



---

Abteilung III  
C-2575/2006  
{T 0/2}

## **Urteil vom 16. März 2007**

Mitwirkung:       Eduard Achermann, vorsitzender Richter,  
                      Elena Avenati, Richterin,  
                      Franziska Schneider, Richterin,  
                      Gerichtsschreiber Wilhelm-Ulrich Schodde.

K.\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt X,

**gegen**

**Eidgenössische Invalidenversicherung (IV) IV-Stelle für Versicherte im  
Ausland, 1211 Genf 2, Beschwerdegegnerin,**

betreffend  
**Invalidenrente.**

### Sachverhalt:

- A. Der am 23. August 1958 geborene, verheiratete, aus dem Kosovo stammende K\_\_\_\_\_, der in den Jahren 1988 bis 1995 mit Unterbrüchen in der Schweiz gearbeitet und obligatorische Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV) entrichtet hatte (vgl. Kassenakten), meldete sich am 15. Oktober 1996 bei der Ausgleichskasse St. Gallen zum Bezug von Leistungen aus der schweizerischen Invalidenversicherung an; hierbei gab er unter anderem an, dass er am 24. September 1995 bei einem Verkehrsunfall Kopf- und Kieferverletzungen erlitten habe (act. 1). Die mit der Prüfung des Leistungsgesuchs befasste Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen zog im Wesentlichen nachstehende Unterlagen zu den Akten:
- den nach dem Spitalaufenthalt in der Zeit vom 24. bis zum 27. September 1995 erstellten Austrittsbericht des Spitals Uznach, wonach der Geschwister an Comotio cerebri mit Verdacht auf postcommotionelle Akkommodationsstörung, RQW parietal rechts sowie Augenbraue links, Unterlidkante links und Halswirbelsäulen Flexions- und Hyperextensionstrauma litt (act. 5);
  - den am 8. Dezember 1995 vom Facharzt für orthopädische Chirurgie bei der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA), Dr. med. F. Schönenberger, erstellten Untersuchungsbericht, wonach der Geschwister an postcommotionellen Beschwerden, Cervicalgie und Verdacht auf psychische Verarbeitungsstörungen leide und bei dem ganzen Beschwerdebild eine möglichst baldige Integrierung am Arbeitsplatz nötig sei, um ein anscheinend zunehmendes psychisches Abgleiten möglichst zu verhindern; im Ergänzungsbericht vom 15. Dezember 1995 hielt der SUVA-Arzt fest, dass der Geschwister ab dem 1. Januar 1996 zu 50% und ab dem 15. Januar 1996 wieder zu 100% arbeitsfähig sei, und dass das Funktions-MRI vom 14. Dezember 1995 völlig regelrechte Befunde der Halswirbelsäule ohne irgendwelche Hinweise auf Discushernien, Instabilitäten oder funktionelle Einengungen des Wirbelkanals ergeben hätte (act. 8, 9, 11);
  - den am 28. Oktober 1996 von Dr. med. E. Kaufmann erstellten Bericht, wonach der Geschwister ab dem 24. September 1996 bis auf weiteres in seinem bisherigen Beruf arbeitsunfähig ist (act. 18);
  - den am 13. Januar 1997 von der Firma Oberholzer AG, Goldingen, ausgefüllten Fragebogen für den Arbeitgeber, wonach der Geschwister dort vom 8. August 1988 bis zum 14. Januar 1996 mit einem befristeten Arbeitsvertrag als Bauarbeiter angestellt war; sein letzter Arbeitstag sei der 30. Oktober 1995 gewesen. Als letzter Jahreslohn wurde bei einer Arbeitszeit von 41 Wochenstunden der Betrag von Fr. 26'501.60 für das Jahr 1995 (10 Arbeitsmonate, 2 Krankheitsmonate) und für das Jahr 1994 ein solcher von Fr. 43'271.75 (9 Arbeitsmonate) angegeben (act. 20);
  - den am 18. Dezember 1997 von den Dres. med. R. Marelli und J.C. Roches, Zentrum für Medizinische Begutachtung (ZMB), Basel, erstellten

ausführlichen Untersuchungsbericht, wonach beim Gesuchsteller keine invalidisierenden Unfallfolgen objektiviert werden konnten; es bestünden auch keine anderen gesundheitlichen Affektionen, die ihn in seiner bisherigen Tätigkeit beeinträchtigen würden, somit sei er sowohl als Bauarbeiter als auch in jeglicher anderen für ihn in Frage kommenden Tätigkeit vollständig arbeitsfähig; lediglich bei optisch qualifizierten Arbeiten müsse er eine Brille tragen (act. 32).

- B. Mit Vorbescheid vom 29. Januar 1998 teilte die Sozialversicherungsanstalt St. Gallen dem Gesuchsteller mit, dass sein Leistungsbegehren mangels Vorlage einer rentenbegründenden Invalidität abgewiesen werden müsse; sowohl als Bauarbeiter als auch in jeglicher anderen für ihn in Frage kommenden Tätigkeit sei er vollständig arbeitsfähig (act. 35). Mit Verfügung vom 26. März 1998 wies die Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen das Leistungsbegehren mit gleicher Begründung wie im Vorbescheid ab (act. 42). Gegen die Verfügung liess der Gesuchsteller Beschwerde beim Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen erheben und die Zusprechung einer Invalidenrente beantragen mit der wesentlichen Begründung, dass er immer noch unter Kopfschmerzen, Schwindel, Lichtempfindlichkeit, Mühe beim Lesen, zeitweiligen Doppelbildern, Schmerzen occipital sowie beim Öffnen des Mundes, Bewegungseinschränkungen der Halswirbelsäule und Parästhesien rechts zervikal leide. Weiter liess er angeben, dass bei der Untersuchung durch das ZMB nicht für alle Untersuchungen eine Dolmetscherin beigezogen und dadurch sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei. Abschliessend liess er vorbringen, dass nicht alle Untersuchungsberichte berücksichtigt worden seien (act. 48). Mit Entscheid vom 31. Oktober 2000 hiess das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen die Beschwerde von K\_\_\_\_\_ teilweise gut und hob die angefochtene Verfügung auf. Die Vorinstanz wurde zu weiteren Abklärungen des Sachverhalts für die Zeit unmittelbar nach der Untersuchung im ZMB bis März 1998 aufgefordert; gemäss Bericht von Dr. med. E. Kaufmann vom 24. August 2000 sei bereits für den 18. Dezember 1997 von Dr. Marelli eine namhafte psychische Einschränkung dokumentiert, aber vom ZMB-Gutachten nicht mitberücksichtigt worden (act. 63).

Im Rahmen eines parallel laufenden Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahrens i. S. P. K. gegen die SUVA und das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen hiess das Eidgenössische Versicherungsgericht in einem Urteil vom 21. Januar 2000 die Verwaltungsgerichtsbeschwerde von K\_\_\_\_\_ teilweise gut und wies die Sache an die SUVA zurück, damit diese vom Hausarzt nähere Auskünfte hinsichtlich des allfälligen Anteils des psychischen Leidens am Gesundheitsschaden sowie des Ausmasses der allfälligen Arbeitsunfähigkeit einhole (act. 54). Im Untersuchungsbericht von Dr. med. Bruno Müller-Werth bestätigt der Facharzt für Rheumatologie am 5. Februar 2003, dass er den Gesuchsteller aus rein rheumatologischer Sicht für die zuletzt ausgeübte Tätigkeit als Bauhilfsarbeiter und für jede körperliche Schwerarbeit sowie auch für Arbeiten mit gehäufte Überkopftätigkeit zu 100% arbeitsunfähig einstufte; aufgrund des klinischen und radiologischen Befundes im Bereich des Be-

wegungsapparates wurde eine 70%-ige Arbeitsfähigkeit für eine körperlich mittelschwere und eine 100%-ige Arbeitsfähigkeit für eine körperlich leichte, möglichst wechselbelastende Tätigkeit mit der Einschränkung von Überkopftätigkeiten als zumutbar erachtet (act. 95). Der Psychiater Dr. med. Otto Brun hielt in seinem Bericht vom 5. Februar 2003 fest, dass er den Gesuchsteller für jegliche in Frage kommenden beruflichen Tätigkeiten als zu 40% arbeitsunfähig einstufte (act. 96). Im ausführlichen MEDAS-Gutachten vom 31. März 2003 wurde nach einer Untersuchung des Gesuchstellers vom 27. bis zum 29. Januar 2003 von den Dres. med. F. Arnold und H. Frick für die angestammte Tätigkeit als Bauarbeiter eine 0%-ige Arbeitsfähigkeit ab dem 20. Februar 2003 festgestellt, wobei die rheumatologischen mehr als die psychopathologischen Befunde limitierend seien. Für eine körperlich leichte bis mittelschwere Tätigkeit ohne Überkopfarbeiten wurde die Arbeitsfähigkeit auf 60% der Norm angesetzt, wobei die psychopathologischen mehr als die rheumatologischen Befunde limitierend seien; die Prognose wurde als ungewiss bezeichnet (act. 97). In seiner Stellungnahme vom 18. Oktober 2003 hielt der IV-Stellenarzt Dr. med. B. Marti-Leget dafür, dass der Gesuchsteller ab dem 24. September 1995 in seiner angestammten Tätigkeit als Bauarbeiter zu 80% und in leichteren Verweisungstätigkeiten (Magaziner, Hauswart) ab dem 15. Januar 1996 zu 40% arbeitsunfähig sei (act. 106, 107). Im darauf vom Experten für wirtschaftliche Invaliditätsbemessung, D. Michel, am 11. Dezember 2003 durchgeführten Einkommensvergleich ging dieser von einem Validenlohn gemäss Angaben des Arbeitgebers über den zuletzt bezogenen Lohn von Fr. 4'951.14 (indexiert auf das Jahr 2002) aus und stellte diesem den Invalidenlohn von durchschnittlich Fr. 4'186.50 gegenüber, welcher den Lohnstrukturtabellen des BFS für die vom IV-Stellen-Arzt genannten Verweisungstätigkeiten entnommen wurde. Zusätzlich wurde aufgrund des Alters des Gesuchstellers und der Tatsache, dass er aufgrund seiner Leiden nur noch leichtere Tätigkeiten zu reduzierten Arbeitszeiten ausführen kann, ein zusätzlicher Abzug von 10% vorgenommen, was bei einer 60%-igen Arbeitsfähigkeit zu einem Invalidenlohn von Fr. 2'260.71 und somit zu einer Erwerbseinbusse bzw. einem Invaliditätsgrad von 54.34% führte (act. 111). Die IV-Stelle für Versicherte im Ausland (IV-Stelle) in Genf sprach K\_\_\_\_\_ mit Verfügungen vom 14. Mai 2004 rückwirkend ab dem 1. Januar 2001 eine ordentliche halbe Invalidenrente von monatlich Fr. 300.-- (Fr. 307.-- ab dem 1. Januar 2003) sowie eine Zusatzrente für die Ehefrau und Kinderrenten zu. Der Rentenberechnung legte die IV-Stelle eine Beitragsdauer von 6 Jahren und 11 Monaten, die Rentenskala 16 und ein massgebendes durchschnittliches Jahreseinkommen von Fr. 44'310.-- zugrunde (act. 112-118).

- C. Mit Schreiben vom 17. Juni 2004 liess K\_\_\_\_\_ Einsprache gegen die Verfügungen der IV-Stelle vom 14. Mai 2004 erheben und die Zuspriechung der Invalidenrente bereits ab dem 1. September 1996 sowie die Heraussetzung des Invaliditätsgrades beantragen. Als Begründung liess er

anführen, dass die angefochtenen Verfügungen ergangen seien, ohne dass ihm vorgängig das rechtliche Gehör eingeräumt worden sei; ein Akteneinsichtsgesuch vom 18. Mai 2004 sei nicht beantwortet worden. Weiter liess er vorbringen, dass das MEDAS-Gutachten vom 31. März 2003 auf einem unvollständigen Fragenkatalog beruhe, denn dieses beantworte keine einzige der von der SUVA gestellten Fragen; zudem beruhe das Gutachten auf keiner polydisziplinären Abklärung. Weiter liess der Versicherte beanstanden, dass der leidensbedingte Abzug vom Invalidenlohn von nur 10% nicht genügend hoch und auf 25% heraufzusetzen sei. Die Minderentlohnung von Teilzeitbeschäftigten sowie ausländischen Arbeitnehmern sei nicht berücksichtigt worden. Der Invaliditätsgrad solle dann auf 60% erhöht werden, wenn die Arbeitsunfähigkeit in den Verweisungstätigkeiten tatsächlich nur 40% betrage. Abschliessend liess der Versicherte anführen, dass er sich bei Eintritt der Invalidität am 24. September 1996 immer noch in der Schweiz aufgehalten habe, so dass ihm ab diesem Datum die Leistung zuzusprechen sei (act. 133). Im Bericht des Facharztes für Psychiatrie und Psychotherapie Dr. med. Rudolf Schöbi vom 29. März 2004 hielt dieser fest, dass das MEDAS-Gutachten insoweit nachvollziehbar sei, dass der Versicherte eine 40%-ige Arbeitsunfähigkeit aufweise (act. 136). Im Untersuchungsbericht des Facharztes für Rheumatologie, Dr. med. Bruno Müller-Werth, vom 14. Dezember 2004 wurde festgehalten, dass die Arbeitsfähigkeit im Beruf des ungelernten Bauarbeiters aufgrund der Befunde am Bewegungsapparat rein unfallbedingt zu maximal 20% eingeschränkt sei. Bezüglich einer körperlich schweren Tätigkeit bestehe eine 0%-ige Arbeitsfähigkeit und für eine körperlich mittelschwere Tätigkeit mit der Einschränkung von Überkopftätigkeiten wurde der Versicherte von Seiten des Bewegungsapparates her zu 70% arbeitsfähig und für körperlich leichte, möglichst wechselbelastende Tätigkeiten wiederum mit der Einschränkung von Arbeiten an bzw. über der Schulterhorizontalen zu 100% arbeitsfähig eingestuft. Der unfallbedingte Anteil an diesen Prozentsätzen wurde mit 1/5 angegeben (act. 142). In seiner Stellungnahme vom 10. Februar 2005 hielt der IV-Stellen-Arzt, Dr. med. W. Luethi, fest, dass für ihn die von der MEDAS vorgeschlagene Arbeitsunfähigkeit von 40% nachvollziehbar sei (act. 145). Der IV-Stellen-Arzt Dr. med. Hans Marty hielt daraufhin in seiner Stellungnahme vom 26. Februar 2005 fest, dass der Versicherte eine dauernde 100%-ige Arbeitsunfähigkeit in seiner Tätigkeit als Bauarbeiter ab dem 24. September 1995 aufweise, und dass er für körperlich leichte und psychisch unbelastende Verweisungstätigkeiten eine Arbeitsunfähigkeit von 100% in der Zeit vom 24. September bis 31. Dezember 1995, von 50% vom 1. bis zum 14. Januar 1996, von 0% vom 15. Januar 1996 bis 13. Juli 2000 und von 40% ab dem 14. Juli 2000 annehme (act. 147). Mit Schreiben vom 7. März 2005 teilte die IV-Stelle dem Versicherten mit, dass aufgrund der veränderten Feststellungen in Bezug auf den Zeitpunkt des Eintritts des Versicherungsfalles (erst im Juli 2000) und die anrechenbare Beitragsdauer (die Jahre 1990 bis 1994 waren zu Unrecht trotz seines Status als Saisonnier als volle Beitragsjahre angerechnet worden) die Rentenberechnung und die Höhe der Rente zu seinen Ungunsten abzuändern seien

und gab ihm Gelegenheit, die Einsprache zurückzuziehen (act. 148). Mit Schreiben vom 22. April 2005 liess K\_\_\_\_\_ an seiner Einsprache vollumfänglich festhalten (act. 149). Mit Einspracheverfügungen vom 22./23. August 2005 ersetzte die IV-Stelle die Verfügungen vom 14. Mai 2004 und sprach dem Versicherten eine halbe ordentliche Invalidenrente von monatlich Fr. 258.-- (Fr. 264.-- ab dem 1. Januar 2003; Fr. 269.-- ab dem 1. Januar 2005) sowie die Zusatzrente für die Ehefrau und die Kinderrenten rückwirkend ab dem 1. Januar 2001 zu. Der Rentenberechnung legte die IV-Stelle nunmehr eine Beitragsdauer von 5 Jahren und 8 Monaten, die Rentenskala 11 und ein massgebendes durchschnittliches Jahreseinkommen von Fr. 82'560.-- zugrunde (act. 152, 153). Die IV-Stelle erläuterte ihre neuen Verfügungen und gab an, dass die anrechenbare Beitragsdauer auf 5 Jahre und 8 Monate (von vorher 6 Jahren und 11 Monaten) reduziert werden musste, da der Versicherte als Saisonnier in der Schweiz tätig gewesen sei, so dass nicht volle Beitragsjahre für die Jahre 1990 bis 1994 angerechnet werden konnten. Unter Berücksichtigung des Eintritts des Versicherungsfalles im Jahre 2000 bestehe auch kein Anspruch mehr auf eine Zusatzrente für die Ehefrau, da die in der damals gültigen Fassung von Art. 34 IVG geforderten Anspruchsvoraussetzungen auf Seiten der Ehefrau nicht erfüllt gewesen seien; auch sei es zu einer Herabsetzung der Rentenskala auf 11 (vorher Rentenskala 16) gekommen. Abschliessend führte die IV-Stelle an, dass sie die Einsprache abweise, die Verfügungen vom 14. Mai 2004 aufhebe und durch diejenigen vom 22. August 2005 ersetze (act. 154).

- D. Gegen den Einspracheentscheid der IV-Stelle vom 23. August 2005 liess K\_\_\_\_\_ fristgerecht Beschwerde bei der Eidgenössischen AHV/IV-Rekurskommission für die im Ausland wohnenden Personen (nachfolgend: Rekurskommission) erheben und die Aufhebung des Einspracheentscheides und die Zusprechung einer Invalidenrente ab dem 1. September 1996 unter Berücksichtigung eines Invaliditätsgrades von mindestens 60% beantragen. Als Begründung liess er wiederum, wie schon bei der Einsprache, unter anderem beanstanden, dass sein Anspruch auf rechtliches Gehör im Verfahren mehrfach verletzt worden sei. So hätten nicht er, sondern zuerst der Haftpflichtversicherer Kenntnis vom MEDAS-Gutachten erhalten; auch seien die Verfügungen vom 14. Mai 2004 ergangen, ohne dass ihm zuvor das rechtliche Gehör gewährt worden sei; das Akteneinsichtsgesuch vom 18. Mai 2004 sei nicht beantwortet worden. Abschliessend liess er im Wesentlichen die gleichen Beanstandungen wie in der Einsprache vorbringen, insbesondere die seiner Meinung nach unvollständige MEDAS-Beurteilung. Hierbei liess er darauf hinweisen, dass das Gutachten von Dr. med. R. Schöbi unbrauchbar sei, da es auf einer somatischen Beurteilung beruhe. Auch sei ein Internist berufen worden, eine vermeintlich psychiatrische Streitfrage zu entscheiden. Weiter liess er anführen, dass die Beschwerdegegnerin den Internisten Dr. med. H. Marty auf die finanziellen Folgen der zu entscheidenden Frage hingewiesen habe, so dass dieser unrechtmässig in seiner Beurteilung beeinflusst worden und deshalb

als befangen abzulehnen sei.

- E. In ihrer Vernehmlassung vom 31. Oktober 2005 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde und verwies auf ihre ausführlichen Darlegungen im Einspracheverfahren.

Trotz Aufforderung zur Einreichung einer Replik durch die Kammerpräsidentin der Rekurskommission, hat sich der Beschwerdeführer in der Folge nicht mehr vernehmen lassen.

- F. Per 1. Januar 2007 ist das Beschwerdeverfahren vom Bundesverwaltungsgericht übernommen worden. Dieses hat dem Beschwerdeführer am 6. März 2007 die Zusammensetzung des Spruchkörpers bekannt gegeben und ihm Gelegenheit zur Geltendmachung von Ausstandsgründen geboten. Innert der gesetzten Frist sind keine Ausstandsbegehren gestellt worden.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

1.

- 1.1 Gemäss Art. 31 VGG in Verbindung mit Art. 33 lit. d VGG und Art. 85<sup>bis</sup> Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (AHVG, SR 831.10) bzw. Art. 69 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG, SR 831.20) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen der IV-Stelle für Versicherte im Ausland. Es liegt keine Ausnahme von Art. 32 VGG vor.
- 1.2 Das Bundesverwaltungsgericht übernimmt, sofern es zuständig ist, die Beurteilung der am 1. Januar 2007 bei den Eidgenössischen Rekurs- und Schiedskommissionen oder bei den Beschwerdediensten der Departemente hängigen Rechtsmittel. Die Beurteilung erfolgt nach neuem Verfahrensrecht (vgl. Art. 53 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht [VGG, SR 173.32]). Der Beschwerdeführer hat fristgerecht Beschwerde gegen die Einspracheverfügung der Beschwerdegegnerin vom 23. August 2005 bei der Eidg. Rekurskommission erhoben.
- 1.3 Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen; er ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Anfechtung (Art. 48 Abs. 1 lit. a, b und c des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Er ist zur Beschwerde legitimiert.
- 1.4 Da die Beschwerde im Übrigen formgerecht eingereicht wurde, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.
  - 2.1 Nach dem Zerfall der Föderativen Volksrepublik Jugoslawien blieben zunächst die Bestimmungen des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Föderativen Volksrepublik Jugoslawien über Sozialversicherung vom 8. Juni 1962 (SR 0.831.109.818.1) für alle Staatsangehörigen des ehemaligen Jugoslawiens anwendbar (BGE 126 V 203 Erw. 2b, 122 V 382 Erw. 1, 119 V 101 Erw. 3). In der Folge hat die Schweiz mit Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawiens (Kroatien, Slowenien, Mazedonien), nicht aber mit Serbien und Montenegro, neue Abkommen über Soziale Sicherheit abgeschlossen. Für den Versicherten als Bürger des Kosovo (seit dem 5. Juni 2006 Republik Serbien) 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. Bestimmungen, die hinsichtlich der Voraussetzungen des Anspruchs auf eine schweizerische Invalidenrente sowie der anwendbaren Verfahrensvorschriften von dem in Art. 2 des Abkommens aufgestellten Grundsatz der Gleichstellung abweichen, finden sich weder im Abkommen selbst noch in den seitherigen schweizerisch-jugoslawischen Vereinbarungen.
  - 2.2 Im Zeitpunkt des vorliegend relevanten Zeitpunkts des Eintritts des Versicherungsfalles (Juli 2000) galt gemäss Art. 8 lit. b des schweizerisch-jugoslawischen Sozialversicherungsabkommens als der heimatlichen Versicherung angehörend und damit als versichert nach damaliger ständiger Rechtsprechung des EVG derjenige jugoslawische oder serbische Staatsangehörige, der tatsächlich Beiträge an die heimatliche Versicherung leistete. Die Ausrichtung einer jugoslawischen Invalidenrente bewirkte nicht die Versicherteneigenschaft im Sinne von Art. 8 lit. b des Abkommens. Vorliegend galt der Beschwerdeführer im Zeitpunkt des Eintritts des Versicherungsfalles nicht als versichert, da er die Voraussetzungen nicht erfüllte.
  - 2.3 Art. 6 IVG in der seit dem 1. Januar 2001 gültigen Fassung enthält keine Versichertenklausel mehr, mit der Folge, dass Leistungen der Invalidenversicherung auch dann ausgerichtet werden können, wenn eine Person im Zeitpunkt des Eintritts des Versicherungsfalles weder nach Art. 1 IVG versichert war noch nach einem Sozialversicherungsabkommen als versichert galt. Der Leistungsanspruch entsteht diesfalls jedoch frühestens mit Inkrafttreten des neu gefassten Art. 6 IVG am 1. Januar 2001 (Abs. 4 Satz 2 der Übergangsbestimmungen der Änderung des IVG vom 23. Juni 2000).
  - 2.4 In formeller Hinsicht ist festzuhalten, dass am 1. Januar 2003 das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG, SR 830.1) sowie die entsprechende Verordnung vom 11. September 2002 (ATSV, SR 830.11) in Kraft getreten sind. Nach

der Rechtsprechung sind neue Verfahrensvorschriften grundsätzlich mit dem Tage des Inkrafttretens sofort und in vollem Umfange anwendbar, es sei denn, das neue Recht kenne anders lautende Übergangsbestimmungen (BGE 114 V 325 Erw. 3e; SVR 1995 MV Nr. 4 Erw. 2), was hier nicht der Fall ist. Das nach Erlass des Einspracheentscheides vom 23. August 2005 anwendbare Verfahren richtet sich daher nach den Bestimmungen des ATSG.

Für das Verfahren ebenso zu beachten sind auch die vor Erlass des Einspracheentscheides in Kraft getretenen Änderungen des IVG vom 31. März 2003 (4. IVG-Revision) und derjenigen vom 21. Mai 2003 der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV, SR 831.201; vgl. BGE 129 V 4 Erw. 1.2 mit Hinweisen).

- 2.5 Aufgrund der Beschwerdebegehren streitig (vgl. BGE 125 V 414 f. Erw. 1b) und daher im Folgenden zu prüfen ist, ob die Verwaltung dem Beschwerdeführer zu Recht ab dem 1. Januar 2001 (s. Ziff. 2.3) eine halbe Invalidenrente auf der Grundlage einer Invalidität von 54% und einer Beitragsdauer von 5 Jahren und 8 Monaten zugesprochen hat oder ob dem Beschwerdeführer entsprechend seinem Antrag eine Invalidenrente ab dem 1. September 1996 auf der Grundlage einer Invalidität von mindestens 60% zuzusprechen ist.
- 2.6 Bezüglich der vorliegend auf Grund von Art. 2 ATSG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 IVG zu berücksichtigenden ATSG-Normen zur Arbeitsunfähigkeit (Art. 6), Erwerbsunfähigkeit (Art. 7), Invalidität (Art. 8) und zur Bestimmung des Invaliditätsgrades (Art. 16) sowie anderer Dauerleistungen (Art. 17 ATSG) hat das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) erkannt (BGE 130 V 343), dass es sich bei den in Art. 3-13 ATSG enthaltenen Legaldefinitionen in aller Regel um eine formellgesetzliche Fassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den entsprechenden Begriffen vor Inkrafttreten des ATSG handelt und sich inhaltlich damit keine Änderung ergibt, weshalb die hiezu entwickelte Rechtsprechung übernommen und weitergeführt werden kann (vgl. BGE 130 V 343, Erw. 3.1, 3.2 und 3.3). Auch die Normierung des Art. 16 ATSG führt nicht zu einer Modifizierung der bisherigen Judikatur zur Invaliditätsbemessung bei erwerbstätigen Versicherten, welche weiterhin nach der allgemeinen Methode des Einkommensvergleichs vorzunehmen ist (zu Art. 28 Abs. 2 IVG [in der bis 31. Dezember 2002 in Kraft gestandenen Fassung]: BGE 128 V 30 Erw. 1, 104 V 136 f. Erw. 2a und b).
- 2.7 Ein Anspruch auf eine ganze Rente bestand gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG in der bis zum 31. Dezember 2003 gültig gewesenen Fassung, wenn die versicherte Person mindestens zu zwei Dritteln, derjenige auf eine halbe Rente, wenn sie mindestens zur Hälfte und derjenige auf eine Viertelsrente, wenn sie mindestens zu 40% invalid ist. Gemäss Abs. 1<sup>ter</sup> dieser Norm werden Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50% entsprechen, jedoch nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben.

Nach dem seit 1. Januar 2004 in Kraft stehenden Art. 28 Abs. 1 IVG hat

ein Versicherter Anspruch auf eine Viertelsrente bei einem Invaliditätsgrad von 40%, auf eine halbe Rente bei einem solchen von 50%, auf eine Dreiviertelsrente bei einem Grad der Invalidität von 60% und auf eine ganze Rente bei einem solchen von 70%.

Die hier in Frage stehenden Limiten für den Erhalt einer halben Rente, wurden ebenso wenig verändert wie jene für die Viertelsrente.

- 2.8 Für die Bestimmung des Invaliditätsgrades 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 (sog. Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (sog. Valideneinkommen; Art. 16 ATSG). Der Einkommensvergleich hat in der Regel in der Weise zu erfolgen, dass die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen ziffernmässig möglichst genau ermittelt und einander gegenübergestellt werden, worauf sich aus der Einkommensdifferenz der Invaliditätsgrad bestimmen lässt. Insoweit die fraglichen Erwerbseinkommen ziffernmässig nicht genau ermittelt werden können, sind sie nach Massgabe der im Einzelfall bekannten Umstände zu schätzen und die so gewonnenen Annäherungswerte miteinander zu vergleichen (allgemeine Methode des Einkommensvergleichs; BGE 128 V 30 Erw. 1, 104 V 136 Erw. 2a und b; ZAK 1990 S. 518 Erw. 2). Erwerbsunfähigkeit ist, vereinfacht ausgedrückt, die durch einen Gesundheitsschaden verursachte Unfähigkeit, durch zumutbare Arbeit Geld zu verdienen (ALFRED MAURER, Bundessozialversicherungsrecht, Basel 1993, S. 140).
- 2.9 Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung (und im Beschwerdeverfahren das Gericht) auf Unterlagen angewiesen, die der Arzt und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes ist es, den Gesundheitsschaden zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten der Versicherte arbeitsunfähig ist. Im Weiteren sind die ärztlichen Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen dem Versicherten noch zugemutet werden können. Es sind demnach nicht nur die Erwerbsmöglichkeiten im angestammten Beruf, sondern auch in zumutbaren Verweisungstätigkeiten zu prüfen. Bei der Bemessung der Invalidität ist auf die objektiven wirtschaftlichen Folgen der funktionellen Behinderung abzustellen, welche nicht zwingend mit dem vom Arzt festgelegten Grad der funktionellen Einschränkung übereinstimmen müssen (BGE 110 V 275 Erw. 4a [= ZAK 1985 S. 462 Erw. 4a]). Im Streitfall entscheidet der Richter (BGE 114 V 314 f. Erw. 3c, 115 V 133 f. Erw. 2 mit Hinweisen).
- 2.10 Zu bemerken bleibt, dass aufgrund des im gesamten Sozialversicherungsrechts geltenden Grundsatzes der Schadenminderungspflicht ein in seinem bisherigen Tätigkeitsbereich dauernd arbeitsunfähiger Versicherter gehalten ist, innert nützlicher Frist Arbeit in einem anderen Berufs- oder Erwerbszweig zu suchen und anzunehmen, soweit sie möglich und zumut-

bar erscheint (BGE 113 V 28 Erw. 4a, 111 V 239 Erw. 2a). Deshalb ist es am behandelnden Arzt bzw. am Vertrauensarzt einer IV-Stelle zu entscheiden, in welchem Ausmass ein Versicherter seine verbliebene Arbeitsfähigkeit bei zumutbarer Tätigkeit und zumutbarem Einsatz auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt verwerten kann. Diese so genannte Verweisungstätigkeit hat sich der Versicherte anrechnen zu lassen (leidensangepasste Verweisungstätigkeit; ZAK 1986 S. 204 f.).

- 2.11 Grundsätzlich ist auch zu prüfen, ob beim aufgrund statistischer Angaben festgesetzten Invalideneinkommen ein so genannt leidensbedingter Abzug vorzunehmen ist. Gemäss Rechtsprechung können persönliche und berufliche Merkmale des Versicherten wie Alter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Nationalität oder Aufenthaltskategorie sowie Beschäftigungsgrad Auswirkungen auf die Höhe des Lohnes haben (BGE 126 V 78 Erw. 5a/cc mit Hinweis). Ob und gegebenenfalls inwieweit ein behinderungsbedingter Abzug vorzunehmen ist, muss anhand der gesamten Umstände des konkreten Einzelfalles geprüft werden.

Der deswegen vorzunehmende behinderungsbedingte Abzug beträgt jedoch nicht generell und in jedem Fall 25 %; es ist vielmehr anhand der gesamten Umstände des konkreten Einzelfalles zu prüfen, ob und in welchem Masse das hypothetische Invalideneinkommen gekürzt werden kann (BGE 126 V 79 f. Erw. 5b). Dieser gesamthaft vorzunehmende Abzug stellt eine Schätzung dar. Bei deren Überprüfung setzt das Bundesverwaltungsgericht ihr Ermessen in der Regel nicht an die Stelle der Vorinstanz.

- 2.12 Der Begriff des ausgeglichenen Arbeitsmarkts ist ein theoretischer und abstrakter Begriff, welcher dazu dient, den Leistungsbereich der Invalidenversicherung von jenem der Arbeitslosenversicherung abzugrenzen. Der Begriff umschliesst einerseits ein bestimmtes Gleichgewicht zwischen dem Angebot von und der Nachfrage nach Stellen; andererseits bezeichnet er einen Arbeitsmarkt, der von seiner Struktur her einen Fächer verschiedenartiger Stellen offen hält. Nach diesen Gesichtspunkten bestimmt sich im Einzelfall, ob die invalide Person die Möglichkeit hat, ihre restliche Erwerbsfähigkeit zu verwerten und sie ein rentenausschliessendes Einkommen zu erzielen vermag oder nicht (BGE 110 V 276 Erw. 4b; ZAK 1991 S. 320 Erw. 3b). Daraus folgt, dass für die Invaliditätsbemessung nicht darauf abzustellen ist, ob eine invalide Person unter den konkreten Arbeitsmarktverhältnissen vermittelt werden kann, sondern einzig darauf, ob sie die ihr verbliebene Arbeitskraft noch wirtschaftlich nutzen könnte, wenn die verfügbaren Arbeitsplätze dem Angebot an Arbeitskräften entsprechen würden (AHI 1998 S. 291 Erw. 3b). Von einer Arbeitsgelegenheit im Sinne von Art. 16 ATSG kann aber dort nicht mehr gesprochen werden, wo die zumutbare Tätigkeit nur in so eingeschränkter Form möglich ist, dass sie der allgemeine Arbeitsmarkt praktisch nicht kennt oder dass sie nur unter nicht realistischem Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers möglich wäre (SVR 1996 IV Nr. 70 S. 204 Erw. 3c, ZAK 1989 S. 322 Erw. 4).

- 2.13 Die Beschwerdeinstanz darf – wie die verfügende Behörde – eine Tatsa-

che nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt ist (KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Bern 1984, S. 136). Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosser Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Der Richter und die Richterin haben vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die sie von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigen (BGE 126 V 360 Erw. 5b, 125 V 195 Erw. 2, je mit Hinweisen). Führen die von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen die Verwaltung oder das Gericht bei pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung, ein bestimmter Sachverhalt sei als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten und es könnten weitere Beweismassnahmen an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern, so ist auf die Abnahme weiterer Beweise zu verzichten (antizipierte Beweiswürdigung; KIESER, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, S. 212, Rz 450; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., S. 39, Rz. 111 und S. 117, Rz. 320; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., S. 274; vgl. auch BGE 122 II 469 Erw. 4a, 122 III 223 Erw. 3c, 120 Ib 229 Erw. 2b, 119 V 344 Erw. 3c mit Hinweis). In einem solchen Vorgehen liegt kein Verstoss gegen das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV (SVR 2001 IV Nr. 10 S. 28 Erw. 4b; zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangene, weiterhin geltende Rechtsprechung: BGE 124 V 94 Erw. 4b, 122 V 162 Erw. 1d mit Hinweis).

- 2.14 Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach hat das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet zum einen sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 195 Erw. 2, 122 V 158 Erw. 1a, je mit Hinweisen). Zum andern umfasst die behördliche und richterliche Abklärungspflicht nicht unbesehen alles, was von einer Partei behauptet oder verlangt wird. Vielmehr bezieht sie sich nur auf den im Rahmen des streitigen Rechtsverhältnisses (Streitgegenstand) rechtserheblichen Sachverhalt. Rechtserheblich sind alle Tatsachen, von deren Vorliegen es abhängt, ob über den streitigen Anspruch so oder anders zu entscheiden ist (GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, a.a.O., S. 43 und 273). In diesem Rahmen haben Verwaltungsbehörden und Sozialversicherungsgerichte zusätzliche Abklärungen stets vorzunehmen oder zu veranlassen, wenn hiezu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichender Anlass besteht (BGE 117 V 282 Erw. 4a mit Hinweis; Urteil I 520/99 vom 20. Juli 2000).
- 2.15 Das Bundesrecht schreibt nicht vor, wie die einzelnen Beweismittel zu würdigen sind. Für das gesamte Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Danach haben Versicherungsträger und Sozialversicherungsgerichte die Beweise frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Für das Beschwerdeverfahren bedeutet

dies, dass das Sozialversicherungsgericht alle Beweismittel, unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen, und danach zu entscheiden hat, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruchs 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. Hinsichtlich des Beweiswertes eines Arztberichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Darlegung der Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen der Expertinnen und Experten begründet sind. Bestehen Zweifel an der Zuverlässigkeit und Schlüssigkeit der ärztlichen Feststellungen, sind ergänzende Abklärungen vorzunehmen. Dabei hat das Sozialversicherungsgericht grundsätzlich die Wahl, ob es die Sache zur weiteren Beweiserhebung an die verfügbare Instanz zurückweisen oder die erforderlichen Instruktionen insbesondere durch Anordnung eines Gerichtsgutachtens selber vornehmen will (BGE 125 V 352 Erw. 3a mit Hinweisen; AHJ 2001 S. 113 Erw. 3a; RKUV 1999 Nr. U 332 S. 193 Erw. 2a/bb und 1998 Nr. U 313 S. 475 Erw. 2a).

### 3.

- 3.1 Den Akten ist zu entnehmen, dass K\_\_\_\_\_ von 1988 bis zu seinem Verkehrsunfall am 24. September 1995 mit Unterbrüchen in der Schweiz als Bauarbeiter gearbeitet hat. Nach dem Unfall wurde er vom 24. bis zum 27. September 1995 im Spital Uznach stationär behandelt, wo folgende Diagnosen gestellt wurden: Commotio cerebri mit Verdacht auf postcommotionelle Akkommodationsstörung, RQW parietal rechts sowie Augenbraue links, Unterlidkante links und Halswirbelsäulen Flexions- und Hyperextensionstrauma litt (vgl. act. 5). Der Beschwerdeführer leidet im Wesentlichen an chronifiziertem, therapierefraktärem, zervikozepalem und zervikobrachialem Syndrom rechts, Status nach Verkehrsunfall mit Commotio cerebri und Halswirbelsäulen-Distorsion am 24. September 1995, Schulterschmerz rechts mit Impingement-Symptomatik bei dringendem Verdacht auf Rotatorenmanschettenruptur sowie leichter bis höchstens mittelgradiger depressiver Episode mit somatischem Syndrom (vgl. act. 141). Bei diesen Leiden handelt es sich gemäss der konstanten Rechtsprechung des EVG um labile pathologische Geschehen. Ein Versicherungsfall kann demnach nur eingetreten sein, nachdem der Beschwerdeführer während mehr als eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch eine durchschnittliche Arbeitsunfähigkeit von 50% erlitten hat (Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG in Verbindung mit Art. 28 Abs. 1<sup>ter</sup> IVG). Hinsichtlich des Einflusses dieser Leiden auf die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers hielt der Facharzt für orthopädische Chirurgie bei der SUVA, Dr. med. F. Schönenberger, am 8. Dezember 1995 fest, dass der

Beschwerdeführer ab dem 1. Januar 1996 zu 50% und ab dem 15. Januar 1996 wieder zu 100% arbeitsfähig sei (vgl. act. 8, 9, 11). Am 28. Oktober 1996 führte Dr. med. E. Kaufmann an, dass der Beschwerdeführer ab dem 24. September 1996 bis auf weiteres in seinem bisherigen Beruf arbeitsunfähig sei (vgl. act. 18). Am 18. Dezember 1997 stellten die Dres. med. R. Marelli und J.C. Roches, ZMB, fest, dass keine invalidisierenden Unfallfolgen objektiviert werden konnten; es bestünden auch keine anderen gesundheitlichen Affektionen, die ihn in seiner bisherigen Tätigkeit beeinträchtigen würden, somit sei er sowohl als Bauarbeiter als auch in jeglicher anderen für ihn in Frage kommenden Tätigkeit vollständig arbeitsfähig; lediglich bei optisch qualifizierten Arbeiten müsse er eine Brille tragen (vgl. act. 32). Der Facharzt für Rheumatologie Dr. med. Bruno Müller-Werth bestätigte am 5. Februar 2003, dass er den Beschwerdeführer aus rein rheumatologischer Sicht für die zuletzt ausgeübte Tätigkeit als Bauhilfsarbeiter und für jede körperliche Schwerarbeit sowie auch für Arbeiten mit gehäufte Überkopftätigkeit zu 100% arbeitsunfähig einstuft; aufgrund des klinischen und radiologischen Befundes im Bereich des Bewegungsapparates wurde eine 70%-ige Arbeitsfähigkeit für eine körperlich mittelschwere und eine 100%-ige Arbeitsfähigkeit für eine körperlich leichte, möglichst wechselbelastende Tätigkeit mit der Einschränkung von Überkopftätigkeiten als zumutbar erachtet (vgl. act. 95). Der Psychiater Dr. med. Otto Brun hielt in seinem Bericht vom 5. Februar 2003 fest, dass er den Beschwerdeführer für jegliche in Frage kommenden beruflichen Tätigkeiten als zu 40% arbeitsunfähig einstuft (vgl. act. 96). Im ausführlichen MEDAS-Gutachten vom 31. März 2003 wurde von den Dres. med. F. Arnold und H. Frick für die angestammte Tätigkeit als Bauarbeiter eine 0%-ige Arbeitsfähigkeit ab dem 20. Februar 2003 festgestellt, für eine körperlich leichte bis mittelschwere Tätigkeit ohne Überkopfarbeiten wurde die Arbeitsfähigkeit auf 60% der Norm angesetzt (vgl. act. 97). In seiner Stellungnahme vom 18. Oktober 2003 hielt der IV-Stellenarzt Dr. med. B. Marti-Leget dafür, dass der Beschwerdeführer ab dem 24. September 1995 in seiner angestammten Tätigkeit als Bauarbeiter zu 80% und in leichteren Verweisungstätigkeiten (Magaziner, Hauswart) ab dem 15. Januar 1996 zu 40% arbeitsunfähig sei (vgl. act. 106, 107). Der Psychiater Dr. med. Rudolf Schöbi hielt am 29. März 2004 fest, dass das MEDAS-Gutachten insoweit nachvollziehbar sei, dass der Versicherte eine 40%-ige Arbeitsunfähigkeit aufweise (vgl. act. 136). Der Rheumatologe Dr. med. Bruno Müller-Werth kam am 14. Dezember 2004 zum Schluss, dass die Arbeitsfähigkeit im Beruf des ungelernten Bauarbeiters aufgrund der Befunde am Bewegungsapparat rein unfallbedingt zu maximal 20% eingeschränkt sei; bezüglich einer körperlich schweren Tätigkeit bestehe eine 0%-ige Arbeitsfähigkeit und für eine körperlich mittelschwere Tätigkeit mit der Einschränkung von Überkopftätigkeiten wurde der Versicherte von Seiten des Bewegungsapparates her zu 70% arbeitsfähig und für körperlich leichte, möglichst wechselbelastende Tätigkeiten wiederum mit der Einschränkung von Arbeiten an bzw. über der Schulterhorizontalen zu 100% arbeitsfähig eingestuft (vgl. act. 142). Auch der IV-Stellen-Arzt Dr. med. W. Luethi bestätigte am 10. Februar 2005, dass für ihn die von

der MEDAS vorgeschlagene Arbeitsunfähigkeit von 40% nachvollziehbar sei (vgl. act. 145). Der IV-Stellen-Arzt Dr. med. Hans Marty hielt daraufhin in seiner Stellungnahme vom 26. Februar 2005 fest, dass der Versicherte eine dauernde 100%-ige Arbeitsunfähigkeit in seiner Tätigkeit als Bauarbeiter ab dem 24. September 1995 aufweise, und dass er für körperlich leichte und psychisch unbelastende Verweisungstätigkeiten eine Arbeitsunfähigkeit von 100% in der Zeit vom 24. September bis 31. Dezember 1995, von 50% vom 1. bis zum 14. Januar 1996, von 0% vom 15. Januar 1996 bis 13. Juli 2000 und von 40% ab dem 14. Juli 2000 annehme (vgl. act. 147). Die IV-Stelle ging in der Folge davon aus, dass der Versicherungsfall erst im Juli 2000 eingetreten sei (vgl. act. 148).

- 3.2 Das Bundesverwaltungsgericht kommt aufgrund der ins Recht gelegten Unterlagen zur Auffassung, dass der Beschwerdeführer seit dem 24. September 1995 eine Arbeitsunfähigkeit von 100% in seiner angestammten Tätigkeit als Bauarbeiter aufwies und in leichteren Verweisungstätigkeiten (vgl. Ziffer 2.10 dieses Urteils), wie zum Beispiel Magaziner oder Hauswart ab dem 15. Januar 1996 wieder zu 100% einsetzbar war.

Es folgt damit der Auffassung der Beschwerdegegnerin, welche von einem Anspruch des Beschwerdeführers auf eine halbe Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von 54.34% ab dem 1. September 1996 (wegen Wegfall der Versichertenklausel somit erst ab dem 1. Januar 2001) ausgeht (vgl. act. 112). Für das Bundesverwaltungsgericht beruhen die Beurteilungen auf der objektiven Auswertung der ins Recht gelegten medizinischen und wirtschaftlichen Unterlagen. Dies bestätigt auch die ausführliche MEDAS-Beurteilung vom 31. März 2003, wonach ab dem 20. Februar 2003 eine völlige Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf als Bauarbeiter hauptsächlich aufgrund der rheumatologischen und weniger aufgrund der psychopathologischen Befunde eingetreten sei, aber für leichte bis mittelschwere Tätigkeiten ohne Überkopfarbeiten eine Arbeitsfähigkeit von 60% zumutbar sei, hierbei aber hauptsächlich die psychopathologischen Befunde als limitierend angesehen wurden (vgl. act. 97).

- 3.3 Auch der in der Folge durchgeführte Einkommensvergleich ist nicht zu beanstanden, wobei ein leidensbedingter Abzug von zusätzlichen 10% vom Invalidenlohn aufgrund der Sachlage als angemessen erachtet werden kann. Hierbei ist auch zu erwähnen, dass selbst bei einer Verdoppelung des leidensbedingten Abzugs noch kein Invaliditätsgrad von 60% erreicht werden könnte, welcher zu einer Erhöhung der Rentenleistung führen könnte. Dieser leidensbedingte Abzug von 10% berücksichtigt nach Meinung des Bundesverwaltungsgerichts die Erwerbseinbusse, welcher der Beschwerdeführer durch den Wechsel von einer Tätigkeit als Bauhilfsarbeiter zu einer leichteren Verweisungstätigkeit als Magaziner (oder ähnliche Tätigkeiten) in Kauf nehmen müsste.

Bezüglich der Leistungsberechnung ist anzufügen, dass die Beitragsdauer für den Beschwerdeführer aufgrund seines Status als Saisonier nicht jeweils für ganze Jahre angerechnet werden konnte, sondern nur für genau diejenigen Monate, für welche er Beiträge bezahlt hat. In diesem Zusam-

menhang sei darauf hingewiesen, dass gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a und b AHVG Personen als versichert gelten, die in der Schweiz Wohnsitz haben oder in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben. Die Annahme eines schweizerischen Wohnsitzes fällt vorliegend bei Aufenthaltsbewilligungen für Saisoniers (Bewilligungen A und L) ausser Betracht. Somit ist die Rentenberechnung auf der Grundlage einer Beitragsdauer von 5 Jahren und 8 Monaten und die Anwendung der Rentenskala 11 nicht zu beanstanden.

- 3.4 Weiter lässt der Beschwerdeführer beanstanden, dass sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei. So liess er anführen, dass zuerst seine Unfallversicherung Kenntnis von den MEDAS-Gutachten erhalten habe, bevor er selbst Einsicht nehmen könne; erst zufällig danach seien ihm die Akten unterbreitet worden. Weiter liess er vorbringen, dass die Verfügungen vom 14. Mai 2004 ergangen seien, ohne dass ihm das rechtliche Gehör gewährt worden sei; auch ein Akteneinsichtsgesuch vom 18. Mai 2004 sei nicht beantwortet worden.

Art. 29 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) legt den Grundsatz fest, dass die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör haben; Art. 30 Abs. 1 VwVG schreibt vor, dass diese vor Erlass einer Verfügung grundsätzlich anzuhören sind. Hinsichtlich der Art der Anhörung führt Art. 73<sup>bis</sup> Abs. 1 IVV aus, dass, bevor die IV-Stelle über die Ablehnung eines Leistungsbegehrens oder über den Entzug oder die Herabsetzung einer bisherigen Leistung beschliesst, sie dem Versicherten oder seinem Vertreter Gelegenheit zu geben hat, sich mündlich oder schriftlich zur geplanten Erledigung zu äussern und die Akten seines Falles einzusehen.

Nach der Rechtsprechung des EVG sind alle diese Normen zwingender Natur und von der IV-Stelle als Bundesverwaltungsbehörde in allen Fällen anzuwenden (Art. 1 Abs. 1 VwVG), ungeachtet davon, ob der Versicherte in der Schweiz, im Grenzbereich oder im übrigen Ausland seinen Wohnsitz hat (BGE 116 V 28 ff und Urteile des EVG vom 6. April 1990 i.S. Eins., i.S. Egg., und i.S. Muff. mit zahlreichen Hinweisen). Das EVG hat zudem in Bestätigung der konstanten Rechtsprechung festgehalten, dass der Richter von Amtes wegen prüfen kann, ob eine Verletzung des rechtlichen Gehörsanspruchs vorliegt und zwar unabhängig davon, ob sich die von der Verfügung betroffene Partei auf eine solche Verletzung berufen hat oder nicht (BGE 116 V 28 ff und die erwähnten Urteile des EVG vom 6. April 1990). Sodann hat es bestätigt, dass das Recht angehört zu werden, formeller Natur ist, weshalb dessen Verletzung, ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst, zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung führt. Vorbehalten bleiben praxisgemäss Fälle, in denen die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht besonders schwer wiegt und dadurch geheilt wird, dass die Partei, deren rechtliches Gehör verletzt wurde, sich vor einer Instanz äussern kann, welche sowohl die Tat- als auch die Rechtsfragen uneingeschränkt überprüft (BGE 115 V 305 Erw. 2h mit Hinweisen). Die Heilung eines allfälligen Mangels soll aber die Ausnahme bleiben (BGE 116 V 32 Erw. 3).

- 3.5 Im vorliegenden Fall ist es rechtlich gesehen nicht von Bedeutung, dass die SUVA möglicherweise vor dem Beschwerdeführer selbst Einsicht in Unterlagen aus der MEDAS-Beurteilung bekommen haben könnte, da die Verfahren mit der SUVA in keinem direkten Zusammenhang mit dem vorliegenden Beschwerdeverfahren stehen. Weiterhin ist anzuführen, dass der Beschwerdeführer selbst zugibt, zu einem späteren Zeitpunkt Einblick in die Unterlagen bekommen zu haben, so dass eine eventuelle Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt wurde.

Dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers wurde ab dem 25. Juni 2004 Akteneinsicht gewährt (vgl. act. 123.1, 124, 125). Auch die Rüge, dass die Verfügungen vom 14. Mai 2004, welche durch die Einspracheverfügungen vom 22./23. August 2005 ersetzt wurden, ohne vorherige Gewährung des rechtlichen Gehörs ergangen seien, ist nicht als Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu betrachten, da dieser Anspruch durch das nachfolgende Einspracheverfahren bei der Beschwerdegegnerin als gewahrt anzusehen ist. Über ein angeblich durch die Beschwerdegegnerin verweigertes Akteneinsichtsrecht ist in den Akten nichts zu finden. Es kann davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer im Einspracheverfahren Kenntnis von allen relevanten Aktenstücken erhalten hat.

- 3.6 Auf Grund dieser Erwägungen ist der Entscheid der Beschwerdegegnerin vom 23. August 2005, mit dem sie die Einsprache von K\_\_\_\_\_ gegen die Rentenverfügungen vom 14. Mai 2004 abgewiesen hat, zu bestätigen. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.
- 3.7 Da es im vorliegenden Verfahren um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen geht, sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 69 IVG in Verbindung mit Art. 85<sup>bis</sup> Abs. 3 AHVG und Art. 63 Abs. 5 VwVG in Verbindung mit Art. 4b der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969 [Kostenverordnung, SR 172.041.0]) sowie in Verbindung mit den Übergangsbestimmungen zur Änderung des IVG vom 16. Dezember 2005 [AS 2006 2004])

Da der Beschwerdeführer unterliegt, ist ihm keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

#### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Dem Beschwerdeführer wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Dieses Urteil wird eröffnet:

- dem Vertreter des Beschwerdeführers
- der Vorinstanz (Ref. YU/574.58.354.156/501/BUS)
- dem Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV)

Der Instruktionsrichter:

Der Gerichtsschreiber:

Eduard Achermann

Wilhelm-Ulrich Schodde

**Rechtsmittelbelehrung**

Dieses Urteil kann innert dreissig Tagen seit Eröffnung (Zustellung der Urteilsbegründung) beim Bundesgericht, Sozialversicherungsrechtliche Abteilungen, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern angefochten werden (vgl. Art. 39 ff des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

Versand am: