

**Bundesverwaltungsgericht**  
**Tribunal administratif fédéral**  
**Tribunale amministrativo federale**  
**Tribunal administrativ federal**



---

Abteilung III  
C-2945/2006/wam  
{T 0/2}

**Urteil vom 8. August 2008**

---

Besetzung

Richter Stefan Mesmer (Vorsitz),  
Richter Francesco Parrino,  
Richterin Franziska Schneider,  
Gerichtsschreiber Marc Wälti.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Invalidenversicherung, Einspracheentscheid vom  
16. August 2006.

**Sachverhalt:****A.**

Der am \_\_\_\_\_1963 geborene, verheiratete und in Deutschland wohnhafte deutsche Staatsangehörige \_\_\_\_\_ (*im Folgenden: Beschwerdeführer*) arbeitete in den Jahren 1983 bis 1995 in der Schweiz im Gastgewerbe bzw. in der Hotellerie und leistete während dieser Zeit während insgesamt 13 Monaten Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV, vgl. act. 1 und act. 31).

**B.**

Am 20. April 1999 stellte der Beschwerdeführer bei der deutschen Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, G. \_\_\_\_\_ (*im Folgenden: Bundesversicherungsanstalt*), zuhanden der Eidgenössischen Invalidenversicherung, IV-Stelle für Versicherte im Ausland (*im Folgenden: IVSTA oder Vorinstanz*) ein Gesuch um Bezug von Leistungen der schweizerischen Invalidenversicherung (IV, vgl. act. 1, 2 und 26).

Mit in Rechtskraft erwachsener Verfügung vom 28. Juni 2001 (act. 26) wies die IVSTA dieses Leistungsgesuch des Beschwerdeführers ab; in Würdigung der Vorakten, darunter diverse Berichte und Gutachten in Deutschland praktizierender Ärzte aus den Jahren 1999 bis 2000 (act. 3 bis 26).

**C.**

Am 4. August 2004 stellte der Beschwerdeführer bei der Bundesversicherungsanstalt zuhanden der IVSTA (Posteingang bei IVSTA am 17. November 2004) erneut ein Gesuch um Bezug von Leistungen der schweizerischen Invalidenversicherung (act. 27 und 28).

Mit Verfügung vom 2. September 2005 wies die IVSTA das Leistungsbegehren vom 4. August 2004 ab, im Wesentlichen mit der Begründung, aus den Akten habe sich ergeben, dass weder eine bleibende Erwerbsunfähigkeit noch eine gemäss den anwendbaren Bestimmungen ausreichende durchschnittliche Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers während eines Jahres vorliege. Zwar sei ihm die letzte gewinnbringende Tätigkeit angesichts seines Gesundheitszustandes nicht mehr zuzumuten. Möglich und zumutbar sei hingegen in rentenausschliessender Weise die Ausübung einer leichteren, dem Gesundheitszustand besser angepassten gewinnbringenden Tätigkeit

wie zum Beispiel als Aufseher, Verkäufer im Detailhandel oder Telefonist. Somit seien die Voraussetzungen für die Gewährung einer Invalidenrente nicht erfüllt (act. 61).

#### **D.**

Gegen die Verfügung vom 2. September 2005 erhob der Beschwerdeführer am 29. September 2005 Einsprache. Sinngemäss beantragte er die Gewährung einer Invalidenrente und führte aus, nach Massgabe der zuhanden der Bundesversicherungsanstalt erstellten ärztlichen Berichte und Gutachten könne er pro Tag weniger als 3 Stunden arbeiten (act. 63).

Mit Entscheid vom 16. August 2006 wies die IVSTA die Einsprache ab und bestätigte die angefochtene Verfügung. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, gemäss Beurteilung ihres ärztlichen Dienstes bestehe beim Beschwerdeführer in der zuletzt ausgeübten Tätigkeit als Oberkellner und Restaurantleiter zwar eine Arbeitsunfähigkeit von 100%. In einer den Leiden besser angepassten gewinnbringenden Tätigkeit bestehe hingegen volle Arbeitsfähigkeit. Der Einkommensvergleich zwischen dem Validen- und dem Invalideneinkommen habe ergeben, dass der Beschwerdeführer bei Ausübung der erwähnten Tätigkeit eine Erwerbseinbusse von 19% erleiden würde, was keinen Rentenanspruch zu begründen vermöge. Ferner ergäben sich aus der Einsprache in medizinischer Hinsicht keine neuen Gesichtspunkte (act. 64).

#### **E.**

Am 2. September 2006 reichte der Beschwerdeführer bei der IVSTA eine Beschwerde ein (Posteingang am 20. September 2006), und beantragte sinngemäss, in Aufhebung des Einspracheentscheids vom 16. August 2006 sei ihm eine Invalidenrente zuzusprechen. Zur Begründung führte er aus, er sei auf Dauer nicht in der Lage, täglich mehr als 3 Stunden bzw. wöchentlich mehr als 15 Stunden zu arbeiten, und verwies auf die zuhanden der Bundesversicherungsanstalt erstellten ärztlichen Berichte und Gutachten. Zudem stellte er sich auf den Standpunkt, die Begründung des Einspracheentscheides sei daher "formell falsch und hinfällig".

Die Beschwerde wurde in der Folge zuständigshalber an die Eidgenössische Rekurskommission der Alters-, Hinterlassenen- und

Invalidenversicherung für die im Ausland wohnenden Personen (*im Folgenden*: REKO AHV/IV) weitergeleitet.

**F.**

In ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 14. November 2006 beantragte die IVSTA die Abweisung der Beschwerde vom 2. September 2006 sowie die Bestätigung des angefochtenen Einspracheentscheids. Zur Begründung verwies sie vollumfänglich auf die Stellungnahme ihres ärztlichen Dienstes vom 2. November 2006 (Dr. med. G.\_\_\_\_\_, vgl. act. 65 und 66).

**G.**

Innert der mit Verfügung vom 16. November 2006 gesetzten Frist reichte der Beschwerdeführer keine Replik ein.

**H.**

Am 1. Januar 2007 ging das vorliegende Beschwerdeverfahren auf das Bundesverwaltungsgericht über. Mit Verfügung vom 5. Februar 2007 wurde der Schriftenwechsel geschlossen und den Parteien die Zusammensetzung des Spruchkörpers mitgeteilt, am 16. Juni 2008 zudem eine Änderung in der Person des zuständigen Gerichtsschreibers. Innert der gesetzten Fristen gingen keine Ausstandsbegehren ein.

**I.**

Mit Verfügung vom 16. Juni 2008 forderte der Instruktionsrichter die IVSTA auf, den Bericht des Krankenhauses B.\_\_\_\_\_ vom 30. Oktober 2003 sowie das Gutachten von Dr. med. C.\_\_\_\_\_, vom 1. September 2004 nachzureichen.

**J.** Mit Schreiben vom 18. Juni 2008 führte die IVSTA aus, sie habe den vollständigen Bericht des Krankenhauses B.\_\_\_\_\_ vom 30. Oktober 2003 bei der deutschen Rentenversicherung angefordert und werde ihn nach Eingang übermitteln.

Betreffend das Gutachten vom 1. September 2004 hielt die IVSTA fest, die beurteilende Ärztin des regionalen ärztlichen Dienstes Rhone (*im Folgenden*: RAD) habe offenbar die Namen der Ärzte verwechselt. Das fragliche Gutachten sei nicht von Dr. med. C.\_\_\_\_\_ sondern von Dr. med. D.\_\_\_\_\_ verfasst worden. Der Bericht von Dr. med. C.\_\_\_\_\_ vom 24. August 2004 habe Dr. med. D.\_\_\_\_\_ anlässlich seiner

Begutachtung vorgelegen. Diese Unterlagen fänden sich in den Vorakten.

**K.**

Bis heute wurde der vollständige Bericht des Krankenhauses B.\_\_\_\_\_ vom 30. Oktober 2003 nicht eingereicht.

**L.**

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien sowie die eingereichten Akten wird, soweit für die Entscheidungsfindung wesentlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

Das Bundesverwaltungsgericht übernimmt, sofern es zuständig ist, die Beurteilung der am 1. Januar 2007 bei den Eidgenössischen Rekurs- oder Schiedskommissionen oder bei den Beschwerdediensten der Departemente hängigen Rechtsmittel (Art. 53 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2006 über das Bundesverwaltungsgericht [VGG, SR 173.32]).

**1.1** Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 und 34 VGG genannten Behörden. Zu diesen gehört auch die IVSTA, die mit Verfügungen über Rentengesuche befasst (Art. 33 Bst. d VGG; vgl. Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung [IVG, SR 831.20]).

**1.2** Der mit Beschwerde angefochtene Einspracheentscheid vom 16. August 2006 ist zweifelsohne als Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG zu qualifizieren. Da zudem keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde vom 2. September 2006 zuständig.

**1.3** Laut Art. 59 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) ist zur Beschwerdeführung vor dem Bundesverwaltungsgericht legitimiert,

wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist, und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. auch Art. 48 Abs. 1 VwVG). Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren als Partei teilgenommen. Er ist als Adressat durch die angefochtene Verfügung besonders berührt, und hat an ihrer Aufhebung bzw. Änderung ein schutzwürdiges Interesse.

**1.4** Aufgrund der Akten ist davon auszugehen, dass der angefochtene Einspracheentscheid dem Beschwerdeführer am 23. August 2006 eröffnet worden ist. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde vom 2. September 2006 ist daher einzutreten (Art. 60 ATSG; vgl. auch Art. 20 Abs. 1, Art. 21 Abs. 2, Art. 50 und Art. 52 VwVG).

## **2.**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich im Wesentlichen nach den Vorschriften des VGG, des VwVG (vgl. Art. 37 VGG) sowie des ATSG. Dabei finden nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln diejenigen Verfahrensvorschriften Anwendung, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2, vgl. auch Art. 53 Abs. 2 VGG).

**2.1** Der Beschwerdeführer kann 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 die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids rügen (Art. 49 VwVG).

**2.2** Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 212).

**2.3** Die Verwaltung als verfügende Instanz und – im Beschwerdefall – das Gericht dürfen eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind (MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Bern 1984, S. 136).

**2.3.1** Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blossе 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 353 E. 5b, BGE 125 V 193 E. 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 weitere Beweismassnahmen könnten an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern, so ist auf die Abnahme weiterer Beweise zu verzichten (antizipierte Beweiswürdigung; UELI KIESER, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, Zürich 1999, S. 212, Rz. 450; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 111 und 320; GYGI, a.a.O., S. 274; vgl. auch BGE 122 II 464 E. 4a, BGE 122 III 219 E. 3c, BGE 120 1b 224 E. 2b, BGE 119 V 335 E. 3c mit Hinweisen).

**2.3.2** Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach hat das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt. Zum einen findet er sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 193 E. 2, BGE 122 V 157 E. 1a, je mit Hinweisen); zum anderen 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 (vgl. GYGI, 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 ergebenden Anhaltspunkten hinreichender Anlass besteht (BGE 117 V 282 E. 4a mit Hinweis; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [*im Folgenden*: EVG] I 520/ 99 vom 20. Juli 2000).

**2.3.3** Das Bundesrecht schreibt nicht vor, wie die vorgelegten und erhobenen Beweismittel zu würdigen sind. Für das gesamte Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Danach haben Versicherungsträger und Sozialversicherungsgerichte die Beweise frei, d.h. ohne förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Für das Beschwerdeverfahren bedeutet dies, dass das Gericht 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. Ein erhöhter Beweiswert kann allerdings ärztlichen Gutachten zukommen, welche für die streitigen Belange umfassend sind, auf allseitigen Untersuchungen beruhen, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigen, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden und in der Darlegung der Zusammenhänge sowie der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtend sind, und in welchen die Schlussfolgerungen der Experten begründet werden (BGE 125 V 351 E. 3a, BGE 122 V 157 E. 1c mit Hinweisen; AHI-Praxis 2001 S. 113 E. 3a; RKUV 1999 Nr. U 332 S. 193 E. 2a/bb und RKUV 1998 Nr. U 313 S. 475 E. 2a). Der erhöhte Beweiswert umfasst nach Praxis des Bundesverwaltungsgerichts allerdings nur medizinische Fragen, zu deren Beantwortung Ärzte im Sozialversicherungsverfahren beigezogen werden – nicht aber weitere Fragen, zu deren Beantwortung sie als Laien nicht berufen sind (insb. wirtschaftliche Beurteilungen).

### **3.**

In materieller Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 130 V 329). Ein allfälliger Anspruch des Beschwerdeführers 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).

**3.1** Der Beschwerdeführer ist deutscher Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Deutschland, einem Mitglied der Europäischen Gemeinschaft, so dass vorliegend das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Freizügigkeitsabkommen, *im Folgenden*: FZA, SR 0.142.112.681) anwendbar ist (Art. 80a IVG in der Fassung gemäss Ziff. I 4 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 2001 betreffend die

Bestimmungen über die Personenfreizügigkeit im Abkommen zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der EFTA, in Kraft seit 1. Juni 2002). Das Freizügigkeitsabkommen setzt die verschiedenen bis dahin geltenden bilateralen Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft insoweit aus, als darin derselbe Sachbereich geregelt wird (Art. 20 FZA). Gemäss Art. 8 Bst. a FZA werden die Systeme der sozialen Sicherheit koordiniert, um insbesondere die Gleichbehandlung aller Mitglieder der Vertragsstaaten zu gewährleisten. Nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 (SR 0.831.109.268.1) haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates wie die Staatsangehörigen dieses Staates selbst, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen. Demnach richtet sich vorliegend der Anspruch des Beschwerdeführers auf Leistungen der Invalidenversicherung alleine nach dem schweizerischen Recht. Für die Beurteilung eines Rentensanspruchs sind daher – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – Feststellungen ausländischer Versicherungsträger, Krankenkassen, Behörden und Ärzte bezüglich Invaliditätsgrad und Anspruchsbeginn für die rechtsanwendenden Behörden in der Schweiz nicht verbindlich (BGE 130 V 253 E. 2.4, AHI-Praxis 1996, S. 179; vgl. auch ZAK 1989 S. 320 E.2). Vielmehr unterstehen auch aus dem Ausland stammende Beweismittel der freien Beweiswürdigung des Gerichtes (vgl. Urteil des EVG vom 11. Dezember 1981 i.S. D).

**3.2** Im vorliegenden Verfahren finden grundsätzlich jene schweizerischen Rechtsvorschriften Anwendung, die bei Erlass des Einspracheentscheids vom 16. August 2006 in Kraft standen; weiter aber auch solche Vorschriften, die zu jenem Zeitpunkt bereits ausser Kraft getreten waren, die aber für die Beurteilung eines allenfalls früher entstandenen Rentenanspruchs von Belang sind (für das IVG: ab dem 1. Juni 2002 in der Fassung vom 8. Oktober 1999 [AS 2002 701, sowie AS 2002 685]; ab dem 1. Januar 2003 in der Fassung vom 6. Oktober 2000 [AS 2002 3371 und 3453] und ab dem 1. Januar 2004 in der Fassung vom 21. März 2003 [AS 2003 3837; 4. IVG-Revision]).

Am 1. Januar 2003 sind das ATSG sowie die entsprechende Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV, SR 830.11) in Kraft getreten, welche

für die Beurteilung des vorliegend geltend gemachten Leistungsanspruchs in ihrer Fassung der 4. IVG-Revision (AS 2003 3853) anwendbar sind. Bezüglich der 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 zur Revision der Invalidenrente und anderer Dauerleistungen (Art. 17) hat das EVG (heute Schweizerisches Bundesgericht) erkannt, dass es sich bei den in Art. 3 bis Art. 13 ATSG enthaltenen Legaldefinitionen in aller Regel um eine formellgesetzliche Fassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den entsprechenden Begriffen vor Inkrafttreten des ATSG handelt. Inhaltlich haben sich in dieser Beziehung keine Änderungen ergeben, so dass die zu den erwähnten Begriffen entwickelte Rechtsprechung übernommen und weitergeführt werden kann (vgl. BGE 130 V 343 E. 3.1, 3.2 und 3.3).

Die Änderungen des IVG und des ATSG vom 6. Oktober 2006 sowie der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201) und der ATSV vom 28. September 2007 (5. IV-Revision, AS 2007 5129 bzw. AS 2007 5155, in Kraft seit 1. Januar 2008) sind im vorliegenden Verfahren nicht anwendbar, da der angefochtene Einspracheentscheid vor Inkrafttreten der entsprechenden Bestimmungen ergangen ist (vgl. auch UELI KIESER, ATSG-Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 4 zu Art. 82 [*im Folgenden: KIESER, ATSG*]).

**3.3** Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist der rechtserhebliche Sachverhalt im Beschwerdeverfahren vor dem Sozialversicherungsgericht nach den tatsächlichen Verhältnissen zur Zeit des Erlasses der angefochtenen Verfügung zu beurteilen (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweisen, vgl. auch THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage, Bern 2003, S. 489 Rz. 20). Vorliegend sind demnach die Verhältnisse bis zum 16. August 2006 (Datum des Einspracheentscheids) zu berücksichtigen. Allerdings können Tatsachen, die den Sachverhalt seither verändert haben, unter Umständen Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung sein (BGE 121 V 362 E. 1b mit Hinweisen).

#### **4.**

Anspruch auf eine Rente der schweizerischen Invalidenversicherung hat, wer invalid im Sinne des Gesetzes ist (Art. 8 ATSG), und beim

Eintritt der Invalidität während mindestens eines vollen Jahres Beiträge an die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV) geleistet hat (Art. 36 Abs. 1 IVG in der bis 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung [AS 2007 5140]). Diese Bedingungen müssen kumulativ gegeben sein.

Der Beschwerdeführer hat unbestrittenermassen während insgesamt mehr als einem Jahr Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung geleistet, so dass die Voraussetzung der Mindestbeitragsdauer für den Anspruch auf eine ordentliche Invalidenrente erfüllt ist.

**4.1** Ein erstes Rentengesuch des Beschwerdeführers wurde am 28. Juni 2001 rechtskräftig abgewiesen. Am 4. August 2004 stellte er ein weiteres Leistungsgesuch. Ob eine anspruchsbegründende Änderung der für den Invaliditätsgrad erheblichen Tatsachen eingetreten ist, beurteilt sich im Neuanmeldungsverfahren analog zur Rentenrevision gemäss Art. 17 Abs. 1 ATSG (vgl. Art. 87 Abs. 4 IVV). Der Sachverhalt, wie er sich im Zeitpunkt des letzten eröffneten und rechtskräftigen Entscheides, der auf einer materiellen Prüfung des Rentenanspruchs mit rechtskonformer Sachverhaltsabklärung, Beweiswürdigung und Durchführung eines Einkommensvergleichs (bei Anhaltspunkten für eine Änderung in den erwerblichen Auswirkungen des Gesundheitszustandes) beruht (BGE 133 V 108 E. 5.4, mit Hinweisen) ist mit demjenigen zur Zeit des streitigen neuen Entscheides zu vergleichen. Nach Art. 88a IVV ist eine allfällige anspruchsbeeinflussende Änderung von dem 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. 29 Abs. 1 IVG ist in derartigen Konstellationen nicht anwendbar (BGE 109 V 125 E. 4a; vgl. auch BGE 133 V 108).

Im vorliegenden Verfahren ist demnach zu prüfen, ob und gegebenenfalls ab wann sich der gesundheitliche Zustand des Beschwerdeführers seit Erlass der rechtskräftigen Verfügung vom 28. Juni 2001 bis zum Erlass des hier streitigen Einspracheentscheides vom 16. August 2006 insoweit verändert hat, dass nunmehr eine rentenbegründende Invalidität eingetreten ist (vgl. BGE 117 V 198 Erw. 3a und 133 V 108).

**4.2** Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG in der bis Ende 2003 gültig gewesenen Fassung besteht ein Anspruch auf eine ganze Invalidenrente, wenn die versicherte Person zu mindestens zwei Dritteln, derjenige auf eine halbe Rente, wenn sie mindestens zur Hälfte, und derjenige auf eine Viertelsrente, wenn sie mindestens zu 40% invalid ist. Die seit dem 1. Januar 2004 massgeblichen neuen Rentenabstufungen gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG geben bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40% Anspruch auf eine Viertelsrente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50% Anspruch auf eine halbe Rente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 60% Anspruch auf eine Dreiviertelsrente und bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 70% Anspruch auf eine ganze Rente. Laut Art. 28 Abs. 1<sup>ter</sup> IVG werden Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50% entsprechen, nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt Art. 28 Abs. 1<sup>ter</sup> IVG nicht eine blosser Auszahlungsvorschrift, sondern eine besondere Anspruchsvoraussetzung dar (BGE 121 V 264 E. 6c). Eine Ausnahme von diesem Prinzip gilt seit dem 1. Juni 2002 für Schweizer Bürger und Staatsangehörige der Europäischen Gemeinschaft, denen bei einem Invaliditätsgrad ab 40% eine Rente ausgerichtet wird, wenn sie in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft Wohnsitz haben.

**4.3** Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG). Nach Art. 4 IVG kann die Invalidität Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein (Abs. 1); sie gilt als eingetreten, sobald sie die für die Begründung des Anspruchs auf die jeweilige Leistung erforderliche Art und Schwere erreicht hat (Abs. 2). Erwerbsunfähigkeit ist 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 (Art. 7 ATSG). Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen und geistigen 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).

**4.4** 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. Valideinkommen; 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 29 E. 1, 104 V 135 E. 2a und b; ZAK 1990 S. 518 E. 2).

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 (BGE 115 V 134 E. 2, 114 V 314 E. 3c mit Hinweisen; ZAK 1991 S. 319 E. 1c). 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 273 E. 4a [= ZAK 1985 S. 462 E. 4a]). Die rein wirtschaftlichen und rechtlichen Beurteilungen, insbesondere im Zusammenhang mit der Bestimmung der Erwerbsfähigkeit, obliegen dagegen der Verwaltung und im Beschwerdefall dem Gericht.

**4.5** Zu bemerken bleibt, dass aufgrund des im gesamten Sozialversicherungsrecht geltenden Grundsatzes der Schadenminderungspflicht ein in seinem bisherigen Tätigkeitsbereich dauernd arbeits-

unfähiger Versicherter gehalten ist, innert nützlicher Frist Arbeit in einem anderen Berufs- oder Erwerbszweig zu suchen und anzunehmen, soweit sie möglich und zumutbar erscheint (BGE 113 V 22 E. 4a, BGE 111 V 235 E. 2a). Der Versicherte, der von seiner (Rest-)Arbeitsfähigkeit keinen Gebrauch macht, obwohl er hierzu nach seinen persönlichen Verhältnissen und gegebenenfalls nach einer gewissen Anpassungszeit in der Lage wäre, ist nach der Tätigkeit zu beurteilen, die er bei gutem Willen ausüben könnte (vgl. auch ZAK 1989 S. 220 E. 5b). 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 sogenannte Verweisungstätigkeit hat sich der Versicherte anrechnen zu lassen (leidensangepasste Verweisungstätigkeit; ZAK 1986 S. 204), wobei es unerheblich ist, ob er seine Restarbeitsfähigkeit verwertet oder nicht.

## 5.

Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei aufgrund seiner gesundheitlichen Probleme nicht mehr in der Lage, in seiner bisherigen und auch in einer Verweistätigkeit täglich mehr als 3 Stunden bzw. wöchentlich mehr als 15 Stunden zu arbeiten. Nachstehend ist daher zu prüfen, ob sich die geltend gemachte Verschlechterung des Gesundheitszustandes im massgebenden Zeitfenster (vom 28. Juni 2001 bis zum 16. August 2006, vgl. E. 5.1 hiervor) rentenbegründend ausgewirkt hat.

Im Folgenden werden vorerst die der Verfügung vom 28. Juni 2001 und dem Einspracheentscheid vom 16. August 2006 zugrunde liegenden, entscheiderelevanten medizinischen Dokumente aufgeführt, um hernach unter Würdigung derselben zu entscheiden, ob aufgrund der Akten eine rentenwirksame Veränderung des Gesundheitszustandes im vorerwähnten Zeitfenster nachgewiesen ist.

**5.1** Zur Beurteilung des Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers hat sich die Vorinstanz anlässlich des Erlasses ihrer Verfügung vom 28. Juni 2001 im Wesentlichen auf folgende Dokumente gestützt:

- einen Operationsbericht vom 18. Februar 1999 von Dr. med. I.\_\_\_\_\_, Facharzt für Chirurgie, Deutschland, wonach eine

Bursitis olecrani mit initialer Ellengelenksarthrose diagnostiziert und operiert wurde (act. 11);

- einen Radiologiebericht vom 8. Februar 1999 aus der Arztpraxis der Dres. med. Q.\_\_\_\_\_ und R.\_\_\_\_\_, Deutschland, in dem – soweit lesbar – ein schweres Trauma des Handgelenkes mit Schädigung des Bandapparates und Fraktur des Os Scaphoideum diagnostiziert wurden (act. 12);
- ein Fachorthopädisches Gutachten vom 22. April 1999 von Dr. med. J.\_\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädie, Deutschland, wonach ein LWS-Syndrom und ein Blockierungssyndrom der LWS diagnostiziert und festgehalten wurde, der Beschwerdeführer könne die letzte berufliche Tätigkeit als Marktleiter ohne weiteres täglich vollschichtig wahrnehmen, allerdings sollten schweres Heben, langes Gehen und sehr häufiges Treppensteigen vermieden werden (act. 13);
- einen Radiologiebericht vom 3. Juni 1999 aus der Arztpraxis der Dres. med. Q.\_\_\_\_\_ und R.\_\_\_\_\_, Deutschland, in dem – soweit lesbar – festgehalten wurde, im Vergleich zu der Voruntersuchung Anfang Februar 1999 sei kein Ödem und keine Weichteilschwellung um das Os pisiforme und das Os triquetrum erkennbar gewesen, ebenso wenig eine Ganglionbildung (act. 14);
- einen Bericht vom 21. Juli 1999 von Dr. med. K.\_\_\_\_\_, Facharzt für Chirurgie, Deutschland, der eine Kahnbeinfraktur links diagnostiziert und festgehalten hat, er habe mit dem Beschwerdeführer die ambulante Kahnbeinosteosynthese (gegebenenfalls mit Spongiosatransplantation) abgesprochen (act. 15);
- einen Radiologiebericht vom 14. März 2000 aus der Arztpraxis der Dres. med. Q.\_\_\_\_\_ und R.\_\_\_\_\_, Deutschland, in dem – soweit lesbar – ein kleines intraosartres Ödem im Bereich des medialen Femurkondylus, ein Sandwichtypus im Bereich des Hinterhornes des IM., eine Verschmälerung des Knorpels am medialen teilweise auch lateralen Femurkondylus mit geringgradigem Schaden, jedoch ohne Ulzerationen, eine leichte Fibrose des subpatellaren Fettgewebes, eine persistierende hypertrophische Plica suprapatellaris medialis und eine winzige mediale Baker-Cyste diagnostiziert wurden (act. 16);
- einen ärztlichen Bericht vom 23. März 2000 der Praxisgemeinschaft Y.\_\_\_\_\_, Deutschland, wonach – soweit lesbar – in der Reihenfolge ihrer medizinischen Bedeutung eine Kahn-

- beinfraktur links, ein chronisches Schmerzsyndrom, eine Achillodynie links, ein Meniskusschaden am rechten Knie diagnostiziert und nebst Erwähnung therapieresistenter Schmerzen und einer depressiven Verstimmung festgehalten wurde, der Beschwerdeführer sei seit dem 28. Februar 2000 arbeitsunfähig, die Befunde hätten sich seit Dezember 1999 verschlechtert (act. 17);
- einen Operationsbericht vom 6. April 2000 von Dr. med. L.\_\_\_\_\_, Deutschland, wonach ein im Durchbau begriffener Kahnbeinbruch links diagnostiziert, und als Therapie eine Verschraubung des Kahnbeines mit Herbertschraube erwähnt wurde (act. 18);
  - einen Bericht vom 28. Juni 2000 von Dr. med. L.\_\_\_\_\_, Deutschland, wonach beim Beschwerdeführer eine festverheilte Kahnbeinfraktur rechts bestand, und infolge einer beugeseitigen Kapselverdickung eine für die Berufsausübung als Kellner irrelevante leichte Streckungshemmung möglich war (act. 19);
  - ein orthopädisches Gutachten vom 4. Juli 2000 von Dr. med. M.\_\_\_\_\_, Deutschland, wonach eine chronisch rezidivierende Achillodynie links (Zustand nach Kahnbeinfraktur rechts) diagnostiziert und festgehalten wurde, es bestehe beim Beschwerdeführer weder eine Gefährdung noch eine Einschränkung der Berufs- und Erwerbsfähigkeit, er könne sämtliche Tätigkeiten geistiger oder körperlicher Art vollschichtig verrichten (act. 20).

Unter Berücksichtigung der in diesen Dokumenten gestellten, vorwiegend orthopädischen Diagnosen kam die Vorinstanz zum Schluss, es liege weder eine bleibende Erwerbsunfähigkeit noch eine durchschnittlich mindestens hälftige Arbeitsunfähigkeit während eines Jahres vor. Trotz des Gesundheitsschadens könne der Beschwerdeführer eine leichtere Tätigkeit ausüben, bei der mehr als die Hälfte des früheren Einkommens erzielbar sei. Es liege daher keine Invalidität vor, die einen Rentenanspruch zu begründen vermöge (act. 26 sowie act. 24 und 25).

**5.2** Vor Erlass ihres Einspracheentscheides vom 16. August 2006 hat die Vorinstanz dem RAD unter anderem folgende Unterlagen zur Beurteilung unterbreitet:

- einen ärztlichen Entlassungsbericht vom 3. Februar 2003 der Dres. med. S.\_\_\_\_\_, T.\_\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_\_, Rehabilitationsklinik Oeynhausen, Deutschland, wonach eine

Spondylolisthesis L5/S1 bei Bandscheibenvorfall L5/S1, eine psychovegetative Erschöpfung und Arthralgie des linken Handgelenks bei Zustand nach Fraktur des Os Scaphoideum diagnostiziert, und festgehalten wurde, der Beschwerdeführer sei arbeitsfähig, für leichte bis mittelschwere Tätigkeiten ohne ständiges Bücken und Knien vollschichtig leistungsfähig, allerdings müssten das Tragen von Lasten über 10 kg und Tätigkeiten die mit Überkopparbeiten verbunden sind, vermieden werden, zudem sei eine Schmerztherapie empfehlenswert (act. 43);

- einen ärztlichen Kurzbericht vom 2. Mai 2003 von Dr. med. O.\_\_\_\_\_, Krankenhaus B.\_\_\_\_\_, Deutschland, wonach – soweit lesbar – Cervicobrachialgien, ein HWS-Syndrom bei Spondylolisthesis cervical, ein pseudoradiculäres LWS-Syndrom L5 rechts, ein Nikotinabusus, ein Analgeticaabusus, eine Gastritis sowie eine Persönlichkeitsveränderung bei chronischen Schmerzen diagnostiziert wurden (act. 44);
- einen Radiologiebericht vom 27. Oktober 2003 aus der Arztpraxis der Dres. med. Q.\_\_\_\_\_, R.\_\_\_\_\_, V.\_\_\_\_\_, Deutschland, in dem im Wesentlichen ein massiggradiger Bandscheibenschaden C5/C6 bei im übrigen massiggradigen degenerativen Veränderungen der HWS beschrieben wird (act. 45);
- einen bloss teilweise aktenkundigen Bericht vom 30. Oktober 2003 von Dr. med. N.\_\_\_\_\_, Facharzt für Anesthesiologie und spezielle Schmerztherapie, Krankenhaus B.\_\_\_\_\_, Deutschland, wonach eine Cervicocephalgie, eine Cervicobrachialgie bei Zustand nach Bandscheibenvorfall C5/C6 rechts, eine Lumboischialgie rechts, ein Analgetikaabusus sowie eine Persönlichkeitsstörung bei chronischen Schmerzen diagnostiziert und festgehalten wurde, der Beschwerdeführer habe zu Hause einen Tramalenzug durchgeführt (act. 46);
- einen ärztlichen Befundbericht vom 10. November 2003 von Dr. med. N.\_\_\_\_\_, Facharzt für Anesthesiologie und spezielle Schmerztherapie, Krankenhaus B.\_\_\_\_\_, Deutschland, wonach ein degeneratives HWS-Syndrom rechtsbetont bei Bandscheibenvorfall C5/C6 und Protrusio C7/Th1 mit Cervicocephalgien und Cervicobrachialgie rechts, eine Lumboischialgie rechts, ein Analgetikaabusus sowie eine Persönlichkeitsstörung bei chronischem Schmerz diagnostiziert wurden (act. 47);

- einen Bericht vom 14. November 2003 der Prof. Dres. med. W.\_\_\_\_\_ und X.\_\_\_\_\_, Neurochirurgische Klinik der medizinischen Hochschule Z.\_\_\_\_\_, Deutschland, über eine am 10. November 2003 durchgeführte ambulante Untersuchung, wonach eine hinreichende Wahrscheinlichkeit der Besserung der gesundheitlichen Beschwerden durch eine zervikale Fusionsoperation nicht abgeschätzt werden konnte, und sich aus chirurgischer Sicht keine Konstellation ergab, die einen operativen Handlungsbedarf zur Folge hatte (act. 48);
- ein sozialmedizinisches Gutachten vom 2. Dezember 2003 von Dr. med. H.\_\_\_\_\_, MDK Z.\_\_\_\_\_, Deutschland, wonach ein chronisches Schmerzsyndrom bei Persönlichkeitsstörung, eine Cervikobrachialgie bei Zustand nach Bandscheibenvorfall C5/C6 rechts sowie nach Arthroskopie des linken Knies diagnostiziert und festgehalten wurde, der Beschwerdeführer habe in Eigenregie einen Tramalenzug durchgeführt, aus medizinischer Sicht sei die Arbeitsunfähigkeit für die zuletzt ausgeübte Tätigkeit ab dem 1. Januar 2004 nicht mehr begründet (act. 49);
- ein Schreiben vom 5. März 2004 der internationalen Wirbelsäulenklinik F.\_\_\_\_\_, Deutschland, wonach ein cervikaler Bandscheibenvorfall und eine Cervikobrachialgie diagnostiziert, und festgehalten wurde, dass als Behandlung eine Mikrochirurgische HWS-Operation geplant sei (act. 50);
- einen ärztlichen Bericht vom 24. Juni 2004 von Dr. med. O.\_\_\_\_\_, Krankenhaus B.\_\_\_\_\_, Deutschland, wonach – soweit lesbar – eine Cervikobrachialgie, eine Cervicocephalgie, eine Opiatabhängigkeit sowie eine narzisstische Persönlichkeitsstörung diagnostiziert wurden (act. 51);
- ein Schreiben vom 13. Juli 2004 von Dr. med. Dr. hc. P.\_\_\_\_\_, wonach derselbe eine Versteifung der Segmente C5/6 als Therapie empfiehlt (act. 52);
- einen nicht aktenkundigen Bericht vom 4. August 2004 der Abteilung für Schmerztherapie des Krankenhauses B.\_\_\_\_\_, Deutschland, wonach eine Cerviobrachialgie, Cervicocephalgie bei Zustand nach Bandscheibenvorfall C5/6 rechts, eine Opiatabhängigkeit und eine narzisstische Persönlichkeitsstörung diagnostiziert wurden (vgl. aber act. 55);
- einen Bericht vom 24. August 2004 von Dr. med. C.\_\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, Deutschland, der diagnostisch von einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung auf der Basis einer narzisstischen

Persönlichkeitsstörung ausging, festhielt, der Beschwerdeführer schwanke im Affekt zwischen depressiven Anteilen und gereizt depressiven Auslenkungen, und eine ambulante Verhaltenstherapie, gegebenenfalls auch eine stationäre psychotherapeutische Behandlung empfahl (act. 53 und 55);

- einen Bericht vom 8. September 2004 von Dr. med. E.\_\_\_\_\_, Deutschland, wonach der Beschwerdeführer seit dem 5. August 2004 bis im September 2006 imstande war, die zuletzt beruflich ausgeübte Tätigkeit sowie eine alternative Tätigkeit – die allerdings nicht näher definiert wird – jeweils während weniger als 3 Stunden täglich auszuüben (act. 54);
- ein zuhanden der Bundesversicherungsanstalt erstelltes neurologisch-psychiatrisches Gutachten vom 6. September 2004 von Dr. med. D.\_\_\_\_\_, Facharzt für Neurologie und Psychiatrie, Deutschland, wonach eine erheblich chronifizierte, anhaltende somatoforme Schmerzstörung, beruhend auf einer degenerativen Wirbelsäulenveränderung, eine narzisstische Persönlichkeitsstörung sowie eine mitgeteilte Opiatabhängigkeit diagnostiziert wurden, zudem festgehalten wurde, der Beschwerdeführer sei zur Zeit nicht in der Lage, einer gewinnbringenden Tätigkeit nachzugehen bzw. arbeitsunfähig; mithin könne er, zeitweise gehend bzw. sitzend, lediglich leichte körperliche Tätigkeiten verrichten, und die letzte berufliche Tätigkeit täglich während weniger als 3 Stunden ausüben, auch sei vor der Gewährung von Leistungen der deutschen Rentenversicherung ein stationäres psychosomatisch-psychotherapeutisches Rehabilitationsverfahren in Erwägung zu ziehen, obschon unter Berücksichtigung des bisherigen Krankheitsverlaufes die Prognose bezüglich einer nachhaltigen Besserung des Leistungsvermögens durch entsprechende Massnahmen nicht übermässig günstig sei (act. 55).

Gestützt auf diese Unterlagen kam Dr. med. F.\_\_\_\_\_ vom RAD in ihren Stellungnahmen vom 8. Juli 2005 und 22. Juli 2005 (act. 56, 57 und 59) zum Schluss, der Beschwerdeführer leide unter einer somatoformen Schmerzstörungen bei narzisstischer Persönlichkeitsstörung und Opiatabhängigkeit (Hauptdiagnose), weiter unter einer Cervikobrachialgie rechtsbetont bei degenerativen Veränderungen im HWS Bereich, einem Bandscheibenvorfall C5/6 und Protrusion C7/Th1 sowie einem lumbospondylogenen Syndrom rechtsbetont (Nebendiagnosen mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit). Keine Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit haben laut Dr. med. F.\_\_\_\_\_ der

Status nach Operation Bursitis olecrani sowie nach Meniskusoperation rechts. Sie kam zum Schluss, der Beschwerdeführer sei ab dem 1. September 2004 bis auf weiteres in der zuletzt ausgeübten Tätigkeit zu 100% arbeitsunfähig. In einer den Leiden angepassten, wechselbelastenden, vorwiegend sitzenden Tätigkeit ohne Heben und Tragen von Gewichten über 10 kg sowie ohne längere Rumpfwangshaltungen und Stresssituationen sei aber eine Arbeitsfähigkeit von 100% gegeben. Dies treffe namentlich auf Verweisungstätigkeiten wie Hausabwart, Aufseher in einem Parking/Museum, Verkäufer im Detailhandel und Telefonist oder eine Reparaturtätigkeit zu.

**5.3** Im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bestätigte Dr. med. G.\_\_\_\_\_ vom ärztlichen Dienst der Vorinstanz am 2. November 2006 gestützt auf die vorerwähnten Dokumente sowie die Stellungnahmen von Dr. med. F.\_\_\_\_\_ die Hauptdiagnose einer somatoformen Schmerzstörung. Die degenerativen Veränderungen der HWS und ein lumbospondylogenes Syndrom erachtete er als Nebendiagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit, die narzisstische Persönlichkeitsstörung dagegen als solche ohne Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit (act. 66). Insbesondere gestützt auf das neurologisch-psychiatrische Gutachten vom 6. September 2004 von Dr. med. D.\_\_\_\_\_ sowie das sozialmedizinische Gutachten vom 2. Dezember 2003 von Dr. med. H.\_\_\_\_\_ kam er zum Schluss, die somatoforme Schmerzstörung sei nicht invalidisierend bzw. rentenbegründend, denn es liege weder eine Depression noch eine sonstige schwerwiegende psychiatrische Komorbidität vor, es werde nicht von einem völligen sozialen Rückzug des Beschwerdeführers berichtet und bisher sei kaum eine Therapie durchgeführt worden. Auch nehme der Beschwerdeführer keine Psychopharmaka ein, und es könne nicht von einem völligen und endgültigen Misslingen jeglicher Rehabilitationsmassnahmen, wie sie von Dr. med. D.\_\_\_\_\_ vorgeschlagen worden seien, ausgegangen werden. Angaben zur Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers fehlen indessen in der Stellungnahme von Dr. med. G.\_\_\_\_\_.

**5.4** Nachfolgend werden die Beurteilungen des Gesundheitszustandes und der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers durch die Vorinstanz gewürdigt.

**5.4.1** Die ursprüngliche Beurteilung des Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers durch die Vorinstanz am 28. Juni 2001 (act. 26) ist

in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und Situation einleuchtend, und erfolgte gestützt auf die damaligen Vorakten, aus denen hervorgeht, dass in Deutschland allseitige und die geklagten Beschwerden berücksichtigende medizinische Untersuchungen stattgefunden hatten (act. 11 bis 20). Aus diesen Untersuchungen erhellt, dass der Beschwerdeführer hauptsächlich an orthopädischen Problemen litt (vorab eine Kahnbeinfraktur sowie ein LWS-Syndrom), die jedoch keine invalidisierenden Auswirkungen zeitigten. Die damit übereinstimmenden Schlussfolgerungen der Vorinstanz zur Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers sind daher nicht zu beanstanden.

**5.4.2** Die Vorinstanz verweist zur Begründung des angefochtenen Einspracheentscheids hauptsächlich auf die Stellungnahmen vom 8. Juli 2005 und 22. Juli 2005 von Dr. med. F.\_\_\_\_\_ (act. 57, 59 und 64) sowie auf die im vorliegenden Beschwerdeverfahren nachgereichte Stellungnahme vom 2. November 2006 von Dr. med. G.\_\_\_\_\_ (act. 66). Übereinstimmend treten in diesen Stellungnahmen die als relevante Nebendiagnosen statuierten orthopädischen Probleme (degenerative Veränderungen der HWS bzw. Bandscheibenprobleme und ein lumbospondylogenes Syndrom) gegenüber der seit der letzten Beurteilung neu festgestellten, als Hauptdiagnose statuierten somatoformen Schmerzstörung in den Hintergrund. Diese Beurteilung entspricht den vorerwähnten Berichten und Gutachten der in Deutschland praktizierenden Ärzte, insbesondere dem umfassenden, den bundesgerichtlichen Anforderungen entsprechenden (E. 2.3.3 hiervor) neurologisch-psychiatrischen Gutachten von Dr. med. D.\_\_\_\_\_, und sind daher nicht zu beanstanden.

Allerdings weichen die Angaben von Dr. med. F.\_\_\_\_\_ und Dr. med. G.\_\_\_\_\_ hinsichtlich der Arbeits- und Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers von denjenigen der deutschen Ärzte bzw. Gutachter massiv ab. So attestierte Dr. med. D.\_\_\_\_\_ – in Übereinstimmung mit Dr. med. E.\_\_\_\_\_ – in seinem Gutachten vom 6. September 2004 (act. 55) eine vollständige Arbeitsunfähigkeit, bzw. eine verbleibende Arbeitsfähigkeit in allen gewinnbringenden Tätigkeiten von weniger als 3 Stunden pro Tag. Demgegenüber stufte Dr. med. F.\_\_\_\_\_ die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers in der bisherigen Tätigkeit auf 0% und in Verweisungstätigkeiten auf 100% ein. Der Stellungnahme von Dr. med. G.\_\_\_\_\_, der keine Angaben zur Arbeitsfähigkeit machte, kann entnommen werden, dass er die Berücksichtigung der somatoformen Schmerzstörung bei der

Bestimmung der Arbeitsfähigkeit ablehnt. Hieraus erhellt die unterschiedliche Beurteilung durch die deutschen und die schweizerischen Ärzte.

**5.4.3** Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vermag eine diagnostizierte anhaltende somatoforme Schmerzstörung als solche – wie jede andere psychische Beeinträchtigung – in der Regel keine langdauernde zu einer Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit zu bewirken. Vielmehr besteht die Vermutung, dass somatoforme Schmerzstörungen bzw. ihre Folgen mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar sind.

Nur ausnahmsweise können bestimmte Umstände, welche die Schmerzbewältigung intensiv und konstant behindern, den Wiedereinstieg in den Arbeitsprozess als unzumutbar erscheinen lassen, weil die versicherte Person alsdann nicht über die für den Umgang mit den Schmerzen notwendigen Ressourcen verfügt. Ob ein solcher Ausnahmefall vorliegt, entscheidet sich im Einzelfall anhand verschiedener Kriterien. Im Vordergrund steht die Feststellung einer psychiatrischen Komorbidität von erheblicher Schwere, Ausprägung und Dauer. Auch weitere Faktoren können massgebend sein, wie etwa chronische körperliche Begleiterkrankungen, ein mehrjähriger, chronifizierter Krankheitsverlauf mit unveränderter oder progredienter Symptomatik ohne länger dauernde Rückbildung, ein sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens, ein verfestigter, therapeutisch nicht mehr beeinflussbarer innerseelischer Verlauf einer an sich missglückten, psychisch aber entlastenden Konfliktbewältigung (primärer Krankheitsgewinn; "Flucht in die Krankheit"), oder das Scheitern einer konsequent durchgeführten ambulanten oder stationären Behandlung trotz kooperativer Haltung der versicherten Person. Je mehr dieser Kriterien zutreffen und je ausgeprägter sich die entsprechenden Befunde darstellen, desto eher sind – ausnahmsweise – die Voraussetzungen für eine zumutbare Willensanstrengung zu verneinen (BGE 131 V 49 mit Hinweisen).

**5.4.4** Dr. med. G.\_\_\_\_\_ stellte sich auf den Standpunkt, die gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erforderlichen Voraussetzungen für die ausnahmsweise Annahme einer invalidisierenden somatoformen Schmerzstörung lägen nicht vor. Dabei hat er sich insbesondere auf den nachstehenden Passus aus dem Gutachten von Dr. med. D.\_\_\_\_\_ abgestützt (act. 55 und act. 66):

„Der Versicherte ist bewusstseinsklar und voll orientiert. Der formale und inhaltliche Gedankenverlauf sind nicht gestört. Kein Hinweis auf hirnorganisch bedingte Leistungseinschränkung oder psychotisches Krankheitsgeschehen. Er wirkt gespannt, etwas depressiv-dysphorisch und untergrundig gereizt-unzufrieden. Sein Denken ist eingeengt auf die Schmerzsymptomatik und die sozialen Probleme bzw. seine Verhaltensänderungen und Verhaltensauffälligkeiten in den letzten Jahren, die zweifelsfrei zu Problemen im sozialen Umgang allgemein aber auch im familiären Bereich führten. Anpassungsprobleme werden auch hier im Gespräch deutlich. Kein übermässiges Selbstwertgefühl und Durchsetzungsvermögen. Affektiv nur eingeschränkt schwingungsfähig. Kein Hinweis für produktiv psychotische Symptomatik. Zweifelsfrei bereits erheblich fixierte Beschwerdesymptomatik, wobei sich jedoch auch eine zumindest gewisse Ausgestaltungstendenz nicht völlig von der Hand weisen lässt.“

Nach Massgabe der gutachterlichen Schlussfolgerungen von Dr. med. D.\_\_\_\_\_ zur Arbeitsfähigkeit sowie angesichts des vorerwähnten Passus kann nach Auffassung des Gerichtes nicht als überwiegend wahrscheinlich gelten, dass keine psychiatrische Komorbidität (Depression oder andere psychische Erkrankung), kein sozialer Rückzug des Beschwerdeführers und keine Flucht in die Krankheit vorliegen. Immerhin ist ein mehrjähriger Krankheitsverlauf mit progredienter Symptomatik ohne längerfristige Remission aktenkundig und diagnostizierte Dr. med. D.\_\_\_\_\_ eine narzisstische Persönlichkeitsstörung sowie eine Analgetika- bzw. Opiatabhängigkeit, was auf die Möglichkeit einer relevanten, invalidisierenden somatoformen Schmerzstörung hinweist. Auch hat Dr. med. D.\_\_\_\_\_ seine Schlussfolgerung, wonach ein stationäres psychosomatisch-psychotherapeutisches Rehabilitationsverfahren in Erwägung zu ziehen sei, relativiert, indem er ausführte, die Prognose bezüglich einer nachhaltigen Besserung des Leistungsvermögens sei nicht übermässig günstig. Der Auffassung von Dr. med. G.\_\_\_\_\_, eine invalidisierende somatoforme Schmerzstörung liege auch deshalb nicht vor, weil „kaum eine Therapie durchgeführt werde“ und nicht von einem „völligen Misslingen jeder Rehabilitationsmassnahme ausgegangen werden könne, zumal Dr. med. D.\_\_\_\_\_ eine solche vorschlägt“ kann daher ebenfalls nicht vorbehaltlos gefolgt werden. Das neurologisch-psychiatrische Gutachten von Dr. med. D.\_\_\_\_\_, aber auch das von Dr. med. G.\_\_\_\_\_ teilweise zitierte sozialmedizinische Gutachten von Dr. med. H.\_\_\_\_\_ vom 2. Dezember 2003 (dem infolge fehlender Angaben zur Anamnese ohnehin kein besonders hoher

Beweiswert zukommen kann, vgl. E. 2.3.3 hiervor) sind mangels diesbezüglich präziser, aussagekräftiger Angaben nicht zur Beurteilung der Frage geeignet, ob die laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die Berücksichtigung der diagnostizierten somatoformen Schmerzstörung erforderlichen Voraussetzungen vorliegen. Der Bericht des Krankenhauses B.\_\_\_\_\_ vom 30. Oktober 2003 ist allein schon aufgrund seines Alters nichts geeignet, eine abweichende Beurteilung beizuführen, so dass darauf verzichtet werden kann, dessen Nachreichung abzuwarten.

**5.4.5** All diese Umstände zeigen auf, dass die Beurteilungen des RAD und des ärztlichen Dienstes der Vorinstanz auf einer nicht ausreichend detaillierten Abklärung des Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers beruhen. Mit Blick auf die erforderliche, nachvollziehbare Darlegung und Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge bzw. Situation muss insbesondere bemängelt werden, dass die von den deutschen Gutachtern abweichenden Schlussfolgerungen des RAD und des ärztlichen Dienstes der Vorinstanz zur Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers nicht ausreichend begründet worden sind. Es bleibt unklar, ob und allenfalls in welchem Umfang dem Beschwerdeführer aus objektiver Sicht, unter Aufbringung allen guten Willens, die Überwindung der Schmerzen und die Verwertung seiner verbleibenden Arbeitskraft noch möglich und zumutbar sind (vgl. BGE 130 V 352 E. 2.2.4 und 2.2.5).

## **6.**

Angesichts der vorstehenden Erwägungen erhellt, dass keine nachvollziehbare, medizinisch einleuchtende Auseinandersetzung des RAD und des ärztlichen Dienstes der Vorinstanz mit dem Einfluss der seit dem 2. Juli 2003 bekannten gewordenen und diagnostizierten Leiden auf die Arbeitsfähigkeit vorliegt. Ohne Vornahme einer ergänzenden medizinischen Abklärung und Beurteilung ist es daher für das Bundesverwaltungsgericht nicht möglich, mit dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. E. 2.3.1 hiervor) festzustellen, ob in der Zeit vom 28. Juni 2001 bis 16. August 2006 eine rentenwirksame Veränderung des Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers eingetreten ist. Da die Vorinstanz demnach den rechtserheblichen Sachverhalt nicht vollständig festgestellt hat (vgl. Art. 43 ff. ATSG sowie Art. 12 VwVG), ist der angefochtene Einspracheentscheid aufzuheben und die Sache zur Vornahme einer umfassenden, multidisziplinären medizinischen Unter-

suchung des Beschwerdeführers an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Diese Vorgehensweise ist insbesondere auch deshalb gerechtfertigt, da aktenkundigerweise seit dem 6. September 2004 keine ganzheitliche Untersuchung des instabilen Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers mehr stattfand.

## 7.

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

**7.1** Verfahrenskosten werden nicht erhoben, da nach Praxis des Bundesverwaltungsgerichts in Beschwerdeverfahren gegen IV-Einspracheentscheide die bis zum 30. Juni 2006 in Kraft gestandenen Bestimmungen über die Kostenfreiheit weiterhin anzuwenden sind, und der Vorinstanz ohnehin keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 69 Abs. 2 IVG in Verbindung mit Art. 85bis Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG, SR 831.10] sowie Art. 63 Abs. 2 VwVG).

**7.2** Da aufgrund der Akten feststeht, dass dem nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer nur verhältnismässig geringe Kosten entstanden sind, ist von der Zusprechung einer Parteientschädigung abzusehen (Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 und 4 des Reglementes vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### 1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und der Einspracheentscheid vom 16. August 2006 wird aufgehoben.

### 2.

Die Sache wird zur Vornahme einer umfassenden, multidisziplinären medizinischen Untersuchung des Beschwerdeführers (im Sinne von Erwägung 6) an die Vorinstanz zurückgewiesen.

### 3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**4.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben mit Rückschein)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. \_\_\_\_\_)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Der Instruktionsrichter:

Der Gerichtsschreiber:

Stefan Mesmer

Marc Wälti

**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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: