



## Urteil vom 28. März 2011

---

Besetzung

Richter Michael Peterli (Vorsitz),  
Richterin Franziska Schneider,  
Richterin Madeleine Hirsig-Vouilloz,  
Gerichtsschreiberin Sandra Tibis.

---

Parteien

**X.** \_\_\_\_\_, Spanien,  
vertreten durch Rechtsanwalt Abelardo Vazquez Conde,  
avenida La Habana, 9-1°, ES-32003 Ourense,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

IV (Rente).

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

Der am (...) 1953 geborene, verheiratete, spanische Staatsangehörige X.\_\_\_\_\_ lebt in Spanien. Er hat von Oktober 1973 bis Mai 2007 in der Schweiz als Kellner und Koch gearbeitet und dabei Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung entrichtet (act. 1 und 6). Am 20. November 2008 hat er in Spanien einen Antrag auf Ausrichtung einer Invalidenrente gestellt, welcher der IV-Stelle für Versicherte im Ausland (nachfolgend: IVSTA) im Dezember 2008 weitergeleitet worden ist (Formular E 204, act. 1).

**B.**

Mit Verfügung vom 5. Juni 2009 (act. 21) hat die IVSTA das Leistungsbegehren von X.\_\_\_\_\_ abgewiesen, da keine ausreichende durchschnittliche Arbeitsunfähigkeit während eines Jahres vorliege.

Die IVSTA zog zur Beurteilung des Gesuchs namentlich folgende Unterlagen bei: die Berichte der Radiologie des A.\_\_\_\_\_ vom 11. Juli 2005 (act. 11) und vom 27. November 2006 (act.12), den Kurzbericht von Dr. med. B.\_\_\_\_\_, Innere Medizin, vom 20. Juni 2007 (act. 13), den Kurzbericht von Dr. med. C.\_\_\_\_\_ vom 20. November 2007 (act. 14), den Formularbericht E 213 vom 16. Dezember 2008 (act. 15) sowie die Stellungnahme von Dr. med. D.\_\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädie und Traumatologie, des regionalen ärztlichen Dienstes (RAD) vom 28. März 2009 (act. 18).

**C.**

Gegen die Verfügung vom 5. Juni 2009 hat X.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer), vertreten durch Rechtsanwalt Abelardo Vazquez Conde, mit Eingabe vom 27. November 2009 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben. Er beantragte die Zusprechung einer Invalidenrente, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, die gesundheitlichen Einschränkungen liessen keine Erwerbstätigkeit mehr zu.

**D.**

Am 13. Januar 2010 ist der mit Zwischenverfügung vom 11. Dezember 2009 einverlangte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 400.-- und eines "Überschusses" in der Höhe von Fr. 13.-- beim Bundesverwaltungsgericht eingegangen.

**E.**

Mit Vernehmlassung vom 25. Juni 2010 beantragte die IVSTA die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung verwies sie auf die beim

medizinischen Dienst eingeholten Stellungnahmen, welche dem Beschwerdeführer in Verweistätigkeiten eine volle Arbeitsfähigkeit attestieren. Die Invalidität betrage lediglich 20%, weshalb der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine Rente habe.

**F.**

Mit Replik vom 14. Juli 2010 hielt der Beschwerdeführer an seinen Anträgen fest.

**G.**

Die IVSTA hielt mit Duplik vom 2. August 2010 ebenfalls an ihrem Antrag fest.

**H.**

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien sowie die eingereichten Beweismittel ist – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1.** Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) in Verbindung mit Art. 33 lit. d VGG und Art. 69 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG, SR 831.20) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden von Personen im Ausland gegen Verfügungen der IV-Stelle für Versicherte im Ausland. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor.

**1.2.** Aufgrund von Art. 3 lit. d<sup>bis</sup> des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) findet das VwVG keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) anwendbar ist. Gemäss Art. 1 Abs. 1 IVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die Invalidenversicherung (Art. 1a bis 26<sup>bis</sup> IVG und 28 bis 70 IVG)

anwendbar, soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

**1.3.** Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung, so dass er im Sinne von Art. 59 ATSG beschwerdelegitimiert ist.

**1.4.** Gemäss Art. 60 Abs. 1 ATSG ist die Beschwerde innert 30 Tagen nach Eröffnung der Verfügung einzureichen. Vorliegend datiert die angefochtene Verfügung vom 5. Juni 2009 und wurde dem Beschwerdeführer unbestrittenermassen am 6. November 2009 durch den spanischen Versicherungsträger zugestellt. Die vorliegende Beschwerde wurde somit fristgerecht erhoben.

Da die Beschwerde im Übrigen formgerecht (Art. 52 Abs. 1 VwVG) eingereicht und der einverlangte Kostenvorschuss fristgerecht geleistet wurde, ist auf die Beschwerde einzutreten.

## **2.**

**2.1.** Der Beschwerdeführer ist spanischer Staatsangehöriger, sodass vorliegend das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681), insbesondere dessen Anhang II betreffend Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, anzuwenden ist (Art. 80a IVG). Nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (Verordnung Nr. 1408/71, SR 0.831.109.268.1) haben die in den persönlichen Anwendungsbereich der Verordnung fallenden, in einem Mitgliedstaat wohnenden Personen aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

**2.2.** Soweit das FZA beziehungsweise die auf dieser Grundlage anwendbaren gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakte keine abweichenden Bestimmungen vorsehen, richtet sich die Ausgestaltung des Verfahrens – unter Vorbehalt der beiden Grundsätze der Gleichwertigkeit sowie der Effektivität – sowie die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen einer schweizerischen Invalidenrente grundsätzlich nach der innerstaatlichen

Rechtsordnung (BGE 130 V 257 E. 2.4). Entsprechend bestimmt sich vorliegend der Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Rente der Invalidenversicherung ausschliesslich nach dem innerstaatlichen schweizerischen Recht, insbesondere nach dem IVG sowie der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201).

Gemäss Art. 40 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1408/71 ist die vom Träger eines Mitgliedstaates getroffene Entscheidung über die Invalidität eines Antragstellers für den Träger eines anderen betroffenen Staates nur dann verbindlich, wenn die in den Rechtsvorschriften dieser Staaten festgelegten Tatbestandsmerkmale der Invalidität in Anhang V dieser Verordnung als übereinstimmend anerkannt sind, was für das Verhältnis zwischen Spanien und der Schweiz (ebenso wie das Verhältnis zwischen den übrigen EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz) nicht der Fall ist. Gemäss Art. 40 der Verordnung Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (Verordnung Nr. 574/72, SR 0.831.109.268.11) hat der Träger eines Mitgliedstaates aber bei der Bemessung des Invaliditätsgrades die von den Trägern der anderen Staaten erhaltenen ärztlichen Unterlagen und Berichte sowie Auskünfte der Verwaltung zu berücksichtigen, soweit sie rechtsgenügend ins Verfahren eingebracht werden (vgl. Art. 32 VwVG). Jeder Träger behält jedoch die Möglichkeit, die antragstellende Person durch einen Arzt oder eine Ärztin seiner Wahl untersuchen zu lassen. Eine Pflicht zur Durchführung einer solchen Untersuchung besteht allerdings nicht.

### **3.**

**3.1.** Die Beschwerdeführenden können im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie Unangemessenheit des Entscheids rügen (Art. 49 VwVG).

**3.2.** Nach der Rechtsprechung stellt das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung einer Streitsache in der Regel auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Entscheides eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweis). Tatsachen, die jenen Sachverhalt seither verändert haben, sollen im Normalfall Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung sein (BGE 121 V 362 E. 1b). Nachfolgend zu würdigen sind im vorliegenden Verfahren jedoch nebst den ärztlichen Berichten, welche bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung vom 5. Juni 2009 verfasst wurden, auch die vom Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren eingereichten Berichte neueren Datums, da diese medizinischen Dokumente wenige Wochen nach Erlass der Verfügung

erstellt worden sind, mit dem Streitgegenstand in einem engen Sachzusammenhang stehen und geeignet sind, die Beurteilung im Verfügungszeitpunkt zu beeinflussen (vgl. BGE 116 V 80 E. 6b, ZAK 1989 S. 111 E. 3b mit Hinweisen).

**3.3.** Weiter sind in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten (BGE 132 V 220 E. 3.1.1, 131 V 11 E. 1). Daher ist ein allfälliger Leistungsanspruch für die Zeit bis zum 31. Dezember 2007 aufgrund der bisherigen und ab diesem Zeitpunkt nach den neuen Normen zu prüfen (pro rata temporis; BGE 130 V 445).

Die 5. IV-Revision brachte für die Invaliditätsbemessung keine substanziellen Änderungen gegenüber der bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Rechtslage, so dass die zur altrechtlichen Regelung ergangene Rechtsprechung weiterhin massgebend ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts [BGer] 8C\_373/2008 vom 28. August 2008 E. 2.1). Neu normiert wurde dagegen die minimale Beitragsdauer, welche von einem Jahr auf drei Jahre erhöht wurde (Art. 36 Abs. 1 IVG [in der Fassung der 5. IV-Revision, AS 2007 5129]) und der Zeitpunkt des Rentenbeginns, der – sofern die entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen gegeben sind – gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG (in der Fassung der 5. IV-Revision) frühestens sechs Monate nach Geltendmachung des Leistungsanspruchs nach Art. 29 Abs. 1 ATSG entsteht. Hat das Wartejahr allerdings vor dem 1. Januar 2008 zu laufen begonnen und wurde die Anmeldung bis spätestens am 31. Dezember 2008 eingereicht, so gilt das alte Recht (vgl. auch Rundschreiben Nr. 253 des Bundesamtes für Sozialversicherungen [BSV] vom 12. Dezember 2007 [5. IV-Revision und Intertemporalrecht] und Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] C-5509/2008 vom 2. September 2010 E. 2.2).

#### **4.**

**4.1.** Vorliegend hat der Beschwerdeführer die gemäss der seit 1. Januar 2008 in Kraft stehenden Regelung geltende dreijährige Mindestbeitragszeit aufgrund der zwischen 1973 und 2007 geleisteten Beiträge und somit auch die gemäss der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Mindestbeitragszeit von einem Jahr zweifellos erfüllt.

**4.2.** Versicherte haben Anspruch auf eine Viertelsrente, wenn sie zu mindestens 40 Prozent invalid sind, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50 Prozent besteht ein Anspruch auf eine halbe Rente, bei mindestens 60 Prozent auf eine Dreiviertelsrente und bei mindestens 70 Prozent auf eine ganze Rente (Art. 28 Abs. 1 IVG [4. IV-Revision] respektive Art. 28 Abs. 2 IVG [5. IV-Revision]). Gemäss Art. 28 Abs. 1<sup>ter</sup> IVG werden Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50

Prozent entsprechen, jedoch nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben, soweit nicht völkerrechtliche Vereinbarungen eine abweichende Regelung vorsehen, was für Staaten der EU der Fall ist.

**4.3.** Der Rentenanspruch nach Artikel 28 entsteht nach den Vorschriften der 4. IV-Revision frühestens in dem Zeitpunkt, in dem der Versicherte mindestens zu 40% bleibend erwerbsunfähig (Art. 7 ATSG) geworden ist (Art. 29 Abs. 1 lit. a IVG [4. IV-Revision, AS 2003 3837]) oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40% arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen war (Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG [4. IV-Revision]). Nach den Bestimmungen der 5. IV-Revision haben Anspruch auf eine Rente Versicherte, die ihre Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wieder herstellen, erhalten oder verbessern können, während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40% arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen sind und nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40% invalid (Art. 8 ATSG) sind (Art. 28 Abs. 1 lit. a bis c IVG [5. IV-Revision]).

#### **4.4.**

**4.4.1.** Gemäss Art. 8 Abs. 1 ATSG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 IVG ist Invalidität die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit als Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall. Erwerbsunfähigkeit ist gemäss Art. 7 ATSG der durch Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt. Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt (Art. 6 ATSG).

**4.4.2.** Gemäss Rechtsprechung setzt die Annahme einer invalidisierenden (psychischen) Gesundheitsstörung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 IVG sowie Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 ATSG, namentlich auch einer somatoformen Schmerzstörung oder Fibromyalgie, zunächst eine fachärztlich (psychiatrisch) gestellte Diagnose nach einem

wissenschaftlich anerkannten Klassifikationssystem voraus (BGE 132 V 65 E. 3.4, 130 V 352 E. 2.2.3 und 2.2.4, 130 V 396). Wie jede andere psychische Beeinträchtigung begründet indes auch eine diagnostizierte anhaltende somatoforme Schmerzstörung als solche noch keine Invalidität. Vielmehr besteht eine Vermutung, dass die somatoforme Schmerzstörung oder ihre Folgen mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar sind. Bestimmte Umstände, welche die Schmerzbewältigung intensiv und konstant behindern, können den Wiedereinstieg in den Arbeitsprozess unzumutbar machen, 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 psychischen Komorbidität von erheblicher Schwere, Ausprägung und Dauer. Massgebend sein können auch weitere Faktoren, so insbesondere chronische körperliche Begleiterkrankungen, ein mehrjähriger, chronifizierter Krankheitsverlauf mit unveränderter oder progredienter Symptomatik ohne längerdauernde 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") und das Scheitern einer konsequent durchgeführten ambulanten oder stationären Behandlung (auch mit unterschiedlichem therapeutischem Ansatz) 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 E. 1.2 mit Hinweisen; vgl. auch den am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Art. 7 Abs. 2 ATSG). Diese Grundsätze gelten auch für gewisse Somatisierungsstörungen, die zum gleichen Symptomenkomplex mit pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebildern ohne nachweisbare organische Grundlage gehören (Urteil des BGer I 70/07 vom 14. April 2008 E. 5).

Bei anhaltenden somatoformen Schmerzstörungen im Besonderen ist zu beachten, dass diese wesentlich durch psychosoziale Probleme und/oder emotionale Konflikte verursacht werden (vgl. BGE 130 V 396 E. 6.1). Dabei ist zu differenzieren: Soweit psychosoziale und soziokulturelle Faktoren selbständig und insofern direkte Ursache der Einschränkung der Arbeitsfähigkeit sind, liegt keine Krankheit im Sinne der Invalidenversicherung vor. Wenn und soweit solche Umstände zu einer eigentlichen Beeinträchtigung der psychischen Integrität führen, indem sie einen verselbständigten Gesundheitsschaden aufrechterhalten

oder den Wirkungsgrad seiner – unabhängig von den invaliditätsfremden Elementen bestehenden – Folgen verschlimmern, können sie sich mittelbar invaliditätsbegründend auswirken (Urteile des BGer 9C\_830/2007 vom 29. Juli 2008 E. 4.2, 9C\_578/2007 vom 13. Februar 2008 E. 2.2 und I 514/06 vom 25. Mai 2007 E. 2.2.2.2, mit Hinweisen; vgl. auch BGE 127 V 294 E. 5a und SVR 2008 IV Nr. 62).

**4.5.** Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung (und im Beschwerdefall das Gericht) auf Unterlagen angewiesen, die ärztliche und gegebenenfalls andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes im schweizerischen Invalidenverfahren ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und gegebenenfalls bezüglich welcher Tätigkeiten der Versicherte arbeitsunfähig ist. Die ärztlichen Auskünfte sind sodann eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen dem Versicherten konkret noch zugemutet werden können (BGE 125 V 256 E. 4, 115 V 134 E. 2; AHI-Praxis 2002, S. 62, E. 4b/cc).

**4.5.1.** Das Bundesrecht schreibt nicht vor, wie die einzelnen Beweismittel zu würdigen sind. Für das gesamte Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Danach haben Versicherungsträger und Sozialversicherungsgerichte die Beweise frei, das heisst ohne förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Dies bedeutet für das Gericht, dass es alle Beweismittel, unabhängig, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden hat, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruches gestatten. Insbesondere darf es bei einander widersprechenden medizinischen Berichten den Prozess nicht erledigen, ohne das gesamte Beweismaterial zu würdigen und die Gründe anzugeben, warum es auf die eine und nicht auf die andere medizinische These abstellt.

**4.5.2.** Bezüglich des Beweiswertes eines Arztberichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen der Experten begründet sind. Ausschlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Herkunft des Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder als Gutachten (vgl. dazu das Urteil des

BGer I 268/2005 vom 26. Januar 2006 E. 1.2 mit Hinweis auf BGE 125 V 352 E. 3a).

Gleichwohl erachtet es die Rechtsprechung mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung als vereinbar, Richtlinien für die Beweiswürdigung in Bezug auf bestimmte Formen medizinischer Berichte und Gutachten aufzustellen (vgl. hierzu BGE 125 V 352 E. 3b; AHI 2001 S. 114 E. 3b; Urteil des BGer I 128/98 vom 24. Januar 2000 E. 3b). So ist den im Rahmen des Verwaltungsverfahrens eingeholten Gutachten externer Spezialärzte, welche aufgrund eingehender Beobachtungen und Untersuchungen sowie nach Einsicht in die Akten Bericht erstatten und bei der Erörterung der Befunde zu schlüssigen Ergebnissen gelangen, bei der Beweiswürdigung volle Beweiskraft zuzuerkennen, solange nicht konkrete Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen (BGE 125 V 353 E. 3b/bb, mit weiteren Hinweisen). Berichte der behandelnden Ärzte schliesslich sind aufgrund deren auftragsrechtlicher Vertrauensstellung zum Patienten mit Vorbehalt zu würdigen (BGE 125 V 353 E. 3b/cc). Dies gilt für den allgemein praktizierenden Hausarzt wie auch für den behandelnden Spezialarzt (Urteil des BGer I 655/05 vom 20. März 2006 E. 5.4 mit Hinweisen; vgl. aber Urteil des BGer 9C\_24/2008 vom 27. Mai 2008 E. 2.3.2).

**4.5.3.** Berichten und Gutachten versicherungsinterner Ärzte kommt Beweiswert zu, sofern sie als schlüssig erscheinen, nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei sind und keine Indizien gegen ihre Zuverlässigkeit bestehen. Die Tatsache allein, dass der befragte Arzt in einem Anstellungsverhältnis zum Versicherungsträger steht, lässt nicht schon auf mangelnde Objektivität und auf Befangenheit schliessen. Es bedarf vielmehr besonderer Umstände, welche das Misstrauen in die Unparteilichkeit der Beurteilung objektiv als begründet erscheinen lassen (BGE 125 V 351 E. 3b/ee mit Hinweisen).

## **5.**

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die IVSTA das Leistungsbegehren des Beschwerdeführers zu Recht abgewiesen hat.

### **5.1.**

**5.1.1.** Den Berichten des A. \_\_\_\_\_ vom 11. Juli 2005 (act. 11) und vom 27. November 2006 (act. 12) sind folgende Diagnosen zu entnehmen: Diskopathien bei L4/L5 sowie L2/L3, jedoch keine Kompression auf der Höhe L5/S1 und mässige Protrusion auf der Höhe L3/L4 sowie eine Hämochromatose und eine Leberschädigung, welche mittels Biopsie festgestellt worden ist. In diesen Berichten fehlen Angaben zur Arbeitsfähigkeit.

**5.1.2.** Gemäss Kurzbericht von Dr. med. E. \_\_\_\_\_, Facharzt für Innere Medizin, vom 24. August 2006 (Beschwerde-Beilage 3) liegen beim

Beschwerdeführer eine Hepatopathie, eine Polyneuralgie, blutende Hämorrhoiden, eine Dyslipidämie sowie ein ängstlich-depressives Syndrom vor. Auch dieser Arzt hat keine Angaben zur Arbeitsfähigkeit gemacht.

**5.1.3.** Mit Kurzbericht vom 20. Juni 2007 (act. 13) bestätigte Dr. med. B.\_\_\_\_\_, Facharzt für Innere Medizin, dass dem Beschwerdeführer seit Bekanntwerden der Hämochromatose mehrmals jährlich Blut entnommen worden sei, seit Mai 2003 bereits insgesamt 35 Mal.

**5.1.4.** Dr. med. F.\_\_\_\_\_, und Dr. med. C.\_\_\_\_\_, diagnostizierten in ihren Kurzberichten vom 9. November 2007 (Beschwerde-Beilage 3a) respektive vom 20. November 2007 (act. 14) eine gastrointestinale Blutung zufolge Mallory-Weiss-Syndrom. Auch hier fehlen Angaben zur Arbeitsfähigkeit.

**5.1.5.** Dem Formularbericht E213 vom 16. Dezember 2008 (act. 15) ist zu entnehmen, dass beim Beschwerdeführer eine Hämochromatose, ein Alkoholabusus "in Entwöhnung", eine Kniegelenksarthrose, eine Axial-Arthrose sowie ein Mallory-Weiss-Syndrom vorliege. Der Beschwerdeführer sei in seiner früheren Tätigkeit als Kellner seit 2008 100% arbeitsunfähig. Für leichte Arbeiten bestehe dagegen eine Arbeitsfähigkeit von 100%.

**5.1.6.** Dr. med. D.\_\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädie und Traumatologie, des Regionalen Ärztlichen Dienstes (RAD) hat in seiner Stellungnahme vom 28. März 2009 (act. 18) folgende Diagnosen festgehalten: Hämochromatose (behandelt durch Blutentnahmen), degenerative Veränderungen der Wirbelsäule ohne radikuläre Symptomatik, beginnende Kniearthrose rechts, Status nach gastrointestinaler Blutung bei Mallory-Weiss-Syndrom 11/2007 und Alkoholabusus ohne psychiatrische Erkrankung. In Bezug auf die Arbeitsfähigkeit führte er aus, die Hospitalisation im November 2007 wegen einer gastrointestinalen Blutung sei ein einmaliges Ereignis gewesen ohne Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit, die schlechten Leberwerte seien alkoholbedingt und würden eine Arbeit nicht ausschliessen. Ebenso wenig schliesse der Alkoholismus ohne psychiatrische Beeinträchtigung eine berufliche Tätigkeit aus. Ferner hielt er fest, der Bewegungsapparat sei sowohl im Lumbalbereich als auch in Bezug auf die Knie nicht derart beeinträchtigt, dass eine Bewegungseinschränkung vorliege. Insgesamt liege somit keine Arbeitsunfähigkeit von längerer Dauer vor.

**5.1.7.** Dem Kurzbericht von Dr. med. G. \_\_\_\_\_ vom 11. Mai 2009 (Beschwerde-Beilage 5) sind (soweit lesbar) folgende Diagnosen zu entnehmen: Leberschädigung, Hämochromatose, gastrointestinale Blutung, Dyslipidämie und Mallory-Weiss-Syndrom. Zur Arbeitsfähigkeit äusserte sich die Ärztin nicht.

**5.1.8.** Dr. med. H. \_\_\_\_\_, Facharzt für orthopädische Chirurgie, hat in seinem Bericht vom 29. Juli 2009 (Beschwerde-Beilage 7) gestützt auf die Resultate eines MRI folgende Diagnosen gestellt: schwere lumbale Spondylarthrose mit degenerativen Veränderungen der Bandscheiben, insbesondere L3-L4-L5-S1 mit wesentlicher degenerativen Veränderung der hinteren Facettengelenke, Verengung des Wirbelkanals, lumbale Skoliose, Zervikalarthrose mit wesentlicher Degeneration der Bandscheibe C5/C6, Muskelschmerzen, Spannungskopfschmerz, Impingementsyndrom der Schulter und mehrfache lumbale Diskusprotrusion. Zuzufolge dieser Einschränkungen sei der Beschwerdeführer für Arbeiten, bei welchen insbesondere langes Stehen, Beugen des Oberkörpers oder ein repetitiver Einsatz des rechten Armes gefragt sei, wesentlich eingeschränkt. Für die Arbeit als Kellner sei der Beschwerdeführer aufgrund der beschriebenen Einschränkungen nicht mehr geeignet.

**5.1.9.** Dr. med. I. \_\_\_\_\_, Arzt für Neurologie und Psychiatrie, hat in seinem Bericht vom 18. August 2009 (Beschwerde-Beilage 8) folgende Diagnosen gestellt: chronische Alkoholabhängigkeit (zur Zeit abstinent und in Behandlung), schwere Depression (33 Punkte auf der Beck-Skala), ängstlich-depressive Gemütslage und somatoforme Schmerzstörung. Aufgrund dieser Einschränkungen attestierte er dem Beschwerdeführer eine volle Arbeitsunfähigkeit für alle Arbeiten.

**5.1.10.** Dr. med. J. \_\_\_\_\_, Arzt für Innere Medizin, RAD, hat in seiner medizinischen Stellungnahme vom 10. Mai 2010 (act. 33) festgehalten, der Beschwerdeführer leide insbesondere an einem zervikal- und lumbalsyndrom bei degenerativen Wirbelsäulenveränderungen, beginnender Gonarthrose rechts sowie einem Impingementsyndrom der rechten Schulter. Ferner seien als Diagnosen ohne Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit eine schwere ängstlich-depressive Symptomatik mit anhaltender somatoformer Schmerzstörung, eine Hämochromatose, Alkoholabusus bei Hepatopathie, äthylische Polyneuropathie und Status nach gastrointestinaler Blutung bei Mallory-Weiss-Syndrom, ein gastroösophagealer Reflux, Adipositas (BMI 29,4), Dyslipidämie und

Hämorrhoiden gestellt worden. Aufgrund der im Rahmen der Beschwerde neu vorgelegten Unterlagen sei davon auszugehen, der Beschwerdeführer sei seit dem 29. Juli 2009 (vgl. Bericht Dr. med. H.\_\_\_\_\_) in seinem früheren Beruf als Kellner/Koch zu 70% arbeitsunfähig. Leichte Tätigkeiten seien grundsätzlich zu 100% zumutbar, er erachte allerdings eine psychiatrische Beurteilung als notwendig.

**5.1.11.** Gemäss psychiatrischer Stellungnahme von Dr. med. K.\_\_\_\_\_ des medizinischen Dienstes der IVSTA, vom 28. Mai 2010 (act. 35) liegt beim Beschwerdeführer ein Alkoholabusus mit einer Depression als Begleiterkrankung vor, welche jedoch keine Arbeitsunfähigkeit zur Folge habe.

**5.2.** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Ärzte im Wesentlichen darin übereinstimmten, beim Beschwerdeführer lägen ein Zervikal- und Lumbovertebralsyndrom bei degenerativen Wirbelsäulenveränderungen, beginnende Gonarthrose rechts und ein Impingementsyndrom vor. Diese Beeinträchtigungen des Bewegungsapparates hätten eine Einschränkung in der Arbeitsfähigkeit als Kellner respektive Koch von 70% (Dr. med. J.\_\_\_\_\_) bis 100% (Formularbericht E 213 und Dr. med. H.\_\_\_\_\_) zur Folge. Die weiteren Diagnosen (Hämochromatose, Alkoholabusus, gastroösophagealer Reflux, Adipositas [BMI 29,4], Dyslipidämie und Hämorrhoiden) beeinträchtigen gemäss übereinstimmender Aussage der begutachtenden Ärzte die Arbeitsfähigkeit nicht.

Am 24. August 2006 wurde von Dr. med. E.\_\_\_\_\_ erstmals ein ängstlich-depressives Syndrom diagnostiziert. Der Neurologe und Psychiater Dr. med. I.\_\_\_\_\_ griff diese Diagnose in seinem Bericht vom 18. August 2009 wieder auf und diagnostizierte zudem eine schwere Depression (33 Punkte auf der Beck-Skala) und eine somatoforme Schmerzstörung. Aus diesen Gründen erachtete Dr. med. I.\_\_\_\_\_ den Beschwerdeführer für sämtliche Tätigkeiten als zu 100% arbeitsunfähig. Der Bericht von Dr. med. I.\_\_\_\_\_ war der Anlass für Dr. med. J.\_\_\_\_\_, welcher Facharzt für Innere Medizin ist, zusätzlich eine psychiatrische Stellungnahme einzuholen. Der daraufhin konsultierte Psychiater, Dr. med. K.\_\_\_\_\_, stellte in seiner äusserst kurz ausgefallenen Stellungnahme vom 28. Mai 2010 lediglich fest, der Beschwerdeführer sei alkoholabhängig mit einer Depression als Begleiterkrankung; es handle sich nicht um eine psychiatrische Störung, sondern um eine Suchtmittelproblematik. Aus psychiatrischen Gründen liege keine Arbeitsunfähigkeit vor. Dr. med. K.\_\_\_\_\_ nahm in keiner Weise Bezug auf die von anderen Ärzten festgestellten Erkrankungen (insbesondere: ängstlich-depressives Syndrom [Dr. med. E.\_\_\_\_\_], schwere Depression und somatoforme Schmerzstörung [Dr. med. I.\_\_\_\_\_]) und diskutierte weder deren Befunde noch legte er dar, wie er zum Schluss komme, es liege

aus psychiatrischer Sicht keine Arbeitsunfähigkeit vor. Eine solche Begründung wäre aber erforderlich gewesen, zumal ihm die Akten auf Ersuchen des nicht im Fachgebiet Psychiatrie spezialisierten Dr. med. J. \_\_\_\_\_ zu diesem Zweck übermittelt worden sind. Auf die Einschätzung von Dr. med. I. \_\_\_\_\_ betreffend Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers kann auch nicht ohne Weiteres abgestellt werden, da der aus Spanien stammende Bericht nicht unter Berücksichtigung der schweizerischen Rechtsprechung zu den somatoformen Schmerzstörungen ergangen ist, zumal weder aus dem Bericht selbst noch aus einem allfälligen schriftlichen Gutachtensauftrag hervorgeht, dass diese Problematik geprüft worden ist. Somit ist auch dieser Bericht in Bezug auf die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit nicht aussagekräftig.

Aufgrund der vorliegenden medizinischen Unterlagen bleibt somit unklar, inwiefern der Beschwerdeführer aus psychiatrischer Sicht beeinträchtigt ist und ob die diagnostizierte somatoforme Schmerzstörung gemäss den Kriterien der Rechtsprechung als überwindbar gilt. Indem die IVSTA die Frage, ob die von den spanischen Ärzten diagnostizierten psychischen Beeinträchtigungen den Beschwerdeführer in seiner Arbeitsfähigkeit einschränken, nicht weiter abgeklärt hat, hat sie den Sachverhalt unvollständig ermittelt.

Die Beschwerde ist daher teilweise gutzuheissen und die angefochtene Verfügung ist aufzuheben. Die Sache ist an die IVSTA zurückzuweisen, damit diese den Sachverhalt in psychiatrischer Hinsicht abkläre und unter Berücksichtigung der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze die Einschränkung der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers ermittle und den Invaliditätsgrad festlege.

## **6.**

**6.1.** Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Eine Rückweisung gilt praxisgemäss als Obsiegen der Beschwerde führenden Partei (BGE 132 V 215 E. 6). Einer unterliegenden Vorinstanz sind allerdings gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

Der vom Beschwerdeführer geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 400.-- sowie der geleistete "Überschuss" in der Höhe von Fr. 13.-- ist ihm nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids auf ein von ihm bekannt zu gebendes Konto zurückzuerstatten.

**6.2.** Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE). Der Beschwerdeführer ist im vorliegenden Verfahren durch Rechtsanwalt

Abelardo Vazquez Conde vertreten. Jenem ist daher zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung für die ihm entstandenen notwendigen Kosten zuzusprechen. Da keine Kostennote eingereicht wurde, ist die Parteientschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'500.-- erscheint angemessen.

Der unterliegenden Vorinstanz ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird in dem Sinn gutgeheissen, dass die angefochtene Verfügung vom 5. Juni 2009 aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, damit diese im Sinn der Erwägung 5.2 den Sachverhalt neu abklärt und über den Rentenanspruch neu verfügt.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 413.-- wird dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**3.**

Dem Beschwerdeführer wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'500.-- zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Michael Peterli

Sandra Tibis

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. 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 (Art. 42 BGG).

Versand: