



Abteilung III
C-5324/2008
{T 0/2}

Urteil vom 20. August 2010

Besetzung

Richterin Franziska Schneider (Vorsitz),
Richter Michael Peterli, Richter Stefan Mesmer,
Gerichtsschreiberin Susanne Genner.

Parteien

X._____,
vertreten durch Advokat lic. iur. Nicolai Fullin,
Beschwerdeführer,

gegen

IV-Stelle für Versicherte im Ausland IVSTA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Invalidenrente, Verfügung vom 24. Juni 2008.

Sachverhalt:**A.**

Der am (...) 1953 geborene Beschwerdeführer türkischer Nationalität kam 1976 in die Schweiz, wo er zunächst in einer Putzkolonne, dann als angestellter Taxifahrer tätig war. Nach seiner Rückkehr in die Türkei im Jahr 1985 wanderte er 1988 in die Bundesrepublik Deutschland aus. Dort übte er Verladetätigkeiten bei der Bundesbahn aus und war nachfolgend ein Jahr arbeitslos. Von 1994 bis 1998 führte er als Selbständigerwerbender ein Restaurant, welches er wegen Erfolglosigkeit schliessen musste. Darauf war er bis 2003 arbeitslos (vgl. zur Berufsanamnese das Gutachten von Dr. med. A._____, Ärztin für Innere Medizin und Sozialmedizin, vom 20. Dezember 2007 [act. 86], S. 2). Am 1. Oktober 2004 trat der Beschwerdeführer ein befristetes Arbeitsverhältnis als Fachhelfer in der Gastronomie in Form einer Qualifizierungsmassnahme an (vgl. Fragebogen für den Arbeitgeber vom 29. Mai 2006, unterzeichnet am 13. Juli 2006 [act. 17]). Am 2. Dezember 2004 erlitt er einen Arbeitsunfall, bei dem er sich den Fuss ein-klemmte. Danach war er nicht mehr arbeitstätig (vgl. Fragebogen für den Versicherten vom 29. Mai 2006, unterzeichnet am 10. Juli 2006 [act. 16], S. 3). Das Arbeitsverhältnis endete formell am 30. September 2005 (vgl. act. 17).

B.

Mit Gesuch vom 24. August 2005 (act. 4), eingegangen bei der Vorinstanz am 19. September 2005, beantragte der Beschwerdeführer die Zusprechung einer Invalidenrente.

Ab dem 13. September 2005 liess sich der Beschwerdeführer durch Frau Rechtsanwältin Heike Geisweid vertreten (vgl. act. 5).

C.

Das Versorgungsamt Y._____ teilte dem Beschwerdeführer mit Bescheid vom 13. Oktober 2005 (act. 8) mit, der Grad seiner Behinderung betrage 60 seit dem 15. August 2005. Es lägen folgende Beeinträchtigungen vor:

1. Chronisch entzündliche Gelenkerkrankung, Rheuma;
2. Wirbelsäulensyndrome, Bandscheibenschaden, Kalksalzminderung;
3. Knieleiden, Beinverkürzung rechts, Fussbeschwerden;
4. Bronchialasthma.

D.

Die Vorinstanz zog im Rahmen der Instruktion des Leistungsgesuchs zunächst folgende Unterlagen zu den Akten:

- Fragebogen für den Versicherten (EU) vom 29. Mai 2006, unterzeichnet am 13. Juli 2006 (act. 16),
- Fragebogen für den Arbeitgeber vom 29. Mai 2006, unterzeichnet am 13. Juli 2006 (act. 17),
- Durchgangsbericht von Dr. med. R._____, Chirurg, vom 3. Dezember 2004 (act. 25),
- Bericht von Prof. Dr. M._____, Dr. G._____ und Dr. T._____, Chirurgische Klinik und Poliklinik Q._____, vom 19. Januar 2005 (act. 26),
- Bericht von Prof. Dr. M._____ und Dr. G._____ vom 23. März 2005 (act. 28),
- Bericht von Prof. Dr. M._____, Dr. U._____ und Dr. E._____ vom 28. Juni 2005 (act. 30),
- Zwischenbericht von Prof. Dr. med. M._____, Dr. med. G._____ und Dr. med. S._____, Facharzt für Chirurgie, vom 3. August 2005 (act. 31),
- Bericht von Dr. med. I._____, Arzt für Innere Medizin und Rheumatologie, vom 23. August 2005 (act. 33),
- Attest von Dr. med. H._____, Arzt für Allgemeinmedizin, vom 6. September 2005 (act. 34),
- Laborbericht von Dr. med. I._____ vom 12. September 2005 (act. 35),
- Röntgenbilder vom 18. August 2005 und vom 8. November 2005 (act. 36).

E.

Dr. L._____ vom medizinischen Dienst der Vorinstanz würdigte diese Unterlagen in seiner Stellungnahme vom 30. Januar 2007 (act. 38) wie folgt: Der Versicherte, welcher in der Schweiz während 7 Jahren als Arbeiter und zuletzt in Deutschland in einem sozialen Arbeitseingliederungsprogramm tätig gewesen sei, mache Fuss-, Hand- und Rückenschmerzen geltend. Nach einem mässigen Trauma am 2. Dezember 2004, bei dem er den Fuss eingeklemmt habe, klage er über persistierende Fusschmerzen. Diverse diagnostische und therapeutische Abklärungen seien erfolgt, radiologisch werde eine kleine Knochenabspaltung am Fuss beschrieben, bioptisch solle eine Entzündung der Gelenkscapsel (Synovialitis) vorgelegen haben, allenfalls im Rahmen einer rheumatoiden Arthritis, seronegativ. Laut dem behandelnden Arzt, dem Rheumatologen Dr. I._____, solle am 23. August 2005 eine erhebliche entzündliche Aktivität vorgelegen haben. Bei den unfallnahen Fussröntgenbildern könne es sich um ein kleines Fragment, aber auch um eine ältere Sehnenverkalkung handeln. Die Gelenke seien jedenfalls am Fuss radiologisch einwandfrei. Handröntgenbilder lägen nicht vor; gemäss Arzt solle im August 2005 eine entzündliche Reaktion vorgelegen haben. Es sei möglich, dass für schwerere Körperarbeiten eine dauernde Einschränkung be-

stehe; die vorliegende Dokumentation sei aber nicht überzeugend für eine definitive Beurteilung.

Aufgrund dieser Einschätzung empfahl Dr. L._____ die Einholung eines unabhängigen rheumatologischen Gutachtens, ohne eine Diagnose zu nennen.

F.

In der Folge holte die Vorinstanz weitere Unterlagen ein:

- Bericht von Dr. med. P._____, Facharzt für Radiologie, vom 31. August 2001 (act. 41),
- Bericht von Dr. med. W._____, Internist, Lungen- und Bronchialheilkunde und Allergologie, vom 23. Juli 2003 (act. 42),
- Bericht von Dr. K._____, Facharzt für diagnostische Radiologie, vom 16. September 2003 (act. 43),
- Bericht von Dr. med. O._____, Facharzt für Urologie, vom 10. Oktober 2003 (act. 44),
- Bericht von Z._____, Arzt für Neurologie, Psychiatrie, Psychotherapie und Verkehrsmedizin, vom 20. Oktober 2003 (act. 45),
- Bericht von Prof. Dr. med. B._____, Arzt für Innere Medizin, Rheumatologie, Physikalische Therapie und Sportmedizin, und Dr. C._____, Facharzt für Innere Medizin und Rheumatologie, vom 24. Oktober 2003 (act. 46),
- Bericht von PD Dr. med. V._____, Leitender Arzt der Rheumaorthopädie, St. Elisabeth-Hospital Q._____, vom 29. Juni 2004 (act. 47),
- Bericht von PD Dr. med. V._____, vom 17. Juli 2004 (act. 48),
- Bericht (Unterschrift unleserlich), Radiologische Gemeinschaftspraxis Q._____, vom 28. Dezember 2004 (act. 49),
- Bericht von Prof. Dr. med. N._____ und Dr. med. J._____, Institut für Diagnostische und Interventionelle Radiologie und Nuklearmedizin, vom 12. April 2005 (act. 51),
- Bericht von Prof. Dr. M._____ und Dr. G._____ vom 12. April 2005 (act. 52),
- Laborbericht (Unterschrift unleserlich) vom 20. Mai 2005 (act. 53),
- Bericht von Prof. Dr. M._____ und Dr. G._____ vom 25. Mai 2005 (act. 54),
- Bericht von Prof. Dr. M._____ und Dr. U._____ vom 10. Juni 2005 (act. 55),
- Bericht von Prof. Dr. M._____, Dr. U._____ und Dr. T._____ vom 16. Juni 2005 (act. 56),
- Bericht von Dr. med. I._____ vom 4. August 2005 (act. 57),
- Bericht der Dres. med. Ö._____ und Ä._____, Fachärzte für Orthopädie, vom 26. August 2005 (act. 58),
- Bericht von Dr. med. I._____ vom 6. September 2005 (act. 59),
- Bericht von Dr. med. R._____ vom 22. September 2005 (act. 60),
- Gutachterliche Stellungnahme von Dr. med. D._____, Versorgungsamt Y._____, vom 11. Oktober 2005 (act. 61).

G.

Mit Eingabe vom 29. März 2007 (act. 73) reichte der Beschwerdeführer folgende Arztberichte ein:

- Bericht von Dr. med. I. _____ vom 7. November 2006 (act. 67),
- Laborbericht von Dr. med. I. _____ vom 26. Februar 2007 (act. 68),
- Ärztliche Bescheinigung von Dr. med. I. _____ vom 2. März 2007 (act. 69),
- Bericht der Dres. med. Ö. _____ und Ä. _____, Fachärzte für Orthopädie, vom 8. März 2007 (act. 70),
- Attest von Dr. med. H. _____ vom 8. März 2007 (act. 71),
- Ärztliche Bescheinigung von Dr. med. B. W. _____ vom 2. März 2007 (act. 72).

H.

Im Auftrag der Vorinstanz erstattete Dr. med. A. _____ vom sozialmedizinischen Dienst der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft Bahn See, Ärztin für Innere Medizin und Sozialmedizin, das Gutachten vom 20. Dezember 2007 (act. 86). Darin wurden folgende Hauptdiagnosen gestellt:

- Seropositive rheumatoide Arthritis mit Funktionsstörung der Handgelenke, der Kniegelenke und der Ellenbogengelenke,
- Funktionsstörung der Wirbelsäule bei skoliotischer Fehllhaltung, Steilstellung und Bandscheibenschädigung L4/L5,
- Funktionsstörung des Atmungsorgans bei chronisch behinderter Nasenatmung und chronisch obstruktiver Bronchitis (Nikotinabusus),
- V. a. anhaltende somatoforme Schmerzstörung.

Als Nebendiagnosen wurden genannt:

- Z. n. Fissur des 5. Mittelfusssknochens,
- Korrigierte Fehl- und Alterssichtigkeit,
- Organisch/seelisch bedingte Schlafstörung.

Die Gutachterin kam zum Schluss, der Versicherte sei unter Berücksichtigung aller Erkrankungen und den daraus resultierenden Funktionsstörungen noch in der Lage, ganztägig leichte körperliche Arbeiten mit qualitativen Einschränkungen zu verrichten (vgl. Gutachten vom 20. Dezember 2007 [act.86] S. 11).

J.

Dr. Ü. _____ vom medizinischen Dienst der Vorinstanz hielt in seiner Stellungnahme vom 20. März 2008 (act. 88) dafür, der Beschwerdeführer sei seit dem 8. November 2004 in der bisherigen Tätigkeit als Kellner zu 100 % arbeitsunfähig, in einer leidensangepassten Tätigkeit jedoch zu 100 % arbeitsfähig. Eine Verweisungstätigkeit, beispielsweise im Verkauf auf dem Korrespondenzweg bzw. via Telefon oder Internet, als Kassierer, Billetverkäufer oder in der Datenerfassung, sei in wechselnder Arbeitsposition in geschlossenen Räumen ganztags zumutbar.

K.

In ihrem Einkommensvergleich vom 7. April 2008 (act. 89) legte die Vorinstanz als Valideneinkommen jenes Gehalt fest, welches der Beschwerdeführer in seiner zuletzt ausgeübten Tätigkeit als Kellner verdient hatte, und indexierte dieses auf die Werte des Jahres 2005. Mit der Begründung, das Invalideneinkommen sei – bei einem Beschäftigungsgrad von 100 % und basierend auf den von Dr. Ü. _____ vorgeschlagenen Verweisungstätigkeiten – höher als das Valideneinkommen, legte die Vorinstanz das Invalideneinkommen entsprechend dem Einkommen aus der zuletzt ausgeübten Tätigkeit (Valideneinkommen) fest und gewährte davon einen leidensbedingten Abzug von 15 %. Daraus resultierte ein Invaliditätsgrad von 15 %.

L.

Mit Vorbescheid vom 11. April 2008 (act. 90) teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit, es liege keine rentenbegründende Invalidität vor, weshalb das Leistungsbegehren abgewiesen werden müsse.

M.

Den dagegen erhobenen Einwand vom 7. Mai 2008 (act. 91) wies die Vorinstanz mit Verfügung vom 24. Juni 2008 (act. 92) ab.

N.

Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer, nunmehr vertreten durch Advokat Nicolai Fullin, am 18. August 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit den Anträgen, die Verfügung vom 24. Juni 2008 sei aufzuheben, und es sei dem Beschwerdeführer eine Rente nach den gesetzlichen Bestimmungen zuzusprechen. Eventualiter sei die Vorinstanz zu verpflichten, weitere Abklärungen über die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers zu tätigen. Ferner beantragte der Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung mit dem unterzeichneten Advokaten als Rechtsvertreter.

Der Beschwerdeführer rügte, das Gutachten der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft Bahn See vom 20. Dezember 2007 sei schon aus formellen Gründen aus dem Recht zu weisen. Dem Beschwerdeführer sei der Name der Gutachterin nicht bekannt gegeben worden; zudem sei die Unabhängigkeit der Gutachterin zum vordaher nicht gegeben gewesen, da diese bei der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft Bahn See angestellt gewesen sei.

Selbst wenn das Gutachten den formellen Anforderungen grundsätzlich genügen würde, sei fraglich, ob darauf abgestellt werden dürfe. Das Gutachten entspreche nicht den Grundsätzen des Schweizerischen Bundesgerichts, wonach die Beweiskraft eines Gutachtens davon abhängt, ob es für die streitigen Belange umfassend sei, auf allseitigen Untersuchungen beruhe, die geklagten Beschwerden berücksichtige, in Kenntnis der Vorakten abgegeben worden sei und ob es in der Darlegung der medizinischen Zustände, Entwicklungen und Zusammenhänge einleuchte sowie die Schlussfolgerungen der Experten so begründet seien, dass der Rechtsanwender diese kritisch überprüfen könne. Dem Gutachten könne nicht entnommen werden, welche Akten der begutachtenden Ärztin zur Verfügung gestanden hätten. Es müsse deshalb davon ausgegangen werden, dass das Gutachten auf ungenügender Aktenlage basiere. Zudem sei das Gutachten von einer Ärztin für Innere Medizin und Sozialmedizin verfasst worden, äussere sich jedoch zu rheumatologischen, neurologischen, HNO-, orthopädischen und psychiatrischen Beschwerden. Die begutachtende Ärztin sei nicht im Stande gewesen, eine solche umfassende Beurteilung abzugeben. Vielmehr hätte das Gutachten durch Spezialärzte verschiedener Disziplinen erstellt werden müssen.

Auch auf Dr. Ü._____s Stellungnahme vom 20. März 2008 könne nicht abgestellt werden. Dr. Ü._____ habe den Beschwerdeführer selbst nicht untersucht. Die Stellungnahme entbehre jeglicher medizinischer Begründung. Beispielsweise werde die Frage nach einer somatoformen Schmerzstörung nicht beantwortet. Aus Dr. Ü._____s Stellungnahme gehe zudem nicht hervor, welche fachärztliche Spezialisierung dieser aufzuweisen habe. Dadurch habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt.

Für das Valideneinkommen müsse ein Einkommen herangezogen werden, welches der Beschwerdeführer in gesundem Zustand hätte erzielen können. Der im Rahmen einer Qualifizierungsmassnahme als Kellner erzielte Lohn sei unterdurchschnittlich gewesen und hätte nicht herangezogen werden dürfen. Für das Valideneinkommen sei auf einen Tabellenlohn abzustellen.

Aufgrund des Ausländerstatus, des Alters und der leidensbedingten Einschränkungen müsse ein maximaler Abzug von 25 % vom Invalideneinkommen vorgenommen werden.

O.

Der von der Vorinstanz konsultierte Dr. L. _____ äusserte sich mit Stellungnahme vom 3. November 2008 (act. 96) dahingehend, die Gutachterin sei als Internistin durchaus in der Lage, den Bewegungsapparat und erst recht die inneren Organe zu untersuchen. Das Gutachten vom 20. Dezember 2007 sei umfassend und aussagekräftig; eine Eskalation der Begutachtung sei aus medizinischen Gründen nicht notwendig. Der Beschwerdeführer sei für leichte, vorwiegend sitzende Tätigkeiten voll arbeitsfähig. Für ein relevantes psychiatrisches Leiden gebe es keine Anhaltspunkte.

P.

Die im Rahmen der Vernehmlassung ebenfalls konsultierte Sektion wirtschaftliche Invaliditätsbemessung der Vorinstanz erstellte am 25. November 2008 einen neuen Einkommensvergleich (act. 98). Diesem legte sie ein Valideneinkommen zugrunde, welches dem statistischen Lohn eines Kellners im Jahr 2005 entsprach. Das Invalideneinkommen legte sie mit der gleichen Begründung wie anlässlich des Einkommensvergleichs vom 7. April 2008 (act. 89) in gleicher Höhe wie das Valideneinkommen fest und gewährte davon einen leidensbedingten Abzug von 15 %. Daraus resultierte wiederum ein Invaliditätsgrad von 15 %.

Q.

Mit Vernehmlassung vom 26. November 2008 hielt die Vorinstanz an ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest. Die eingeholte Zweitmeinung des medizinischen Dienstes habe ergeben, dass die Einschätzung der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers nachvollziehbar sei. Ferner sei ein zweiter Einkommensvergleich durchgeführt worden, welcher entsprechend dem in der Beschwerde erhobenen Einwand bezüglich des Valideneinkommens auf statistische Zahlen abstelle. Am Ergebnis der Berechnung (Invaliditätsgrad 15 %) habe sich dadurch jedoch nichts geändert, da auch das statistische Valideneinkommen niedriger sei als die in Verweisungstätigkeiten erzielbaren Einkommen. Angesichts dieses Umstands seien die Einkommen wiederum parallelisiert worden. Der leidensbedingte Abzug von 15 % sei in Anbetracht der vollschichtigen Leistungsfähigkeit in Verweisungstätigkeiten bestätigt worden. Im Übrigen würde auch der Maximalabzug von 25 % nicht zu einem anspruchsbegründenden Invaliditätsgrad führen.

R.

Der Beschwerdeführer verzichtete stillschweigend auf die Einreichung einer Replik. Der Schriftenwechsel wurde mit Zwischenverfügung vom 13. Februar 2009 geschlossen.

S.

Das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung wurde mit Zwischenverfügung vom 13. Februar 2009 gutgeheissen und Advokat Nicolai Fullin zum unentgeltlichen Rechtsbeistand ernannt.

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

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Beschwerde einzutreten ist (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen).

1.1 Anfechtungsgegenstand bildet die Verfügung der Vorinstanz vom 24. Juni 2008 (act. 92). Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht unter Vorbehalt der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), welche von Vorinstanzen gemäss Art. 33 VGG erlassen wurden.

Der angefochtene Entscheid ist als Verfügung im Sinn von Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG zu qualifizieren, und eine Ausnahme im Sinn von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Die IV-Stelle für Versicherte im Ausland ist eine Vorinstanz im Sinn von Art. 33 Bst. d VGG. Gemäss Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) sind die Verfügungen der IV-Stelle für Versicherte im Ausland direkt beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar. Dieses ist somit für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2 Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Er ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat an deren Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse im Sinn von Art. 59 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober

2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1). Er ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert.

1.3 Die angefochtene Verfügung trägt das Datum vom 24. Juni 2008; sie wurde ohne Zustellnachweis verschickt. Unter Berücksichtigung des Fristenstillstands vom 15. Juli 2008 bis zum 15. August 2008 gemäss Art. 38 Abs. 4 Bst. b ATSG in Verbindung mit Art. 60 Abs. 2 ATSG ist die am 18. August 2008 der Schweizerischen Post übergebene Beschwerde jedenfalls rechtzeitig eingereicht worden. Auch die Formerfordernisse gemäss Art. 52 Abs. 1 VwVG sind erfüllt, so dass auf die Beschwerde einzutreten ist.

2.

Aufgrund der Beschwerdebegehren streitig und damit zu prüfen ist im Folgenden, ob die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers um Zusprechung einer Invalidenrente zu Recht abgewiesen hat.

2.1 Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechts-erheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (Art. 49 VwVG). Der Beschwerdeführer beanstandet insbesondere die Festsetzung des Grads der Arbeitsfähigkeit sowie die Berechnung der Erwerbseinbusse durch die Vorinstanz. Damit rügt er eine Verletzung von Bundesrecht.

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. Aufl., Bern 1983, S. 212).

3.

Nach der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts 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. Aufl., Bern 2003, S. 489 Rz. 20). Vor-

liegend bildet somit das Datum der Verfügung vom 24. Juni 2008 die zeitliche Grenze der gerichtlichen Überprüfung.

4.

Vorab ist darzulegen, welche Rechtsnormen im vorliegenden Verfahren zur Anwendung gelangen.

4.1 Nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht in der Regel diejenigen Rechtssätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2), unter Vorbehalt der spezialgesetzlichen Übergangsbestimmungen.

Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt. Das VwVG findet aufgrund von Art. 3 Bst. d^{bis} VwVG jedoch keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das ATSG anwendbar ist. Nach Art. 2 ATSG sind die Bestimmungen des ATSG auf die bundesgesetzlich geregelten Sozialversicherungen anwendbar, wenn und soweit die einzelnen Sozialversicherungsgesetze es vorsehen. Gemäss Art. 1 Abs. 1 IVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die Invalidenversicherung (Art. 1a-26^{bis} und 28-70) anwendbar, soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

4.2 In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (BGE 130 V 329 E. 2.3).

4.2.1 Der Beschwerdeführer ist türkischer Staatsangehöriger, so dass vorliegend das am 1. Januar 1972 mit Wirkung ab 1. Januar 1969 in Kraft getretene Abkommen vom 1. Mai 1969 zwischen der Schweiz und der Republik Türkei über soziale Sicherheit (SR 0.831.109.763.1) anwendbar ist. Gemäss Art. 2 Abs. 1 des Abkommens sind die Staatsangehörigen der einen Vertragspartei sowie deren Angehörige und Hinterlassene, soweit diese ihre Rechte von den genannten Staatsangehörigen ableiten, in ihren Rechten und Pflichten aus der Gesetzgebung der anderen Vertragspartei den Staatsangehörigen dieser Vertragspartei gleichgestellt, sofern das Abkommen und sein Schlussprotokoll nichts anderes bestimmen. Unter Vorbehalt der abweichenden Bestimmungen des Abkommens und seines Schlussprotokolls erhalten türkische und schweizerische Staatsangehörige,

die Anspruch auf Leistungen der Sozialen Sicherheit gemäss den in Artikel 1 des Abkommens genannten Gesetzgebungen haben, diese Leistungen in vollem Umfang und ohne jede Einschränkung, solange sie im Gebiet einer der Vertragsparteien wohnen; unter dem gleichen Vorbehalt werden die erwähnten Leistungen von der einen Vertragspartei an Angehörige der anderen Vertragspartei, die in einem Drittstaat wohnen, unter den gleichen Voraussetzungen und in gleichem Umfang gewährt wie den eigenen Staatsangehörigen, die in diesem Staat wohnen (Art. 3 des Abkommens).

4.2.2 Der Anspruch auf eine Invalidenrente richtet sich nach den Bestimmungen des IVG und der zugehörigen Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV, SR 831.201) sowie denjenigen des ATSG und der zugehörigen Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV, SR 830.11). Am 1. Januar 2008 sind die Änderungen des IVG und des ATSG vom 6. Oktober 2006 sowie der IVV vom 28. September 2007 (5. IV-Revision, AS 2007 5129 bzw. AS 2007 5155) in Kraft getreten. Ein allfälliger Leistungsanspruch ist für die Zeit vor einem Rechtswechsel aufgrund der bisherigen und ab diesem Zeitpunkt nach den neuen Bestimmungen zu prüfen (BGE 130 V 445). Demgemäss sind im vorliegenden Fall für die Zeit vom 1. Januar 2004 bis zum 31. Dezember 2007 das IVG und das ATSG in der Fassung vom 21. März 2003 und die IVV in der Fassung vom 21. Mai 2003 (4. IV-Revision, AS 2003 3837 bzw. AS 2003 3859) anwendbar. Soweit sich der Rentenanspruch auf die Zeit nach dem 1. Januar 2008 bezieht, sind die Bestimmungen der erwähnten Erlasse in der seit diesem Datum geltenden Fassung anwendbar.

5.

Nach dem ATSG in Verbindung mit dem IVG ist der Begriff "Invalidität" nicht nach medizinischen Kriterien definiert, sondern nach der Unfähigkeit, Erwerbseinkommen zu erzielen (BGE 110 V 273 E. 4a, BGE 102 V 165) oder sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen. Dabei sind die Erwerbs- bzw. Arbeitsmöglichkeiten nicht nur im angestammten Beruf bzw. in der bisherigen Tätigkeit, sondern auch in zumutbaren Verweisungstätigkeiten zu prüfen.

5.1 Nach Art. 8 Abs. 1 ATSG ist die Invalidität die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit. Art. 4 IVG führt dazu aus, dass die Invalidität Folge von

Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein kann; nach Art. 4 Abs. 2 IVG gilt die Invalidität als eingetreten, sobald sie die für die Begründung des Anspruchs auf die jeweilige Leistung erforderliche Art und Schwere erreicht hat.

Gemäss Art. 7 ATSG (in der bis am 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung) ist Erwerbsunfähigkeit der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt. Nach dem seit dem 1. Januar 2008 in Kraft stehenden Art. 7 Abs. 2 ATSG sind für die Beurteilung des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu berücksichtigen; eine Erwerbsunfähigkeit liegt zudem nur vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist.

Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt (Art. 6 ATSG).

5.2 Anspruch auf eine ganze Rente besteht bei einem Grad der Invalidität von mindestens 70%, auf eine Dreiviertelsrente bei einem solchen von mindestens 60%, auf eine halbe Rente bei einem solchen von mindestens 50% und auf eine Viertelsrente bei einem solchen von mindestens 40% (bis zum 31. Dezember 2007: Art. 28 Abs. 1 IVG; ab 1. Januar 2008: Art. 28 Abs. 2 IVG).

Beträgt der Invaliditätsgrad weniger als 50%, werden die entsprechenden Renten nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben (bis 31. Dezember 2007: Art. 28 Abs. 1^{ter} IVG; ab 1. Januar 2008: Art. 29 Abs. 4 IVG).

5.3 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. Invalidenein-

kommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (sog. Valideneinkommen, Art. 16 ATSG).

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 ob sie ein rentenausschliessendes Einkommen zu erzielen vermag oder nicht (BGE 110 V 273 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 2009/1 IV Nr. 8 S. 17 E. 3c, SVR 1996 IV Nr. 70 S. 204 E. 3c, ZAK 1989 S. 322 E. 4).

5.4 Zu bemerken bleibt, dass aufgrund des im gesamten Sozialversicherungsrecht geltenden Grundsatzes der Schadenminderungspflicht eine in ihrem bisherigen Tätigkeitsbereich dauernd arbeitsunfähige versicherte Person 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, 111 V 235 E. 2a). Deshalb ist es am behandelnden Arzt bzw. am Vertrauensarzt einer IV-Stelle zu entscheiden, in welchem Ausmass eine versicherte Person ihre verbliebene Arbeitsfähigkeit bei zumutbarer Tätigkeit und zumutbarem Einsatz auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt verwerten kann. Diese sogenannte Verweisungstätigkeit hat sich die versicherte Person anrechnen zu lassen (leidensangepasste Verweisungstätigkeit; ZAK 1986 S. 204 f.), wobei es un-

erheblich ist, ob sie ihre Restarbeitsfähigkeit tatsächlich verwertet oder nicht.

6.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Vorinstanz gestützt auf Dr. med. S. A._____s Gutachten vom 20. Dezember 2007 (act. 86) und die entsprechende Stellungnahme von Dr. Ü._____ vom 20. März 2008 (act. 88), im Rahmen der Vernehmlassung bestätigt durch Dr. L._____s Stellungnahme vom 3. November 2008 (act. 96), die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers in Verweisungstätigkeiten zu Recht auf 100 % festgesetzt hat.

6.1 Der Beschwerdeführer macht in formeller Hinsicht geltend, Dr. med. A._____s Gutachten vom 20. Dezember 2007 (act. 86) sei aus dem Recht zu weisen, da dem Beschwerdeführer der Name der Gutachterin nicht bekannt gegeben worden sei und diese als Angestellte der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft Bahn See nicht unabhängig gewesen sei.

6.1.1 Art. 44 ATSG ist eine den Ausstand betreffende Verfahrensregel, welche den Versicherungsträger verpflichtet, vor der Einholung eines Sachverständigengutachtens der Partei den Namen der begutachtenden Person bekannt zu geben. Die Partei kann den Gutachter oder die Gutachterin aus triftigen Gründen ablehnen und Gegenvorschläge machen.

Im vorliegenden Fall wurde dem Beschwerdeführer der Name der Gutachterin nicht mitgeteilt und insofern Art. 44 ATSG nicht beachtet. Der Beschwerdeführer hätte jedoch anlässlich der Untersuchung Ausstands- bzw. Ablehnungsgründe geltend machen können. Nach der Lehre verstösst eine Partei, welche trotz der Kenntnis, dass eine befangene Person am Entscheid mitwirkt, nicht interveniert und erst Einwände gegen das Verfahren erhebt, wenn der Entscheid zu ihren Ungunsten ausfällt, gegen das Gebot von Treu und Glauben (vgl. BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich Basel Genf 2002, S. 207 f.). Aus dem Recht zu weisen wäre das Gutachten dann, wenn die Vorinstanz trotz entsprechendem Begehren die Ablehnungsgründe nicht gepüft und das Gutachten ohne förmliche Abweisung des Ablehnungsbegehrens gegen den Willen des Beschwerdeführers durch Dr. med. A._____ hätte erstellen lassen (zur formellen Natur des Anspruchs auf ein unabhängiges Sachverständigengutachten vgl. SUSANNE FANKHAUSER, Sachverhaltsabklärung in

der Invalidenversicherung – ein Gleichbehandlungsproblem, Zürich Basel Genf 2010, S. 110 f.). Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer die Gutachterin offensichtlich akzeptiert, weshalb sein Anspruch auf deren Ablehnung verwirkt ist (vgl. SCHINDLER, a.a.O., S. 209).

6.1.2 Die Gebote der Unparteilichkeit und Unbefangenheit gelten unabhängig von den gesetzlich geregelten Ausstandsgründen sowohl für die verwaltungsinternen als auch für die verwaltungsexternen Sachverständigen (vgl. FANKHAUSER, a.a.O., S. 109). Angesichts der überragenden Bedeutung ihrer Stellungnahmen sind an die Unabhängigkeit der sachverständigen Personen hohe Anforderungen zu stellen (FANKHAUSER, a.a.O., S. 110 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt die Tatsache allein, dass der befragte Arzt in einem Anstellungsverhältnis zum Versicherungsträger steht, nicht schon auf mangelnde Objektivität und auf Befangenheit schliessen; es bedarf vielmehr besonderer Umstände, welche das fehlende Vertrauen in die Unparteilichkeit der Beurteilung objektiv als begründet erscheinen lassen (vgl. BGE 123 V 331 E. 1c mit Hinweis). Daraus folgert das Bundesgericht: "Wenn selbst aus der Tatsache, dass ein Arzt in einem Anstellungsverhältnis zum Versicherungsträger steht, nicht auf mangelnde Objektivität und auf Befangenheit zu schliessen ist, kann dieser Vorwurf um so weniger gegenüber den Ärzten der MEDAS erhoben werden, welche nicht durch den Versicherungsträger selber, sondern durch die jeweilige Trägerorganisation angestellt werden" (vgl. BGE 123 V 175 E. 4b). Im vorliegenden Fall ist die Gutachterin weder beim entscheidenden Versicherungsträger noch bei einer MEDAS, sondern bei der Deutschen Rentenversicherung angestellt. In Berücksichtigung der zitierten Rechtsprechung kann aus dieser Konstellation für sich allein genommen erst recht nicht auf mangelnde Unabhängigkeit der Gutachterin geschlossen werden. Da keine Anhaltspunkte für eine Befangenheit von Dr. med. A._____ vorliegen, ist im vorliegenden Fall von deren Unabhängigkeit auszugehen.

6.2 Die Vorinstanz hat auf Empfehlung von Dr. L._____ hin ein rheumatologisches Gutachten in Auftrag gegeben (vgl. Schreiben an die Deutsche Rentenversicherung [vormals: Bahnversicherungsanstalt] vom 3. April 2007 [act. 75]). Statt dessen wurde jedoch ein internistisch-sozialmedizinisches Gutachten erstattet.

Gemäss Art. 48 IVV sind in den regionalen ärztlichen Diensten (RAD) insbesondere die Fachdisziplinen Innere oder Allgemeine Medizin, Orthopädie, Rheumatologie, Pädiatrie und Psychiatrie vertreten. Der Verordnungsgeber ging somit davon aus, dass die Spezialärzte Gutachten auf ihrem Fachgebiet erstellen. Dieser für die versicherungsinternen Gutachten der RAD geltende Grundsatz muss auch für versicherungsexterne Gutachten gelten. Dies schliesst – im Gegensatz zu der von Dr. L._____ geäusserten Meinung (vgl. Sachverhalt Bst. O) – aus, dass eine Ärztin für Innere Medizin ein rheumatologisches Gutachten erstellt. Das Gutachten vom 20. Dezember 2007 (act. 86) kann daher nicht als fachärztliches Gutachten betreffend die rheumatischen Beschwerden gelten.

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass vorliegend offen bleiben muss, ob die Gutachterin im Besitz der medizinischen Vorakten gewesen ist, wie es die Rechtsprechung zum Beweiswert medizinischer Gutachten verlangt (vgl. BGE 125 V 351 E. 3). Das Gutachten vom 20. Dezember 2007 (act. 86) enthält jedenfalls keine Angaben darüber, welche medizinischen Akten Dr. med. A._____ zur Verfügung gestanden haben.

Kritisch zu würdigen ist die Tatsache, dass die von Dr. Z._____, Arzt für Neurologie und Psychiatrie genannten Diagnosen der anhaltenden somatoformen Schmerzstörung und der Dysthymie (vgl. Bericht vom 20. Oktober 2003 [act. 45]) vom medizinischen Dienst der Vorinstanz nicht erwähnt werden, obwohl auch in Dr. med. A._____s Gutachten vom 20. Dezember 2007 die Diagnose des Verdachts auf somatoforme Schmerzstörung gestellt wird (vgl. act. 86 S. 9). Nach der Rechtsprechung setzt die Annahme eines psychischen Gesundheitsschadens, so auch einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung, zunächst eine fachärztlich (psychiatrisch) gestellte Diagnose nach einem wissenschaftlich anerkannten Klassifikationssystem voraus (BGE 131 V 49 E. 1.2 mit Hinweis). Aufgrund der Hinweise auf eine psychische Erkrankung war die Vorinstanz gehalten, einen Psychiater oder eine Psychiaterin beizuziehen. Mit Blick auf diesen Mangel in der vorinstanzlichen Sachverhaltsabklärung erscheint die Rüge des Beschwerdeführers, es hätte ein polydisziplinäres Gutachten erstellt werden müssen, berechtigt.

Widersprüchlich sind auch die Aussagen der IV-Stellenärzte bezüglich der zumutbaren Verweisungstätigkeiten: Während Dr. Ü._____ in

seiner Stellungnahme vom 20. März 2008 (act. 88) unter der Rubrik "spezielle Einschränkungen, welche berücksichtigt werden müssen" eine wechselnde Arbeitsposition nennt, empfiehlt Dr. L._____ in seiner Stellungnahme vom 3. November 2008 (act. 96) dem Beschwerdeführer vorwiegend sitzende Tätigkeiten.

Offen ist schliesslich der Eintritt der Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf des Beschwerdeführers und damit der Beginn einer allfälligen Wartezeit gemäss Art. 29 Abs. 1 Bst. b IVG (in der bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung) bzw. Art. 28 Abs. 1 Bst. b IVG (in Kraft seit dem 1. Januar 2008). Dr. Ü._____s Aussage, der Beschwerdeführer sei in der bisherigen Tätigkeit als Kellner seit dem 8. November 2004 zu 100% arbeitsunfähig, findet in den Akten keine Stütze.

In Anbetracht dieser Erwägungen erscheint der medizinische Sachverhalt nicht genügend abgeklärt. Die Rüge der unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gemäss Art. 49 Bst. b VwVG erweist sich somit als begründet.

7.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Beschwerde als teilweise begründet erweist und entsprechend dem Eventualantrag gutzuheissen ist. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben, und die Sache ist gestützt auf Art. 61 Abs. 1 VwVG an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese ein rheumatologisch-psychiatrisches Gutachten einhole und aufgrund dessen Ergebnisse die Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers neu festsetze. Auch der Eintritt des Gesundheitsschadens und der Beginn einer allfälligen Wartezeit ist zu bestimmen. Gestützt auf einen entsprechenden Einkommensvergleich nach den Vorgaben des Einkommensvergleichs vom 25. November 2008 (act. 98) ist der Invaliditätsgrad zu ermitteln und eine neue Verfügung betreffend den Rentenanspruch zu erlassen.

8.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens steht dem obsiegenden Beschwerdeführer eine Parteientschädigung für ihm erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zu (Art. 64 VwVG in Verbindung mit Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei

und tritt an die Stelle der in Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung vom Bundesverwaltungsgericht zu übernehmenden Anwaltskosten. In Anbetracht der Tatsache, dass es sich um einen durchschnittlichen Fall handelt, dass mit der Beschwerde keine Beweismittel eingereicht und dass keine Replik ausgearbeitet worden ist, erscheint eine Entschädigung von pauschal Fr. 2'000.- als angemessen. Diese ist von der Vorinstanz zu bezahlen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, und die Verfügung vom 24. Juni 2008 wird aufgehoben.

2.

Die Sache wird zur weiteren Abklärung des Sachverhalts im Sinn der Erwägungen und zum Erlass einer neuen Verfügung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil geht an:

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Franziska Schneider

Susanne Genner

Rechtsmittelbelehrung:

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

Versand: