

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung III
C-3085/2006/mas
{T 0/2}

Urteil vom 4. Juni 2008

Besetzung

Richter Stefan Mesmer (Vorsitz),
Richterin Elena Avenati-Carpani,
Richterin Franziska Schneider,
Gerichtsschreiberin Susanne Marbet Coullery.

Parteien

X. _____,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Invalidenversicherung, Einspracheentscheid vom
16. Oktober 2006.

Sachverhalt:**A.**

Der am (...) 1947 geborene, in Österreich wohnhafte österreichische Staatsangehörige X._____ reichte am 2. Januar 2004 bei der Pensionsversicherungsanstalt, Landesstelle Kärnten, Österreich, zuhanden der Schweizerischen Invalidenversicherung, IV-Stelle für Versicherte im Ausland (IVSTA), ein Gesuch um Bezug von Leistungen der schweizerischen Invalidenversicherung (IV) ein.

B.

Mit Verfügung vom 14. Oktober 2005 (act. 28) wies die IV-Stelle das Leistungsbegehren ab mit der Begründung, trotz des geltend gemachten Gesundheitsschadens sei eine dem Gesundheitszustand angepasste, gewinnbringende Tätigkeit noch immer in rentenausschliessender Weise möglich und zumutbar, weshalb keine Invalidität vorliege, die einen Rentenanspruch zu begründen vermöge.

Eine gegen diese Verfügung am 2. November 2005 erhobene Einsprache wurde mit Einspracheentscheid vom 16. Oktober 2006 (act. 31) ebenfalls abgewiesen. In ihrer Begründung legte die IV-Stelle dar, dass der Versicherte gemäss den medizinischen Unterlagen in seiner angestammten Tätigkeit als Koch zu 30% arbeitsunfähig sei, ihm eine angepasste, leichtere Tätigkeit jedoch zu 100% möglich und zuzumuten sei.

C.

Am 17. November 2006 erhob X._____ (*im Folgenden*: Beschwerdeführer) gegen diesen Einspracheentscheid bei der IV-Stelle Beschwerde und beantragte sinngemäss die Ausrichtung einer IV-Rente mit der Begründung, es sei ihm von der österreichischen Pensionsversicherungsanstalt (PVA) eine Invalidität von 78% zuerkannt worden, und aus seinen Unterlagen gehe hervor, dass sein Rücken, seine Schultern und seine Arme schwerst beeinträchtigt seien.

Diese Eingabe wurde in der Folge zuständigkeithalber an die Eidgenössische Rekurskommission der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung für die im Ausland wohnenden Personen (*im Folgenden*: REKO AHV/IV) weitergeleitet, welche die Beschwerde weiter behandelte. Am 1. Januar 2007 hat das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren übernommen.

D.

In ihrer Vernehmlassung vom 15. Januar 2007 beantragte die IV-Stelle, die Beschwerde sei abzuweisen und der Einspracheentscheid sei zu bestätigen. Zur Begründung wies sie einleitend darauf hin, dass für die Invaliditätsbemessung allein die schweizerischen Rechtsnormen massgebend seien, weshalb der Beschwerdeführer aus der Tatsache des Bezugs einer Berufsunfähigkeitspension der österreichischen Sozialversicherung im schweizerischen Verfahren nichts zu seinen Gunsten ableiten könne. Im Weiteren verursachten die orthopädischen Beschwerden gemäss den medizinischen Gutachten im angestammten Beruf des Beschwerdeführers als Koch lediglich eine Arbeitsunfähigkeit von 30%, während in leidensangepassten, leichteren Tätigkeiten nach wie vor eine volle Arbeitsfähigkeit gegeben sei. Schliesslich sei dem Beschwerdeführer aufgrund der im Bereiche der Invalidenversicherung geltenden Schadenminderungspflicht zuzumuten, eine leichtere und besser angepasste Teilzeitstelle als Koch zu suchen und anzunehmen.

E.

Innert der ihm gesetzten Frist hat sich der Beschwerdeführer nicht zur Vernehmlassung der Vorinstanz geäussert, weshalb mit Verfügung vom 9. Mai 2007 der Schriftenwechsel geschlossen und die Zusammensetzung des Spruchkörpers bekannt gegeben wurde. Es ging kein Ausstandsbegehren ein.

F.

Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Akten wird – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

Zu beurteilen ist die Beschwerde vom 17. November 2006, mit welcher der Einspracheentscheid der IV-Stelle vom 16. Oktober 2006 angefochten worden ist. Gegenstand des Verfahrens ist die mit dem Einspracheentscheid bestätigte Abweisung des Begehrens des Beschwerdeführers um Ausrichtung von Leistungen der Invalidenversicherung durch Verfügung vom 14. Oktober 2005.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht übernimmt, sofern es zuständig ist, die Beurteilung der beim Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) bei Eidgenössischen Rekurs- oder Schiedskommissionen oder bei Beschwerdediensten der Departemente hängigen Rechtsmittel. Die Beurteilung erfolgt nach neuem Verfahrensrecht (Art. 53 Abs. 2 VGG).

1.2 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach 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 IV-Stelle für Versicherte im Ausland, die mit Verfügungen über Rentengesuche befindet (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]).

1.3 Gemäss 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, der am vorinstanzlichen Verfahren als Partei teilgenommen hat, ist als Adressat durch die angefochtene Verfügung ausreichend berührt und hat an deren Aufhebung bzw. Änderung ein schutzwürdiges Interesse. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

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 Rechtssätze Anwendung, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2, vgl. auch Art. 53 Abs. 2 VVG).

2.1 Mit der Beschwerde kann gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs von Ermessen), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (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 Beweisforderungen 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 E. 5b, BGE 125 V 195 E. 2, je mit Hinweisen). Führen die von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen die Verwaltung oder das Gericht bei pflichtgemässer Beweismässigkeit 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 Beweismässigkeit; 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 469 E. 4a, BGE 122 III 223 E. 3c, BGE 120 1b 229 E. 2b, BGE 119 V 344 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; er findet zum einen sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 195 E. 2, BGE 122 V 158 E. 1a, je mit Hinweisen). Zum anderen umfasst die behördliche und richterliche Abklärungspflicht nicht unbeschrieben 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, a.a.O., S. 43 und 273). In diesem Rahmen haben Verwaltungsbehörden und Sozialversicherungsgericht 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 [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 352 E. 3a, BGE 122 V 160 E. 1c mit Hinweisen; AHI 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 Auffassung 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 materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtsätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben. Ein allfälliger Leistungsanspruch ist

für die Zeit vor einem Rechtswechsel aufgrund der bisherigen und ab diesem Zeitpunkt nach den neuen Normen zu prüfen (*pro rata temporis*; BGE 130 V 445).

3.1 Der Beschwerdeführer ist Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, 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 Union 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 die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen, für die diese Verordnung gilt, 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 nach dem schweizerischen Recht.

3.2 Im vorliegenden Verfahren finden grundsätzlich jene schweizerischen Rechtsvorschriften Anwendung, die bei Erlass des Einspracheentscheids vom 16. Oktober 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 Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) sowie die entsprechende Verordnung vom 11. September 2002 (ATSV, SR 830.11) in Kraft getreten, welche für die Beurteilung des vorliegend geltend gemachten Leistungsanspruchs ab diesem Zeitpunkt 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 Schweizerische Bundesgericht (vormals Eidgenössisches Versicherungsgericht) 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 IVV 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, Art. 82 Rz. 4 [*im Folgenden: KIESER, ATSG-Kommentar*]).

3.3 Rechts- und Sachverhaltsänderungen, die nach dem massgebenden Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Einspracheentscheides (16. Oktober 2006) eintraten, sind im vorliegenden Verfahren grundsätzlich nicht zu berücksichtigen (BGE 130 V 329, BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweisen). Allerdings können Tatsachen, die den Sachverhalt seither verändert haben, unter Umständen Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung sein (BGE 121 V 366 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). Diese Bedingungen müssen kumulativ

gegeben sein; fehlt eine, so entsteht kein Rentenanspruch, selbst wenn die andere erfüllt ist.

Der Beschwerdeführer hat unbestrittenermassen während 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 zweifellos erfüllt ist. Zu prüfen bleibt damit, ob und gegebenenfalls ab wann und in welchem Umfang der Beschwerdeführer invalid im Sinne des Gesetzes ist.

4.1 Ein Anspruch auf eine ganze Invalidenrente 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 war. Seit dem 1. Januar 2004 besteht der Anspruch auf eine ganze Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 70%, derjenige auf eine Dreiviertels-Rente bei einem solchen von mindestens 60%, derjenige auf eine halbe Rente ab einem Grad der Invalidität von 50% und derjenige auf eine Viertelsrente ab einem solchen von 40%. Gemäss Art. 28 Abs. 1^{ter} 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^{ter} IVG nicht eine blosse Auszahlungsvorschrift, sondern eine besondere Anspruchsvoraussetzung dar (BGE 121 V 275 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 (vgl. BGE 130 V 253 E. 2.3).

4.2 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).

4.3 Der Begriff der Invalidität ist demnach nicht nach medizinischen Kriterien definiert, sondern nach der Unfähigkeit, Erwerbseinkommen zu erzielen (BGE 110 V 275 E. 4a, BGE 102 V 166) oder sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen. Dabei sind die Erwerbs- bzw. Arbeitsmöglichkeiten nicht nur im angestammten Beruf bzw. der bisherigen Tätigkeit, sondern – wenn erforderlich – auch in zumutbaren Verweisungstätigkeiten zu prüfen. Der Invaliditätsgrad ist also grundsätzlich nach wirtschaftlichen und nicht nach medizinischen Grundsätzen zu ermitteln. Bei der Bemessung der Invalidität kommt es somit einzig auf die objektiven wirtschaftlichen Folgen einer funktionellen Behinderung an, und nicht allein auf den ärztlich festgelegten Grad der funktionellen Einschränkung (BGE 110 V 275; ZAK 1985 S. 459).

Trotzdem ist die Verwaltung und im Beschwerdefall auch das Gericht auf Unterlagen angewiesen, die der Arzt und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung gestellt haben. Aufgabe des Arztes ist es, den Gesundheitszustand 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, BGE 114 V 314 E. 3c mit Hinweisen; ZAK 1991 S. 319 E. 1c). Die rein wirtschaftlichen und rechtlichen Beurteilungen, insbesondere im Zusammenhang mit der Bestimmung der Erwerbsfähigkeit, obliegen dagegen der Verwaltung und im Beschwerdefall dem Gericht.

4.3.1 Aufgrund des im gesamten Sozialversicherungsrecht geltenden Grundsatzes der Schadenminderungspflicht ist ein dauernd in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkter Versicherter gehalten, innert nützlicher Frist Arbeit im angestammten oder einem anderen Berufs- oder Erwerbszweig zu suchen und anzunehmen, soweit sie noch möglich und zumutbar erscheint (BGE 113 V 28 E. 4a, BGE 111 V 239 E. 2a).

Deshalb ist es am behandelnden Arzt bzw. am Vertrauensarzt der IV-Stelle, aus medizinischer Sicht zu entscheiden, in welchem Ausmass ein Versicherter seine verbliebene Arbeitsfähigkeit bei zumutbarer Tätigkeit und zumutbarem Einsatz auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt einsetzen kann. Diese Arbeitsmöglichkeit hat sich der Versicherte anrechnen zu lassen (leidensangepasste Verweisungstätigkeit; ZAK 1986 S. 204 f.), wobei es unerheblich ist, ob er seine Restarbeitsfähigkeit tatsächlich verwertet oder nicht.

4.3.2 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 E. 4b; ZAK 1991 S. 320 E. 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 E. 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 E. 3c, ZAK 1989 S. 322 E. 4).

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. Valideneinkommen, Art. 16 ATSG).

4.4.1 Der Einkommensvergleich bei Erwerbstätigen hat in der Regel so zu erfolgen, dass die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen ziffernmässig möglichst genau ermittelt und einander gegenübergestellt werden, worauf sich aus der Einkommensdifferenz der Invaliditätsgrad bestimmen lässt. Soweit die fraglichen Erwerbseinkommen ziffernmässig nicht genau ermittelt werden können, sind sie nach Massgabe der im Einzelfall bekannten Umstände zu schätzen, und es sind die so gewonnenen Annäherungswerte miteinander zu vergleichen (allgemeine Methode des Einkommensvergleichs). Erwerbsunfähigkeit ist, vereinfacht ausgedrückt, die durch einen Gesundheitsschaden verursachte Unfähigkeit, durch zumutbare Arbeit Geld zu verdienen (ALFRED MAURER, Bundessozialversicherungsrecht, Basel 1993, S. 140).

4.4.2 Lassen sich die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen nicht zuverlässig ermitteln oder schätzen, so ist in Anlehnung an die spezifische Methode für Nichterwerbstätige (Art. 27 IVV) ein Betätigungsvergleich anzustellen und der Invaliditätsgrad nach Massgabe der erwerblichen Auswirkungen der verminderten Leistungsfähigkeit in der konkreten wirtschaftlichen Situation zu bestimmen (BGE 128 V 30 E. 1).

4.5 Für die Bestimmung des Invalideneinkommens ist primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher die versicherte Person konkret steht. Ist kein solches tatsächlich erzieltetes Erwerbseinkommen gegeben, namentlich weil die versicherte Person nach Eintritt des Gesundheitsschadens keine oder jedenfalls keine ihr an sich zumutbare neue Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, so sind nach der Rechtsprechung in der Regel die gesamtschweizerischen Tabellenlöhne gemäss den vom Bundesamt für Statistik periodisch herausgegebenen Lohnstrukturerhebungen (LSE) heranzuziehen (vgl. das Urteil des Bundesgerichts U 75/03 vom 12. Oktober 2006), allenfalls die Zahlen der Dokumentation über Arbeitsplätze (DAP; vgl. BGE 129 V 472 E. 4.2.1, BGE 126 V 75 E. 3.b).

4.6 Der Einkommensvergleich nach Art. 16 ATSG setzt voraus, dass bei der Ermittlung der beiden Vergleichseinkommen gleich vorgegangen wird, dass also eine gleichartige Vergleichsbasis vorliegt (Gleichartigkeit der Vergleichseinkommen, vgl. KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 16 Rz. 7).

In zeitlicher Hinsicht sind die Verhältnisse bei Entstehen des (hypothetischen) Rentenanspruchs massgebend, wobei Validen- und Invalideneinkommen auf zeitidentischer Grundlage zu erheben und allfällige rentenwirksame Änderungen der Vergleichseinkommen bis zum Verfügungserlass respektive bis zum Einspracheentscheid zu berücksichtigen sind (BGE 129 V 222 E. 4.1). Vorliegend ist daher für den Einkommensvergleich die Situation des Beschwerdeführers im Zeitpunkt des Einspracheentscheides vom 16. Oktober 2006 massgeblich.

Die Gleichartigkeit der Vergleichseinkommen setzt aber auch voraus, dass die auf einem vergleichbaren örtlichen Arbeitsmarkt hypothetisch erzielbaren Einkommen verglichen werden. So ist dann, wenn sich das hypothetische Valideneinkommen aufgrund eines tatsächlichen Einkommens bestimmt, das der Versicherte vor dem Eintritt der Invalidität über längere Zeit im Ausland erzielt hat, nicht etwa das in der Schweiz erzielbare hypothetische Invalideneinkommen beizuziehen, sondern ein Invalideneinkommen zu ermitteln und dem Valideneinkommen gegenüber zu stellen, das der Versicherte auf dem örtlichen ausländischen Arbeitsmarkt erzielen könnte. Eine Bestimmung des Invalideneinkommens aufgrund der schweizerischen Tabellenlöhne kommt nur dann in Betracht, wenn auch auf ein Valideneinkommen in der Schweiz abgestellt wird.

5.

Im vorliegenden Verfahren macht der Beschwerdeführer sinngemäss geltend, er sei nicht mehr in der Lage, als Koch zu arbeiten, was von der österreichischen Pensionsversicherungsanstalt bestätigt werde, welche eine Invalidität von 78% festgestellt und ihm eine Berufsunfähigkeitspension ab dem 1. Mai 2005 zuerkannt habe. Er sei in Österreich von drei Spezialisten untersucht worden, die bestätigten, dass er nicht mehr arbeiten könne.

5.1 Bei der Beurteilung der gesundheitlichen Situation des Beschwerdeführers hat die Vorinstanz auf den Schlussbericht vom 7. Oktober 2006 von Dr. med. A. _____ vom regionalen ärztlichen Dienst der Invalidenversicherung (RAD Rhone, act. 27) abgestellt, wonach der Versicherte aufgrund degenerativer Veränderungen der HWS und LWS mit muskulären Verspannungen im Hals und Nackenbereich in seiner bisherigen Tätigkeit als Koch zu 30% arbeitsunfähig sei. In einer angepassten, wechselbelastenden Tätigkeit ohne Heben und Tragen von Gewichten über 10 kg, ohne längere Rumpfwangshaltung, ohne repe-

titives Treppensteigen und ohne Arbeiten über Kopfhöhe erachtet der Arzt eine Arbeitsfähigkeit von 100% als gegeben. Der regionale ärztliche Dienst der IV-Stelle hat sich insbesondere auf das vom Landesgericht Klagenfurt (als Arbeits- und Sozialgericht) eingeholte psychiatrisch-neurologische Gutachten vom 22. Februar 2005 (act. 24) von Dr. B._____, Facharzt für Psychiatrie und Neurologie, Klagenfurt, das ebenfalls vom Landgericht Klagenfurt eingeholte Sachverständigen-gutachten vom 21. Januar 2005 (act. 23) von Dr. C._____, Facharzt für Unfallchirurgie, Klagenfurt, sowie das ebenfalls im Auftrag des Landesgerichts Klagenfurt erstellte Gutachten vom 30. November 2004 (act. 22) von Dr. D._____, Facharzt für Innere Medizin, Klagenfurt, abgestützt.

5.2 Im psychiatrisch-neurologischen Gutachten vom 22. Februar 2005 wird aufgrund der diagnostizierten Missempfindungen an den Fingerspitzen beidseits, des Kreuzschmerzes, in das rechte Bein ausstrahlend, sowie der auffallenden Beschwielung an den Beugeseiten der Finger und Fingerspitzen bestätigt, dass der Beschwerdeführer zu leichten und zu mittelschweren körperlichen Arbeiten im Sitzen, im Stehen und im Gehen, im Raum und im Freien fähig ist, dass länger dauernde Zwangshaltungen der Wirbelsäule indes nicht zumutbar sind, und zudem das Heben und Tragen von Lasten mit 5 bis 7 kg zu begrenzen sind.

Bei dieser Beurteilung wurden die Vorbefunde berücksichtigt, so insbesondere das unfallchirurgische Gutachten vom 21. Januar 2005, in welchem eine degenerative Veränderung des tragenden Achsenskelettes an HWS und LWS, eine Schultergelenksarthrose beidseits, rechts mehr als links und mit Bewegungseinbusse, eine Hüftgelenksarthrose beidseits, rechts mehr als links und mit deutlicher Bewegungsbehinderung sowie eine beginnende Kniegelenksarthrose diagnostiziert wurde. Gemäss dem unfallchirurgischen Gutachter sind dem Beschwerdeführer noch leichte Arbeiten in abwechslungsreicher Körperhaltung zuzumuten. Auch das internistische Gutachten vom 30. November 2004 wurde berücksichtigt, welches eine Hypertonie, eine Hypercholesterinämie sowie eine Spondylosis deformans erwähnt und unter Hinweis auf die möglichen Therapien zum Schluss kommt, dass dem Versicherten leichte und mittelschwere Arbeiten zuzumuten sind.

5.3 Die im vorliegenden Fall berücksichtigten, im Auftrag des Landesgerichtes Klagenfurt erstellten medizinischen Gutachten sind sorgfältig

und umfassend, beruhen auf allseitigen Untersuchungen und wurden in Kenntnis der Vorakten abgegeben. Die Schlussfolgerungen der Gutachter sind hinreichend begründet und die Beurteilung der gesundheitlichen Situation des Beschwerdeführers und deren Auswirkungen auf die Erwerbsfähigkeit sind durchaus einleuchtend und nachvollziehbar. Die für den Rentenentscheid ausschlaggebenden Schlussfolgerungen des RAD Rhone vom 7. Oktober 2005 beruhen auf diesen fachärztlichen Gutachten, wurden nach umfassender und pflichtgemässer Beweiswürdigung abgegeben und sind daher nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts nicht zu beanstanden. Die vom Beschwerdeführer anlässlich des vorliegenden Verfahrens geltend gemachten schwersten Beeinträchtigungen des Rückens, der Schultern sowie der Arme sind in keiner Weise belegt und nicht geeignet, die sorgfältige ärztliche Beurteilung in Frage zu stellen.

Die Vorinstanz ist somit zu Recht davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer in seiner bisherigen Tätigkeit als Koch zu 30% arbeitsunfähig, in einer leidensangepassten Verweistätigkeit jedoch voll arbeitsfähig ist.

5.4 Der zur Bestimmung des Invaliditätsgrades erforderliche Einkommensvergleich führt unter diesen Umständen zu einem klaren Ergebnis: Bei einer Restarbeitsfähigkeit von 70% in der bisherigen Tätigkeit des Beschwerdeführers als Koch liegt der Invalidenlohn ohne Zweifel weit weniger als 40% unter dem Validenlohn bei voller Arbeit in diesem Beruf, so dass keine rentenbegründende Invalidität gegeben ist.

5.5 Der Beschwerdeführer macht allerdings geltend, es sei nicht nachvollziehbar, dass er in Österreich eine Rente erhalte, in der Schweiz jedoch nicht.

Wie bereits dargelegt wurde (vgl. E. 3.1 hiervor), sind für die Invaliditätsbemessung mangels abweichender gemeinschafts- bzw. abkommensrechtlicher Regelung allein die schweizerischen Rechtsnormen massgebend. Gemäss konstanter Rechtsprechung sind die schweizerischen Behörden an die Beurteilung ausländischer Versicherungsträger, Krankenkassen, anderer Behörden und Ärzte nicht gebunden (vgl. ZAK 1989 S. 320 E.2). Vielmehr unterstehen ausländische Beweismittel der freien Beweiswürdigung des Richters (vgl. Urteil des EVG vom 11. Dezember 1981 i.S. D.). Die Frage, ob dem Beschwerdeführer eine Invalidenrente zusteht, beurteilt sich demnach allein aufgrund der

schweizerischen Rechtsvorschriften, mithin in freier richterlicher Beweiswürdigung der im Recht liegenden Akten. Der Bescheid der österreichischen PVA vom 5. April 2006 (act. 30), in welchem dem Beschwerdeführer eine Invalidität von 78% attestiert und eine Berufsunfähigkeitspension ab 1. Mai 2005 zuerkannt wurde, ist für die schweizerischen Behörden und das Bundesverwaltungsgericht nicht verbindlich. Angesichts der Unterschiede in der Definition der Invalidität und deren Bemessung ist der Bescheid nicht geeignet, die von der Vorinstanz nach schweizerischem Recht korrekt vorgenommene Invaliditätsbemessung in Frage zu stellen.

6.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz das Leistungsbegehren des Beschwerdeführers zu Recht abgewiesen hat. Die Beschwerde ist daher vollumfänglich abzuweisen.

7.

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

7.1 Verfahrenskosten werden nicht erhoben, da gemäss den bis zum 30. Juni 2006 in Kraft gestandenen und nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts auf die zu diesem Zeitpunkt bereits hängigen Beschwerdeverfahren weiterhin anwendbaren Bestimmungen von der Erhebung von Verfahrenskosten abzusehen ist (Art. 69 Abs. 2 IVG i.V.m. Art. 85^{bis} Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG, SR 831.10]).

7.2 Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 3 Reglement über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben mit Rückschein)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. AT/xxxx)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Stefan Mesmer

Susanne Marbet Coullery

Rechtsmittelbelehrung:

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

Versand: