu einer für den Anspruch erheblichen Erhöhung oder Verringerung des Invaliditätsgrades führen.

Ob eine solche rentenrelevante Änderung eingetreten ist, beurteilt sich (unter Vorbehalt früher durchgeführter Revisionen) durch Vergleich des Sachverhaltes, wie er im Zeitpunkt der ursprünglichen Rentenverfügung bestanden hat, mit demjenigen zur Zeit der streitigen Revisions-

verfügung (BGE 125 V 369 E. 2, 113 V 275 E. 1a). Dagegen ist die unterschiedliche Beurteilung eines im Wesentlichen unverändert gebliebenen Sachverhalts kein Revisionsgrund; unterschiedliche Beurteilungen sind revisionsrechtlich nur dann beachtlich, wenn sie Ausdruck von Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse sind (siehe nur BGE 115 V 313 E. 4a/bb mit Hinweisen; SVR 1996 IV Nr. 70 S. 204 E. 3a).

Vorliegend ist somit der Sachverhalt im Zeitpunkt der Rentenverfügung vom 28. November 1997 mit dem Sachverhalt im Zeitpunkt der Revisionsverfügung vom 27. November 2007 zu vergleichen.

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 Beschwerde-

verfahren 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 Bundesgerichts vom 26. Januar 2006 [I 268/2005] 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 Bundesgerichts vom 24. Januar 2000 [I 128/98] 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 Bundesgerichts vom 20. März 2006, I 655/05 E. 5.4 mit Hinweisen; vgl. aber Urteil des Bundesgerichts vom 27. Mai 2008 [9C_24/2008] 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 Erwerbseinkom-

men, 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. Zusatzeinkommen wie zum Beispiel Überstundenentschädigungen können berücksichtigt werden, wenn es sich um Entgelt mit Lohncharakter und nicht um Spesenentschädigungen handelt. Da aber die Invaliditätsschätzung der dauernd oder für längere Zeit bestehenden Erwerbsunfähigkeit entsprechen muss, bildet Voraussetzung für die Berücksichtigung eines derartigen Zusatzeinkommens, dass der Versicherte aller Voraussicht nach damit hätte rechnen können (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 18. März 2004 [U 178/03] E. 2.2 mit Hinweisen).

Für die Bestimmung des Invalideneinkommens ist primär von der be-

ruflich-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 Wirtschaftssektor.

Nach der Rechtsprechung ist bei der Verwendung solch statistischer Tabellenlöhne zu berücksichtigen, dass gesundheitlich beeinträchtigte Personen, die selbst bei leichten Hilfsarbeitertätigkeiten (gesundheitlich) behindert sind, im Vergleich zu voll leistungsfähigen und entsprechend einsetzbaren Arbeitnehmern lohnmassig benachteiligt sind und deshalb in der Regel mit unterdurchschnittlichen Lohnansätzen rechnen müssen (vgl. BGE 124 V 323 E. 3b/bb mit Hinweisen). Die ständige bundesgerichtliche Praxis präzisiert weiter, dass die Frage, ob und in welchem Ausmass Tabellenlöhne herabzusetzen sind, von sämtlichen persönlichen und beruflichen Umständen des konkreten Einzelfalls (leidensbedingte Einschränkung, Alter, Dienstjahre, Nationalität/Aufenthaltskategorie und Beschäftigungsgrad) abhängig ist. Der Abzug soll aber nicht automatisch, sondern nur dann erfolgen, wenn im Einzelfall Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die versicherte Person wegen eines oder mehrerer dieser Merkmale ihre gesundheitlich bedingte Restarbeitsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nur mit unterdurchschnittlichem Einkommen verwerten kann. Der Einfluss sämtlicher Merkmale auf das Invalideneinkommen ist nach pflichtgemässen Ermessen gesamthaft zu schätzen, wobei der Abzug auf höchstens 25 % zu begrenzen ist (vgl. BGE 126 V 79 E. 5b/aa-cc mit weiteren Hinweisen).

3.8 Gemäss dem seit dem 1. Januar 2004 in Kraft stehenden Art. 28 Abs. 1 IVG (respektive Art. 28 Abs. 2 IVG in der seit 1. Januar 2008 geltenden Fassung) besteht bei einem Invaliditätsgrad von 70% ein Anspruch auf eine ganze Rente, auf eine Dreiviertelsrente bei einem Grad der Invalidität von 60%, auf eine halbe Rente bei einem solchen von 50% und auf eine Viertelsrente bei einem Invaliditätsgrad von 40%.

Gemäss Art. 28 Abs. 1^{ter} IVG (respektive Art. 29 Abs. 4 IVG in der seit 1. Januar 2008 geltenden Fassung) 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 den Kosovo nicht der Fall ist.

4.

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die IV-Stelle zu Recht das Vorliegen eines Revisionsgrundes beim Beschwerdeführer bejaht und gestützt darauf seine Rente aufgehoben hat.

4.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei in Pristina zu Unrecht nur psychiatrisch untersucht worden. Er leide sehr an den Folgen des Unfalles vom 12. Oktober 1992 und sei deswegen voll arbeitsunfähig. Ferner rügt der Beschwerdeführer, die ärztlichen Berichte aus Pristina seien nicht korrekt übersetzt worden.

4.2 Die IV-Stelle führt demgegenüber aus, der Beschwerdeführer leide an einer somatoformen Schmerzstörung ohne schwere psychiatrische Komorbidität. Die vorgeschlagenen Verweistätigkeiten seien ihm schon seit Jahren, vermutlich bereits seit dem Jahr 2000, zumutbar. Für diese leichten Arbeiten bestehe höchstens noch eine Arbeitsunfähigkeit von 40%. In seinem früheren Beruf als Kellner liege die Arbeitsunfähigkeit hingegen bei 70%.

4.3 Im Rahmen der ursprünglichen Rentenverfügung vom 28. Oktober 1997 lagen der IV-Stelle namentlich folgende medizinische Unterlagen vor.

4.3.1 Dr. med. A._____, Arzt für orthopädische Chirurgie FMH, stellte in seinem Gutachten vom 1. November 1994 fest, der Beschwerdeführer leide an einem Kniescheiben-Syndrom und einer Entzündung des Fettkörpers im Kniegelenk (Hoffa-Krankheit) im rechten Knie. Insgesamt handle es sich jedoch nicht um gravierende Erkrankungen.

4.3.2 Dr. med. B._____, Facharzt FMH für Chirurgie und Orthopädie, hielt in seinem Gutachten vom 29. April 1994 fest, der Beschwerdeführer leide an den Folgen einer Verdrehung des Knies wegen eines Treppensturzes am 12. Oktober 1992, an einer schmerzhaft-

ten Dekompensation einer dorsalen Osteochondrose zufolge Wachstums, an einem lumbosakralen Syndrom und an einer beidseitigen Entzündung der Patellasehne mit einer posttraumatischen Dekompensation rechts zufolge Schwäche des rechten Quadrizeps. Ferner vermute er das Vorliegen einer Schleimbeutelentzündung am grossen Rollhügel rechts. Alle diese Diagnosen seien posttraumatischen Ursprungs, da der Unfall mehrheitlich die Ursache für die gegenwärtigen Beschwerden sei. Deshalb sei auch davon auszugehen, dass Physiotherapie eine Verbesserung des Gesundheitszustandes zur Folge haben sollte. Aufgrund der Einschränkungen sei er aber zur Zeit in seinem Beruf noch zu 100% arbeitsunfähig. Nach Durchführung einer entsprechenden Therapie sollte wieder eine volle Arbeitsfähigkeit erreicht werden können.

Im Gutachten vom 22. Dezember 1994 hielt Dr. med. B._____ fest, der Zustand des Beschwerdeführers habe sich wegen des Tragens des "lombostats" gebessert und der Tonus des Quadrizeps habe durch die Therapie erhöht werden können.

4.3.3 Dem psychiatrischen Gutachten von Dr. med. C._____ und Dr. med. D._____ vom 4. Januar 1996 ist zu entnehmen, dass der Unfall noch gewisse Nachwirkungen wie beispielsweise das Vorliegen von Wut und Frustration mit sich bringe. Eine psychiatrische Diagnose im eigentlichen Sinne könne aber nicht gestellt werden. Die Arbeitsfähigkeit betrage seit dem Unfall 0%, was definitiv sein dürfte. Aus psychiatrischer Sicht gebe es keine Massnahmen zu treffen, die seine Arbeitsfähigkeit günstig beeinflussen könnten.

4.4 Anlässlich des Rentenrevisionsverfahrens holte die IV-Stelle neue Gutachten ein, deren Inhalt nachfolgend zusammenzufassen ist.

4.4.1 Das Gesamtgutachten von Dr. med. E._____ vom 14. September 2006 bestätigte beim Beschwerdeführer das Vorliegen einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung sowie einer rezidivierenden depressiven Störung (gegenwärtig mittelgradige Episode) und diverser orthopädischer Beeinträchtigungen wie Status nach Meniskusverletzung und Verletzung des vorderen Kreuzbandes, Chondromalazie, chronische Lumboischialgie. Aus psychiatrischer Sicht betrage die Arbeitsunfähigkeit 40%. Für eine exakte orthopädische Diagnose und Evaluation der aktuellen Situation müsste ein MRI des rechten Knies und des lumbalen Teils der Wirbelsäule vorgenommen werden. Auf-

grund der anlässlich der klinischen Untersuchung festgestellten orthopädischen Beschwerden sei jedenfalls davon auszugehen, dass es dem Beschwerdeführer nicht mehr möglich sei, seiner früheren Arbeit als Kellner oder einer anderen mittelschweren bis schweren Arbeit nachzugehen.

4.4.2 Der Kurzbericht von Dr. med. F._____, Neuropsychiater, vom 3. November 2006 attestierte dem Beschwerdeführer einen chronischen Verlauf der Erkrankung und die Notwendigkeit von psycho- und physiotherapeutischen und medikamentösen Behandlungen. Aus psychologischer Sicht betrage die Arbeitsunfähigkeit ungefähr 40%.

4.4.3 Dr. med. G._____ vom medizinischen Dienst der IV-Stelle hielt in seiner Stellungnahme vom 2. April 2007 fest, gemäss den neusten Gutachten von September/Dezember 2006 sei nachgewiesen, dass beim Beschwerdeführer keine schwerere klassische chronische psychiatrische Erkrankung, sondern lediglich eine moderate rezidivierende Depression respektive eine Somatisierungsstörung vorliege. Diese Diagnose sei bereits im Jahr 2002 gestellt worden. In Bezug auf die orthopädischen klinisch objektivierbaren pathologischen Fakten sei festzuhalten, dass sich mit Ausnahme einer leichten Schwellung des Kniegelenkes und der Verdachtsdiagnosen Meniskusläsion und Kreuzband(teil)läsion keine Diagnosen stellen liessen, ohne dass ein MRI gemacht werde. Der Orthopäde berichte nichts betreffend einer relevanten Muskelverschmächtigung am Oberschenkel, was darauf hindeute, dass kein Funktions(belastungs)defizit mehr vorliege. Der Beschwerdeführer trage auch keine Knieorthese mehr, was aber bei einer relevanten Knieinstabilität notwendig wäre. Diese Umstände deuteten darauf hin, dass sich der Zustand des Beschwerdeführers aus orthopädischer Sicht verbessert habe. Schliesslich sei noch darauf hinzuweisen, dass die vom Orthopäden aufgeführte Diagnose Diskushernie sehr mit Vorbehalt zu geniessen sei, da auf einem Röntgenbild älteren Datums lediglich eine Protrusion festzustellen sei und es somit nicht denkbar sei, dass daraus Nervenausfälle an der unteren Extremität entstünden. Insgesamt könne aber die Einschätzung von Dr. med. E._____ bestätigt werden: Der Beschwerdeführer sei für rein stehende Tätigkeiten (zum Beispiel als Kellner) wohl nicht mehr geeignet, da diesbezüglich eine Arbeitsunfähigkeit von 70% vorliege. Gestützt auf die klinischen Befunde könne aber davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer in Verweistätigkeiten mit abwechselnder Haltung (sitzend, gehend) sicher seit der Begutachtung im De-

zember 2006 (eventuell bereits früher) lediglich noch zu 40% eingeschränkt sei.

4.5 Dem anlässlich des Beschwerdeverfahrens eingereichten Zeugnis von Dr. med. H._____, Neuropsychiater, vom 26. Dezember 2007 ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer an einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung (ICD-10 F45.5 [recte wohl: F45.4]) und an einer rezidivierenden depressiven Störung, gegenwärtig mittelgradige Episode, (ICD-10 F33.1) leide. Aus dem Attest von Dr. med. I._____, Orthopäde und Traumatologe, vom 17. Dezember 2007 geht hervor, dass beim Beschwerdeführer eine chronische, posttraumatische Gonalgie des rechten Knies, ein Teilabriss des vorderen Kreuzbandes, eine Instabilität des rechten Knies, eine fortschreitende Gonarthrose, eine chronische Lumbalgie, chronische Schmerzen an der Wirbelsäule und eine Depression aufgrund der erlittenen Verletzungen sowie eine Gelenkmantelentzündung des rechten Oberschenkels. Sämtliche Verletzungen seien unfallbedingt; eine Besserung des Zustandes sei nicht zu erwarten.

4.6 Der Beschwerdeführer hat in seiner Beschwerde geltend gemacht, die ärztlichen Berichte aus Pristina seien nicht korrekt übersetzt worden. Er hat allerdings weder ausgeführt, welche Berichte betroffen sein sollen noch inwiefern die Übersetzungen falsch sind. Damit ist diese Rüge des Beschwerdeführers nicht genügend substantiiert, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist, zumal auch den Akten keine Hinweise für eine fehlerhafte Übersetzung zu entnehmen sind.

4.7 Vergleicht man die gesundheitliche Situation des Beschwerdeführers anlässlich der Rentenzusprechung mit der heutigen Situation, so ist festzuhalten, dass sich insbesondere die orthopädischen Beschwerden des Knies sowie auch des Rückens – erwartungsgemäss – stark verringert haben. Dies ist gemäss der Einschätzung der untersuchenden Ärzte der intensiven Physiotherapie sowie auch der orthopädischen Hilfsmittel "lombostat" (für den Rücken) und der Kniestütze zu verdanken. Die heute diesbezüglich gemachte Feststellung ist nachvollziehbar dargelegt und stimmt ferner auch mit den früher gemachten Prognosen der Ärzte überein, die schon immer davon ausgingen, dass die nicht sehr gravierenden Verletzungen des Unfalles durch geeignete Massnahmen geheilt werden könnten. Die pessimistischen Prognosen von Dr. med. I._____ sind nicht nachvollziehbar, da es sich bei den orthopädischen Problemen des Beschwerdeführers

hauptsächlich um behandelbare, eher leichtere Beeinträchtigungen handelt. Hinweise für das Vorliegen eines ausserordentlichen Schweregrades liegen nicht vor. Unklar bleibt zwar aufgrund der neuesten Abklärungen, ob eventuell noch eine Meniskuskäsion vorliegt, dies ist jedoch insofern nicht relevant, als die Ärzte ohnehin davon ausgehen, dass dem Beschwerdeführer lediglich noch eine leichte, mehrheitlich sitzende Tätigkeit zumutbar sei. Einer solchen Tätigkeit würde auch eine Meniskuskäsion, die erfahrungsgemäss problemlos behandelbar ist, nicht entgegenstehen.

In Bezug auf die psychische Befindlichkeit des Beschwerdeführers ist festzustellen, dass sich im Vergleich zu früher die Situation etwas verschlechtert hat. Konnten die Ärzte damals lediglich negative Gefühle wie Wut und Ärger über den erlittenen Unfall, aber keine eigentliche psychiatrische Diagnose, feststellen, so gehen sie heute davon aus, dass eine moderate rezidivierende Depression respektive eine Somatisierungsstörung vorliegt und die Arbeitsfähigkeit deshalb zu 40% eingeschränkt sei.

Insgesamt ist davon auszugehen, dass sich der gesundheitliche Zustand des Beschwerdeführers aus orthopädischer Sicht stark verbessert hat und in einer leichten, mehrheitlich sitzenden Verweistätigkeit eine volle Arbeitsfähigkeit vorliegt. Die Ausübung mittelschwerer oder schwerer Tätigkeiten wie der frühere Beruf als Kellner ist dem Beschwerdeführer allerdings nach wie vor nicht zumutbar. Nur aus psychiatrischer Sicht besteht noch eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit von 40%. Die IV-Stelle hat somit zu Recht insgesamt eine Verbesserung des Gesundheitszustandes angenommen. Allerdings ist der Beginn der festgestellten Verbesserung auf November 2006 (Zeitpunkt der neuesten berücksichtigten Untersuchungen von Dr. med. F._____) und nicht – wie von der IV-Stelle festgehalten – auf Dezember 2006 festzusetzen. Was allerdings – wie später aufzuzeigen sein wird – im Ergebnis keine Rolle spielt.

5.

Zu prüfen bleibt der von der IV-Stelle zur Bestimmung des Invaliditätsgrades durchgeführte Einkommensvergleich, welcher vom Beschwerdeführer allerdings nicht beanstandet wurde.

Verglichen wurde dabei das zumutbare (hypothetische) Einkommen pro Jahr ohne Invalidität von Fr. 3'698.49 (Schweizerische Lohnstruk-

turerhebung [LSE] des Bundesamtes für Statistik für das Jahr 2004, Tätigkeit in der Hotellerie und Gastronomie, Anforderungsniveau 4, Fr. 3'514.-- angepasst an die durchschnittliche Wochenarbeitszeit von 42,1 Stunden) und das zumutbare Erwerbseinkommen in Verweistätigkeiten mit Invalidität seit November/Dezember 2006 von Fr. 2'219.09. Dabei wurde von einem 60% Pensum ausgegangen und zur Berechnung zu Gunsten des Beschwerdeführers auf den Lohn von Fr. 3'698.49 in seiner früheren Tätigkeit abgestellt, da in dieser der Lohn geringer war, als in den für Verweistätigkeiten in Frage kommenden einfachen und repetitiven Tätigkeiten, Anforderungsniveau 4, mit einem möglichen Verdienst von Fr. 4'181.-- bis 4'672.--. Ein leidensbedingter Abzug wurde dem Beschwerdeführer zufolge seines geringen Alters nicht gewährt. Der von der IV-Stelle durchgeführte Einkommensvergleich ist somit nicht zu beanstanden.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass seit 3. November 2006 nur noch ein Invaliditätsgrad von 40% vorliegt, weshalb der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine Invalidenrente mehr hat.

6.

6.1 Nach Art. 88a Abs. 1 IVV ist die anspruchsbeeinflussende Änderung vom Zeitpunkt an zu berücksichtigen, in dem angenommen werden kann, dass sie voraussichtlich längere Zeit dauern wird. Sie ist in jedem Fall zu berücksichtigen, nachdem sie ohne wesentlichen Unterbruch drei Monate gedauert hat und voraussichtlich weiterhin andauern wird (Art. 88 Abs. 1 Satz 2 IVV). Gemäss Art. 88^{bis} Abs. 2 lit. a IVV erfolgt die Herabsetzung einer Rente in jedem Fall frühestens vom ersten Tag des zweiten Monats an, welcher der Zustellung der Herabsetzungsverfügung folgt.

6.2 Aufgrund der Akten ist davon auszugehen, dass sich der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers im November 2006 verbessert hat und er die Verfügung vom 27. November 2007 zwischen dem 4. und dem 27. Dezember 2007 (Datum der Beschwerde) erhalten hat, da jene gemäss den Akten (vgl. act. 428) am 3. Dezember 2007 versandt worden ist. Die anspruchsbeeinflussende Änderung dauerte im Zeitpunkt der Verfügung somit bereits seit (mindestens) einem Jahr. Die Rente ist in Anwendung von Art. 88^{bis} Abs. 2 IVV vom ersten Tag des zweiten der Zustellung der Verfügung folgenden

Monats an, in casu somit per 1. Februar 2008, aufzuheben. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist dabei nämlich auf die Zustellung der Revisionsverfügung vom 28. November 2007 und nicht der ersten, mit rechtskräftigem Rückweisungsentscheid der Rekurskommission vom 21. April 2006 aufgehobenen Revisionsverfügung vom 6. Mai 2004 abzustellen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 14. Juli 2009 [9C_149/2009] E. 4.4, publiziert in SVR 2009 IV Nr. 57). Da die IV-Stelle die Rente rückwirkend per 1. Juli 2004 anstatt per 1. Februar 2008 aufgehoben hat, ist die Beschwerde somit teilweise gutzuheissen. Die Verfügung vom 27. November 2007 ist insofern aufzuheben, als sie die Rente bereits per 1. Juli 2004 aufhebt; die Rente ist dem Beschwerdeführer bis und mit 31. Januar 2008 auszurichten.

7.

7.1 Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem teilweise obsiegenden Beschwerdeführer nur anteilmässig Kosten aufzuerlegen. Diese werden vorliegend auf Fr. 200.-- festgelegt. Einer (teilweise) unterliegenden Vorinstanz sind gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

Der vom Beschwerdeführer geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 400.-- ist mit den reduzierten Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 200.-- zu verrechnen und der Rest ist ihm nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils auf ein von ihm bekannt zu gebendes Konto zurückzuerstatten.

7.2 Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE). Der Beschwerdeführer ist vorliegend anwaltlich vertreten. Ihm ist daher unter Berücksichtigung des Prozessausganges eine reduzierte Parteientschädigung für die ihm entstandenen notwendigen Kosten zuzusprechen. Da keine Kostennote eingereicht wurde, ist die Parteientschädigung auf-

grund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 300.- erscheint angemessen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die Verfügung vom 27. November 2007 wird insoweit aufgehoben, als sie den Rentenanspruch des Beschwerdeführers ab 1. Juli 2004 verneint. Dem Beschwerdeführer ist bis und mit 31. Januar 2008 eine ganze Invalidenrente auszurichten.

2.

Die reduzierten Verfahrenskosten von Fr. 200.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 400.- verrechnet. Der Restbetrag wird ihm nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Dem Beschwerdeführer wird zu Lasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 300.-- zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular Zahladresse)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ...)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

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 ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: