



---

Abteilung III  
C-7823/2010

## **Urteil vom 1. Oktober 2012**

---

Besetzung

Richterin Franziska Schneider (Vorsitz),  
Richter Francesco Parrino, Richterin Madeleine Hirsig-  
Vouilloz,  
Gerichtsschreiber Tobias Merz.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Rentengesuch.

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

Der 1957 geborene, in Deutschland wohnhafte deutsche Staatsangehörige A. \_\_\_\_\_ (*im Folgenden: Versicherter oder Beschwerdeführer*) arbeitete 1978 bis 1983 (mit Unterbrüchen) als Maurer, Bäckereimitarbeiter und Tankwart in der Schweiz und leistete in diesen Jahren Beiträge an die obligatorische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV; Akten [*im Folgenden: act.*] der IV-Stelle für Versicherte im Ausland [*im Folgenden: IVSTA oder Vorinstanz*] ) 57, 86, 94, 108, 226, 368).

**B.**

Aufgrund mehrerer Leistungsgesuche des Versicherten wurden folgende Verwaltungsverfahren durchgeführt:

- Das erstmalige Gesuch des Versicherten vom 20. Januar 1988 um Leistungen der eidgenössischen Invalidenversicherung wurde mit Verfügung vom 11. Januar 1988 abgewiesen und erwuchs in Rechtskraft (act. 57 ff. und 103).
- Ein zweites Gesuch um Leistungen der Invalidenversicherung vom 9. Oktober 1989 wurde mit Nichteintretensverfügung vom 10. Januar 1990 der Schweizerische Ausgleichskasse (SAK) zurückgewiesen, da keine wesentliche Veränderung des Invaliditätsgrades glaubhaft gemacht worden sei (act. 108 ff. und 112). Die Verfügung erwuchs in Rechtskraft.
- Ein Leistungsgesuch des Versicherten vom 12. August 2002 wurde mit Verfügung vom 12. Mai 2003 und Einspracheentscheid vom 16. Juli 2003 der IVSTA abgewiesen, da eine rentenausschliessende leichte Tätigkeit zumutbar sei (act. 226 ff., 255 und 259). Die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wurde mit Urteil der Eidgenössischen Rekurskommission der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung für die im Ausland wohnenden Personen vom 19. April 2005 gutgeheissen, und die Sache wurde zur weiteren Abklärung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückgewiesen (act. 303). Mit Verfügung vom 12. August 2005 und Einspracheentscheid vom 5. Januar 2007 der IVSTA wurde durch Einkommensvergleich per 2000 ein Invaliditätsgrad von 29.4 % ermittelt und das Leistungsbegehren mangels rentenbegründender Invalidität abgewiesen (act. 308 und 325). Der Einspracheentscheid erwuchs in Rechtskraft.

- Der Rentenantrag vom 16. Mai 2008 wurde mit Nichteintretensverfügung vom 20. Mai 2009 zurückgewiesen, da keine wesentliche Veränderung des Invaliditätsgrades glaubhaft gemacht worden sei (act. 329 und 353). Bei dieser Prüfung wurde mit Einkommensvergleich per 2006 ein Invaliditätsgrad von 33.7% ermittelt (act. 345). Die Verfügung erwuchs in Rechtskraft.

### **C.**

Seitens der Landesversicherungsanstalt Baden-Württemberg wurde dem Beschwerdeführer mit Entscheid vom 17. Januar 2005 eine Rente wegen der Berufsunfähigkeit als Maurer ab 1. September 1999 zuerkannt (act. 291). Der Anspruch auf eine Rente wegen Erwerbsunfähigkeit wurde vom deutschen Versicherungsträger mit Entscheiden vom 17. Januar 2005 (act. 296), vom 21. März 2006 (act. 315) und vom 25. August 2008 (act. 331) verneint. Mit Entscheid vom 28. Mai 2010 ist dem Beschwerdeführer vom deutschen Versicherungsträger mit Wirkung ab 1. Juni 2009 eine Rente wegen voller Erwerbsminderung zuerkannt worden (act. 360 und 362).

### **D.**

Auf Wunsch des Versicherten wurde der IVSTA am 12. März 2010 ein nervenärztliches Gutachten von Dr. med. B.\_\_\_\_\_, Arzt für Neurologie und Psychiatrie, welches am 21. Dezember 2009 zuhänden des Sozialgerichts Koblenz erstellt wurde, zugestellt (act. 354 und 355). Mit Anmeldeformular vom 16. Juni 2010 ersuchte der Beschwerdeführer unter Hinweis auf die Zuerkennung einer Rente wegen voller Erwerbsminderung durch den deutschen Versicherungsträger erneut um Leistungen der eidgenössischen Invalidenversicherung (act. 358 und 362). Mit Vorbescheid vom 2. Juli 2010 wurde in Aussicht gestellt, dass der Antrag nicht geprüft werde, da nicht glaubhaft gemacht worden sei, dass sich der Grad der Invalidität in erheblicher Weise geändert habe (act. 363). Innerhalb der 30-tägigen Frist für die Stellungnahme erhob der am 16. Juli 2010 bestellte Rechtsbeistand des Versicherten Einsprache und kündigte an, innerhalb von vier Wochen eine Begründung einzureichen (act. 365). Nachdem bis zu jenem Datum keine weitere Eingabe erfolgt war, entschied die IVSTA mit Nichteintretensverfügung vom 11. Oktober 2010, von einer materiellen Prüfung der Neuanmeldung abzusehen (act. 366).

### **E.**

In seiner Beschwerde vom 4. November 2010 (Akten im Beschwerdeverfahren [*im Folgenden*: BVGer-act.] 1), welche beim Bundesverwaltungs-

gericht am 10. November 2010 eingegangen ist, beantragte der nicht mehr vertretene Beschwerdeführer sinngemäss, die Verfügung der Vorinstanz vom 11. Oktober 2010 sei aufzuheben, eine Prüfung des Rentenanspruchs sei durchzuführen, und es sei ihm eine Invalidenrente in gesetzlicher Höhe zuzusprechen. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, vom heimatlichen Sozialversicherungsträger sei ihm neu - an Stelle der bisherigen Rente wegen Berufsunfähigkeit - eine Rente wegen Vollerwerbsminderung zugesprochen worden, was belege, dass ihm auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nur noch eine Tätigkeit von weniger als drei Stunden zuzumuten sei. Seine Erwerbsfähigkeit habe sich erheblich geändert und liege unter 50%. Aufgrund der veränderten Verhältnisse sei eine Neuprüfung des Anspruchs auf eine Rente zwingend notwendig.

#### **F.**

In ihrer Vernehmlassung vom 22. Februar 2010 (recte 2011; BVGer-act. 5) beantragte die Vorinstanz Abweisung der Beschwerde und Bestätigung der Verfügung. Sinngemäss führte sie aus, für die Bemessung der Invalidität seien ausschliesslich die schweizerischen Rechtsnormen massgebend, und es bestehe keine Bindungswirkung an Entscheide ausländischer Versicherungsträger. Nach einer abweisenden Verfügung werde eine Neuanmeldung nur geprüft, wenn glaubhaft dargelegt werde, dass sich der Grad der Invalidität des Versicherten in einer für den Anspruch erheblichen Weise geändert habe. Im Rahmen der Vorabklärungen sei lediglich summarisch zu prüfen, ob sich aus den neu vorliegenden Unterlagen Hinweise auf eine Änderung der Verhältnisse und deren Auswirkungen auf die Invalidität ergäben. Das nervenärztliche Gutachten vom 21. Dezember 2009 (act. 354) sei dem regionalärztlichen Dienst (RAD) Rhône unterbreitet worden mit der Anfrage, ob sich daraus gegenüber der letztmaligen Stellungnahme des RAD vom 2. Dezember 2008 zusätzliche Sachverhaltselemente ergäben. Die RAD-Ärztin sei zum Ergebnis gelangt, dass im Vergleich zu den Vorbefunden keine wesentliche Verschlechterung eingetreten sei, welche eine Verminderung der Arbeitsfähigkeit begründe. Da die Voraussetzungen einer Neuprüfung nicht gegeben wären, hätte das Gesuch nicht weiter geprüft werden müssen, und durch Nichteintretensentscheid erledigt werden können.

#### **G.**

In seiner Replik vom 5. April 2011 (BVGer-act. 9) wiederholte der Beschwerdeführer im Wesentlichen seine Ausführungen und wies zusätzlich darauf hin, dass er in der Schweiz nie untersucht oder begutachtet wor-

den sei. Seiner Replik legte er verschiedene Berichte behandelnder und begutachtender Ärzte bei.

#### **H.**

In ihrer Duplik vom 16. Juni 2011 (BVGer-act. 12) hielt die IVSTA an ihrem Antrag fest und legte einen neuen Bericht des RAD vom 7. Juni 2010 (act. 370), welcher sich zu den im Rahmen der Replik eingereichten Arztberichten äussert, ins Recht. Zusammenfassend führt die RAD Ärztin aus, die nachgereichten Dokumente brächten keine neuen medizinischen Informationen. Auch wenn eine Zunahme der «Verschleisserscheinungen» und subjektiven Beschwerden erwähnt werde, sei keine relevante Verschlechterung glaubhaft, und es bestehe kein Grund zur Annahme einer Einschränkung der Arbeitsunfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit.

#### **I.**

Mit Verfügung vom 24. Juni 2011 wurde der Schriftenwechsel geschlossen (BVGer-act. 13).

#### **J.**

Mit Eingabe vom 25. Oktober 2011 reichte der Beschwerdeführer auszugsweise Dokumente im Zusammenhang mit der Neufestsetzung der Rente wegen voller Erwerbsminderung durch den deutschen Versicherungsträger ein.

#### **K.**

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien sowie die eingereichten Unterlagen wird – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

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

#### **1.**

Zu beurteilen ist die Beschwerde vom 4. November 2010 gegen die Verfügung vom 11. Oktober 2010, mit der die Vorinstanz abgelehnt hat, die Neuanmeldung vom 16. Juni 2010 (respektive 12. März 2010; vgl. dazu E. 3.3 hiernach) zu prüfen (Nichteintreten).

**1.1** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich im Wesentlichen nach den Vorschriften des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2006 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32), des Bun-

desgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021 [vgl. auch Art. 37 VGG]) sowie des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1 [vgl. auch Art. 3 Bst. d<sup>bis</sup> VwVG]). Dabei finden nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln diejenigen Verfahrensregeln Anwendung, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung in Kraft stehen (BGE 130 V 1 E. 3.2; vgl. auch Art. 53 Abs. 2 VGG).

**1.2** Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG, sofern – wie vorliegend – keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Zu diesen gehört auch die IVSTA, die mit Verfügungen über Leistungsgesuche befasst (Art. 33 Bst. d VGG; vgl. auch Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung [IVG, SR 831.20]). Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

**1.3** Nach Art. 59 ATSG ist zur Beschwerdeführung vor dem Bundesverwaltungsgericht legitimiert, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. auch Art. 48 Abs. 1 VwVG). Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren als Partei teilgenommen. Als Verfügungsadressat ist er durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat an deren Aufhebung bzw. Änderung ein schutzwürdiges Interesse.

**1.4** Die Eingabe erfolgte frist- und formgerecht, so dass darauf eingetreten werden kann (vgl. Art. 60 ATSG und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

## **2.**

Im Folgenden werden für die Beurteilung der Streitsache wesentliche Bestimmungen und von der Rechtsprechung dazu entwickelte Grundsätze dargestellt.

**2.1** Der Beschwerdeführer ist seit 1996 deutscher Staatsangehöriger, weshalb das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedsstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) zu beachten ist.

**2.1.1** Anhang II des FZA betreffend die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit wurde per 1. April 2012 geändert (Beschluss

Nr. 1/2012 des Gemischten Ausschusses vom 31. März 2012; AS 2012 2345). Vorliegend ist auf die bis Ende März 2012 gültige Fassung (vgl. namentlich AS 2002 1527, AS 2006 979 und 995, AS 2006 5851, AS 2009 2411 und 2421) abzustellen, wonach die Vertragsparteien untereinander insbesondere folgende Rechtsakte (oder gleichwertige Vorschriften) anwenden (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Abschnitt A Anhang II des FZA): die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (AS 2004 121 [vgl. auch AS 2008 4219, AS 2009 4831]; nachfolgend: Verordnung Nr. 1408/71) sowie die Verordnung (EWG) 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 Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (AS 2005 3909 [vgl. auch AS 2009 621, AS 2009 4845]; nachfolgend: Verordnung Nr. 574/72). Im Rahmen des FZA ist auch die Schweiz als "Mitgliedstaat" im Sinne dieser Koordinierungsverordnungen zu betrachten (Art. 1 Abs. 2 Anhang II des FZA).

**2.1.2** Gemäss Art. 8 Bst. a FZA werden die Systeme der sozialen Sicherheit koordiniert, um insbesondere die Gleichbehandlung aller Bürger der Vertragsstaaten zu gewährleisten. Soweit – wie vorliegend – weder das FZA und die gestützt darauf anwendbaren gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakte abweichende Bestimmungen vorsehen noch allgemeine Rechtsgrundsätze dagegen sprechen, richtet sich die Prüfung des Rentenanspruchs alleine nach der schweizerischen Rechtsordnung (vgl. insb. Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 Bst. b der Verordnung [EWG] Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 [SR 0.831.109.268.1]). Noch nicht zu beachten sind vorliegend die am 1. April 2012 für die Schweiz anwendbar gewordenen neuen EU-Verordnungen (insb. Verordnung [EG] Nr. 883/2004 und Verordnung [EG] Nr. 987/2009).

**2.1.3** Nach Art. 40 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1408/71 ist die vom Träger eines Staates 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. Eine entsprechende Übereinstimmungserklärung zwischen deutscher und schweizerischer Rechtsordnung besteht nicht. Die rechtsanwendenden Behörden in der Schweiz sind

nicht an Feststellungen und Entscheide ausländischer Versicherungsträger, Krankenkassen, Behörden und Ärzte bezüglich Invaliditätsgrad und Anspruchsbeginn gebunden (vgl. BGE 130 V 253 E. 2.4; AHI-Praxis 1996, S.179; vgl. auch ZAK 1989 S. 320 E.2). Vielmehr unterstehen auch aus dem Ausland stammende Beweismittel der freien Beweiswürdigung des Gerichts (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG, *heute*: Bundesgericht] vom 11. Dezember 1981 i.S. D; zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung: BGE 125 V 351 E. 3a).

**2.2** In zeitlicher Hinsicht sind – vorbehältlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen – grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 132 V 220 E. 3.1.1, 131 V 11 E. 1).

**2.2.1** Im vorliegenden Verfahren finden demnach grundsätzlich jene Vorschriften Anwendung, die bei Eintritt des Versicherungsfalles, spätestens jedoch bei Erlass der Verfügung vom 11. Oktober 2010 in Kraft standen; weiter aber auch solche Vorschriften, die zu jenem Zeitpunkt bereits ausser Kraft getreten waren, die aber für die Beurteilung allenfalls früher entstandener Leistungsansprüche von Belang sind. Vorliegend sind dies insbesondere das IVG in der Fassung vom 6. Oktober 2006 (5. IV-Revision; AS 2007 5129), die Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201; in der entsprechenden Fassung der 5. IV-Revision) sowie das ATSG und die Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV, SR 830.11). Noch keine Anwendung findet vorliegend das am 1. Januar 2012 in Kraft getretene erste Massnahmenpaket der 6. IV-Revision (für das IVG: Fassung vom 18. März 2011 [[AS 2011 5659](#)]).

**2.2.2** Die im ATSG enthaltenen Formulierungen der Arbeitsunfähigkeit, Erwerbsunfähigkeit, Invalidität und des Einkommensvergleichs entsprechen den bisherigen von der Rechtsprechung zur Invalidenversicherung entwickelten Begriffen und Grundsätzen (vgl. BGE 130 V 343 E. 3.1 ff.). Daran hat sich auch nach Inkrafttreten der 5. IV-Revision nichts geändert, weshalb im Folgenden auf die dortigen Begriffsbestimmungen verwiesen wird.

**2.3** Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde, ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit oder Unmöglichkeit, sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen (Art. 8 Abs. 1 und 3 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). Der Begriff der Invalidität ist demnach nicht nach medizinischen Kriterien definiert, sondern nach der Unfähigkeit, Erwerbseinkommen zu erzielen oder sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen (vgl. BGE [110 V 273](#) E. 4a, BGE [102 V 165](#)). Dabei sind die Erwerbs- bzw. Arbeitsmöglichkeiten nicht nur im angestammten Beruf bzw. der bisherigen Tätigkeit, sondern – wenn erforderlich – auch in zumutbaren anderen, sogenannten 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 (vgl. BGE [110 V 273](#); ZAK 1985 S. 459).

**2.4** Laut Art. 28 Abs. 1 IVG (in der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung) haben jene Versicherten Anspruch auf Rente, welche ihre Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wieder herstellen, erhalten oder verbessern können (Bst. a), und die zusätzlich während eines Jahres (Wartezeit) ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich zu mindestens 40% arbeitsunfähig gewesen sind und auch nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40% invalid sind.

**2.5** Gemäss Art. 28 Abs. 2 IVG (in der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung) besteht bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 70% Anspruch auf eine ganze Rente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 60% Anspruch auf eine Dreiviertelrente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50% Anspruch auf eine halbe Rente und bei einem solchen von mindestens 40% Anspruch auf eine Viertelsrente. Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50% entsprechen, werden jedoch nur an Versicherte ausgerichtet, die Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben (vgl. Art. 29 Abs. 4 IVG), was laut Rechtsprechung eine besondere Anspruchsvoraussetzung darstellt (vgl. BGE 121 V 264 E. 6c). Eine – vorliegend zutreffende – Ausnahme von diesem Prinzip gilt seit dem 1. Juni 2002 für Schweizer Bürger und Staatsangehörige der Europäischen Gemeinschaft (EU), denen bereits ab einem Invaliditätsgrad von 40% eine Rente ausgerichtet wird, wenn sie in einem Mitgliedstaat der EU Wohnsitz haben.

**2.6** Wurde eine Rente wegen eines zu geringen Invaliditätsgrades verweigert, so wird auf eine Neuanmeldung nur dann eingetreten, wenn die versicherte Person *glaubhaft macht*, dass sich der Grad der Invalidität seither in einer für den Anspruch erheblichen Weise geändert hat (vgl. Art. 87 Abs.4 i.V.m. Art. 87 Abs. 3 IVV in den ab 1. März 2004 bis Ende 2011 gültig gewesenen Fassungen). Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, tritt die Verwaltung auf das Gesuch nicht ein und eröffnet dies durch Nichteintretensverfügung (BGE 109 V 108 E. 2b.). Ist dagegen in einem für die Rentenberechtigung erheblichen Tatsachenspektrum eine Änderung glaubhaft gemacht, ist die Verwaltung verpflichtet, auf das Gesuch einzutreten und in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht allseitig zu prüfen, ob die vom Versicherten glaubhafte Veränderung des Invaliditätsgrades tatsächlich eingetreten ist (vgl. BGE 117 V 198 E. 4b).

**2.6.1** Die Frage, ob eine anspruchsbegründende Änderung in den für den Invaliditätsgrad erheblichen Tatsachen eingetreten ist, beurteilt sich im Neuanmeldungsverfahren durch den Vergleich des Sachverhalts, wie er im Zeitpunkt der letzten materiellen Prüfung anlässlich der früheren Ablehnung bestanden hat, mit demjenigen zur Zeit der streitigen neuen Verfügung. Der zeitliche Referenzpunkt für die Prüfung einer anspruchserheblichen Änderung ist die letzte rechtskräftige Verfügung welche auf einer materiellen Prüfung des Rentenanspruchs mit rechtskonformer Sachverhaltsabklärung, Beweiswürdigung und Durchführung eines Einkommensvergleichs beruht (vgl. BGE 130 V 71 E. 3.2.3). Die einer Neuanmeldung vorangehende Nichteintretensverfügungen der Verwaltung sind für die Bestimmung der zeitlichen Vergleichsbasis unbeachtlich (BGE 133 V 110 E. 4.2).

**2.6.2** Beim Glaubhaftmachen ist der Beweisgrad gegenüber der im Sozialversicherungsrecht üblichen überwiegenden Wahrscheinlichkeit herabgesetzt. Die Verwaltung braucht vom behaupteten Sachverhalt nicht überzeugt zu werden. Es genügt, dass für den geltend gemachten anspruchserheblichen Sachumstand wenigstens gewisse Anhaltspunkte bestehen, auch wenn durchaus noch mit der Möglichkeit zu rechnen ist, bei eingehender Abklärung werde sich die behauptete Änderung nicht erstellen lassen (Urteil des Bundesgerichts 9C\_881/2007 vom 22. Februar 2008 E. 2.2). Der Verwaltung steht bei der Beurteilung der Eintretensvoraussetzungen ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. So wird sie zu berücksichtigen haben, ob die frühere Verfügung nur kurze oder schon längere Zeit zurückliegt, und an die Glaubhaftmachung dem-

entsprechend mehr oder weniger hohe Anforderungen stellen (BGE 109 V 108 E. 2b S. 114).

**2.6.3** Erheblich ist eine Sachverhaltsänderung, wenn angenommen werden kann, der Anspruch auf eine Invalidenrente sei begründet, falls sich die geltend gemachten Umstände als richtig erweisen sollten (Urteil des Bundesgerichts 9C\_881/2007 vom 22. Februar 2008 E. 2.2 mit Hinweisen).

**2.6.4** Die versicherte Person muss mit der Neuanschuldung die anspruchsbeflussende Tatsachenänderung glaubhaft machen. In Ausnahme zum Untersuchungsgrundsatz trifft die versicherte Person bei der Neuanschuldung eine Beweisführungslast oder Behauptungslast. Wird in der Neuanschuldung kein Eintretenstatbestand glaubhaft gemacht, sondern bloss auf ergänzende Beweismittel, hingewiesen, ist der versicherten Person eine angemessene Frist zur Einreichung der Beweismittel anzusetzen (vgl. BGE 130 V 64 E. 5.2.5).

**2.6.5** Der wirkliche rechtliche Gehalt der Verfügung und nicht deren Bezeichnung ist massgebend zur Beurteilung, ob die Verwaltung auf das Leistungsgesuch eingetreten ist oder nicht. Entscheidend sind der Umfang und die Qualität der unternommenen oder unterlassenen Abklärungsschritte. Die Verwaltung bewegt sich auch dann noch auf der Stufe der Prüfung der Eintretensvoraussetzung, wenn sie auf eine Neuanschuldung hin vor Verfügungserlass einfache Abklärungshandlungen selbst vornimmt – etwa bei Ärzten, auf deren Berichte sich eine Neuanschuldung stützt, zusätzlich einfache Formularberichte einholt, oder vorgelegte Arztberichte bloss ihrem ärztlichen Dienst zur Stellungnahme unterbreitet (vgl. die Urteile des Bundesgerichts I 489/05 vom 4. April 2007 E. 7 und I 781/04 vom 17. Februar 2005 E. 3).

**2.7** Eine Anmeldung zum Leistungsbezug liegt dann vor, wenn erkennbar wird, dass die anmeldende Person Leistungen beansprucht, d.h. den Willen zum Ausdruck bringt, sich darum zu «bewerben» (UELI KIESER, ATSG–Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009, hiernach: Kieser ATSG-Kommentar, N. 8 zu Art. 29). Grundsätzlich hat die Anmeldung mit dem amtlichen Formular zu erfolgen (Art. 29 Abs. 2 ATSG und Art. 65 Abs. 1 IVV), die Rechtsprechung lässt aber für die Neuanschuldung ein formloses schriftliches Begehren genügen, sofern darin die für die Leistungsfestsetzung erforderlichen Angaben enthalten sind (BGE 103 V 70 E. a.). Wird eine Anmeldung nicht formgerecht eingereicht, so ist der

versicherten Person Gelegenheit zur Mangelbehebung zu geben. Für die Rechtswirkungen, die sich aus der Anmeldung ergeben ist auf die mangelhafte Anmeldung abzustellen (vgl. Art. 29 Abs. 3 ATSG).

**2.8** Um zuverlässig beurteilen zu können, ob der Invaliditätsgrad des Versicherten seit Erlass der früheren rechtskräftigen Verfügung eine anspruchsbegründete Änderung erfahren hat, ist die Verwaltung – und im Beschwerdeverfahren das Gericht – in der Regel auf Unterlagen angewiesen, die der Arzt und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen 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, respektive, welche Tätigkeiten der versicherten Person noch zugemutet werden können (BGE 125 V 256 E. 4, BGE 115 V 133 E. 2; AHI-Praxis 2002 S. 62 E. 4b/cc).

**2.8.1** Hinsichtlich des Beweiswertes eines Arztberichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind (BGE 125 V 351 E. 3a).

**2.8.2** 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).

**2.8.3** Auf Stellungnahmen der RAD resp. der medizinischen Dienste kann für den Fall, dass ihnen materiell Gutachtensqualität zukommen soll, nur abgestellt werden, wenn sie den allgemeinen beweisrechtlichen Anforderungen an einen ärztlichen Bericht genügen (Urteil EVG I 694/05 vom 15. Dezember 2006 E. 2). Die RAD-Ärzte müssen sodann über die im Einzelfall gefragten persönlichen und fachlichen Qualifikationen verfügen, spielt doch die fachliche Qualifikation des Experten für die richterli-

che Würdigung einer Expertise eine erhebliche Rolle. Bezüglich der medizinischen Stichhaltigkeit eines Gutachtens müssen sich Verwaltung und Gerichte auf die Fachkenntnisse des Experten verlassen können. Deshalb ist für die Eignung eines Arztes als Gutachter in einer bestimmten medizinischen Disziplin ein entsprechender spezialärztlicher Titel des berichtenden oder zumindest des den Bericht visierenden Arztes vorausgesetzt (Urteil des EVG I 178/00 vom 3. August 2000 E. 4a; Urteile des BGer 9C\_410/2008 vom 8. September 2008 E. 3.3, I 142/07 vom 20. November 2007 E. 3.2.3 und I 362/06 vom 10. April 2007 E. 3.2.1; vgl. auch SVR 2009 IV Nr. 53 S. 165 E. 3.3.2 [nicht publizierte Textpassage der E. 3.3.2 des Entscheides BGE 135 V 254]).

**2.8.4** Nicht zwingend erforderlich ist, dass die versicherte Person untersucht wird. Nach Art. 49 Abs. 2 IVV führt der RAD für die Beurteilung der medizinischen Voraussetzungen des Leistungsanspruchs nur „bei Bedarf“ selber ärztliche Untersuchungen durch. In den übrigen Fällen stützt er seine Beurteilung auf die vorhandenen ärztlichen Unterlagen ab. Das Absehen von eigenen Untersuchungen an sich ist somit kein Grund, um einen RAD-Bericht in Frage zu stellen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es im Wesentlichen um die Beurteilung eines feststehenden medizinischen Sachverhalts geht, und die direkte ärztliche Befassung mit der versicherten Person in den Hintergrund rückt (vgl. Urteile des BGer 9C\_323/2009 vom 14. Juli 2009 E. 4.3.1 und I 1094/06 vom 14. November 2007 E. 3.1.1, je mit Hinweisen).

**2.8.5** Ausschlaggebend für den Beweiswert ist somit grundsätzlich weder die Herkunft des Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen medizinischen Beurteilung als Bericht, Gutachten oder Stellungnahme (vgl. zum Ganzen die Urteile des Bundesgerichts 9C\_323/2009 vom 14. Juli 2009 E. 4.3.1 und I 1094/06 vom 14. November 2007 E.3.1.1 sowie BGE 125 V 351 E. 3.a und E. 3b/ee, je mit Hinweisen). Gleichwohl erachtet es die Rechtsprechung als mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung vereinbar, einem Gutachten externer Spezialärzte bei der Beweiswürdigung volle Beweiskraft zuzuerkennen, sofern keine konkreten Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen, sie aufgrund eingehender Beobachtungen und Untersuchungen sowie nach Einsicht in die Akten Bericht erstatten und bei der Erörterung der Befunde zu schlüssigen Ergebnissen gelangen (vgl. hierzu BGE 125 V 351 E. 3b/bb mit Hinweisen; AHl 2001 S.114 E. 3b; Urteil des EVG I 128/98 vom 24. Januar 2000 E. 3b). Berichte der behandelnden Ärzte dagegen sind - obschon ihren Erkenntnissen durchaus

Gehör zu schenken ist - aufgrund ihrer auftragsrechtlichen Vertrauensstellung zum Patienten mit Vorbehalt zu würdigen. Dies gilt für den allgemein praktizierenden Hausarzt wie auch für den behandelnden Spezialarzt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C\_24/2008 vom 27. Mai 2008 E. 2.3.2, BGE 125 V 351 E. 3b/cc sowie Urteil des EVG I 655/05 vom 20. März 2006 E. 5.4, je mit Hinweisen).

### **3.**

Zu prüfen ist vorerst die Frage, ob der Versicherte bei seiner Neu Anmeldung die anspruchsbeeinflussende Tatsachenänderung rechtsgenügend substantiiert hat (vgl. E. 2.6.4).

**3.1** In dem vom deutschen Versicherungsträger ausgestellten Antrag auf Invaliditätsrente vom 16. Juni 2010 (act. 358) ist erwähnt, dass dem Versicherten ab 1. Juni 2009 eine monatliche Invaliditätsrente zugesprochen wurde. Angaben zum Verlauf des Gesundheitszustands sind dem Dokument nicht zu entnehmen.

**3.2** Die Zustellung des nervenärztlichen Gutachtens vom 21. Dezember 2009 an die Vorinstanz erfolgte am 12. März 2010 durch den deutschen Versicherungsträger auf Veranlassung des Versicherten, jedoch ohne weitere Bemerkungen (act. 355). In seinem Gutachten berichtete der Arzt für Neurologie und Psychiatrie Dr. med B.\_\_\_\_\_ im Rahmen eines Gerichtsverfahrens um Rentenleistungen wegen Erwerbsminderung auf insgesamt 25 Seiten an das Sozialgericht Koblenz (act. 354). Sein Gutachten stützte er auf die überlassenen Akten und eine ambulante psychiatrische und neurologische Untersuchung vom 9. Dezember 2009. Im Wesentlichen wurden aus nervenärztlicher Sicht die folgenden Diagnosen gestellt: Chronifizierte, mittelgradig ausgeprägte depressive Symptomatik mit erheblicher Somatisierungstendenz (ICD 10, F33.11); Lumbalgien und Lumboischialgien rechts bei Bandscheibenvorfall mit Wurzelkompressionssyndrom L5 rechts (ICD 10, M51.1); pseudoradikuläre Zervikobrachialgien bei degenerativem HWS-Prozess und intermittierenden Wurzelreizerscheinungen sowie eine leichte residuale sensible Partialläsion des N. ulnaris links (ICD 10, M53.1, G56.2); zervikocephales Kopfschmerzsyndrom sowie Tinnitus aurium (ICD 10, M53.0). Dr. B.\_\_\_\_\_ ging in seiner Beurteilung davon aus, dass dem Beschwerdeführer aufgrund der erheblichen körperlichen und seelischen Beschwerden gegenwärtig auch eine leichte Tätigkeit unterhalbvollschichtig nicht zumutbar sei. Gegenüber der Voruntersuchung vom

1. August 2008 (act. 340) habe sich der seelische Befund verschlechtert, und das Wurzelkompressionssyndrom L5 rechts sei neu dazugekommen.

**3.3** Auch wenn im Begleitschreiben nicht ausdrücklich beantragt wurde, dass der Anspruch auf eine Rente erneut geprüft werden soll, musste aus den Umständen und dem Inhalt des Gutachtens erkannt werden, dass sich der Versicherte mit der Zustellung des nervenärztlichen Gutachtens am 12. März 2010 um die Neubeurteilung des Anspruchs auf eine Rente bewarb. Das Gutachten wurde in der Folge dem Regionalärztlichen Dienst (im Folgenden RAD) Rhône zur Stellungnahme unterbreitet (act. 356). Im Sinne der Ausführungen unter E. 2.7 lag bereits mit der Zustellung des Gutachtens am 12. März 2010 (act. 355) eine Neuanschuldung vor. Nach Eingang des formellen Antrags vom 16. Juni 2010 (act. 358) wurde die Eröffnung des Verwaltungsverfahrens mitgeteilt (act. 361).

**3.4** Bezüglich der Substantiierung der Eintretensvoraussetzungen des Neuantrages können die Eingaben vom 12. März 2010 (act. 355) und vom 16. Juni 2010 (act. 358) nicht isoliert betrachtet werden. Insgesamt ist den Unterlagen zu entnehmen, dass der dem Sozialgericht Koblenz berichtende Gutachter eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes und eine volle Erwerbsunfähigkeit (nach deutscher Terminologie) attestierte, und dass der deutsche Versicherungsträger anstelle der bisherigen Rente wegen Berufsunfähigkeit neu eine Rente wegen Invalidität zusprach. Damit war die Neuanschuldung (im Sinne der Glaubhaftmachung) ausreichend substantiiert. Die Verwaltung durfte die Neuanschuldung damit nicht schon wegen mangelhafter Begründung des Antrages zurückweisen.

#### **4.**

Die Vorinstanz stützte sich im Rahmen des Erlasses der Verfügung vom 11. Oktober 2010 in erster Linie auf die Beurteilungen der RAD-Ärztin Dr. med. C. \_\_\_\_\_, Fachärztin FMH für innere Medizin und zertifizierte medizinische Gutachterin SIM, vom 27. Mai 2010 (act. 357), vom 7. Mai 2009 (act. 352) und vom 2. Dezember 2008 (act. 344). Die entsprechenden Berichte sind nebst weiteren nachfolgend einer Würdigung zu unterziehen und es ist zu prüfen, ob die Vorinstanz aufgrund der Faktenlage annehmen durfte, dass eine erhebliche Veränderung des Invaliditätsgrades nicht glaubhaft sei, oder ob für den geltend gemachten anspruchserheblichen Sachumstand wenigstens gewisse Anhaltspunkte bestanden, auch wenn durchaus noch mit der Möglichkeit zu rechnen war, bei einge-

hender Abklärung würde sich die behauptete Änderung nicht erstellen lassen (vgl. E. 2.6.2).

**4.1** In ihren Berichten würdigte die RAD Ärztin die Einschätzungen der begutachtenden und behandelnden Ärzte, insbesondere:

- den Bericht des behandelnden Hausarztes, Dr. med. D.\_\_\_\_\_, Arzt für Allgemeinmedizin, vom 1. September 2005 an die Landesversicherungsanstalt Baden-Württemberg (act. 336) und ein Attest desselben vom 7. Mai 2008 (act. 338), wonach die depressive Stimmungslage mit Angsterkrankung in Verbindung mit dem chronischen Schmerzsyndrom eine Wiedereingliederung ins Arbeitsleben derzeit nicht zulassen;
- die Bescheinigung der behandelnden Psychotherapeutin E.\_\_\_\_\_, Ärztin für Psychotherapie, vom 13. April 2008, mit welcher namentlich eine mittelgradige bis schwere Depression, Angstzustände, ein Tinnitus auris und in der Folge davon die Unmöglichkeit der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess attestiert wurde (act. 337);
- die fachärztliche Bescheinigung des behandelnden Arztes Dr. med. F.\_\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, vom 7. Mai 2008, wonach seit Jahren immer wiederkehrende depressive Phasen und Angstzustände bestünden, eine somatoforme Komponente mit Kopf- und Nackenschmerzen, Augendruck und LWS-Beschwerden bestehe, eine kontinuierliche Behandlung mit Antidepressiva und Anxiolytika notwendig sei, der Versicherte sehr kontaktarm und zurückgezogen und eine Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess derzeit nicht möglich sei (act. 339);
- die Beurteilung durch die deutsche Rentenversicherung Rheinland-Pfalz, Dr. med. G.\_\_\_\_\_, Facharzt für Chirurgie, vom 1. August 2008, mit welchem nach Prüfung der Vorgeschichte und einer Untersuchung bestätigt wird, dass dem Versicherten eine leichte, leidensangepasste Tätigkeit vollzeitlich zugemutet werden könne (act. 341);
- den Bericht von Dr. H.\_\_\_\_\_, Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, an die deutsche Rentenversicherung Rheinland-Pfalz aufgrund der Untersuchung vom 1. August 2008, in welchem aus psychiatrischer Sicht namentlich die Diagnosen «Angst und depressive Störung gemischt» und «Somatisierungsstörung» festgehalten wer-

den und bestätigt wird, dass dem Versicherten eine leichte, leidensangepasste Tätigkeit vollzeitlich zugemutet werden könne, wobei aus psychiatrischer Sicht zusätzliche Einsatzbeschränkungen zu berücksichtigen seien (act. 340);

- die orthopädisch gutachterliche Stellungnahme von Dr. med. I.\_\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädie und Psychotherapie, vom 6. Oktober 2008, mit welcher eine Verschlimmerung der Aufbrauchbefunde am Bewegungsapparat, eine vollständige Arbeitsunfähigkeit als Maurer und eine Restarbeitsfähigkeit von 60% in einer leichten, angepassten Tätigkeit attestiert wird (act. 342 und 348);
- den Bericht des behandelnden Psychiaters Dr. J.\_\_\_\_\_, Arzt für Psychiatrie, vom 10. November 2008, welcher namentlich seit Jahren bestehende Schlafstörungen, immer wiederkehrende depressive Phasen und Angstzustände, Tinnitus, ein chronisches Schmerzsyndrom sowie eine somatoforme Komponente mit Kopf- und Nackenschmerzen, Augendruck und LWS-Beschwerden, die Notwendigkeit einer kontinuierlichen Behandlung mit Antidepressiva, Anxiolytika und Hypnotika und psychoedukativen Gesprächen beschrieb; der Versicherte sei sehr kontaktarm und zurückgezogen, und eine Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess derzeit und aller Voraussicht nach auf Dauer nicht möglich (act. 349);
- die orthopädisch-psychotherapeutisch gutachterliche Stellungnahme von Dr. med. I.\_\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädie und Psychotherapie, vom 6. März 2009, welche eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes seit 2008 beschrieb und eine Restarbeitsfähigkeit von maximal 40% in einer leichten, angepassten Tätigkeit attestierte (act. 350);
- das nervenärztliche Gutachten von Dr. B.\_\_\_\_\_ vom 21. Dezember 2009 (vgl. E. 3.2) act. 354);

Im Schlussbericht des RAD vom 27. Mai 2010 wurden die folgenden Diagnosen bestätigt:

(Hauptdiagnose)

- degeneratives fehlstatisches Gesamtwirbelsäulensyndrom mit fortgeschrittener lumbaler Osteochondrose und mässiger thorakaler Osteochondrose mit rechtsbetonten Lumboischialgien bei Diskushernien

Prolaps L3/4, L4/5 und L5/S1 mit intermittierender Zehenheber- und -senkerschwäche rechts seit 2003 (ICD 10, M54.5);

- fortgeschrittene cervikale Osteochondrose, Spondylose und älterer Bandscheibenvorfall C6/7 mit Neuroforamenstenose C5/6, rezidivierenden Cervicobrachialgien links Bandscheibenvorfall links C6/7;

(Nebendiagnosen mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit)

- Somatoforme Schmerzstörung;
- rezidivierende Lumboischialgien bei Prolaps Nucleus pulposus L3-S1
- Thorakalsyndrom mit Rippenschmerzsymptomatik;
- Impingementsyndrom der linken Schulter bei Omarthrose;

(Nebendiagnosen ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit)

- Status nach ulcus ulnaris Syndrom beidseits, operiert;
- beginnende Hüft – und Gonarthrose beidseits;
- Tinnitus (seit 2000 attestiert, ohne organische Pathologie);
- rezidivierend schwere depressive Phasen und Angstzustände.

**4.2** In ihren Aufträgen an den RAD hat die Vorinstanz jeweils nach einer erheblichen Veränderung des Invaliditätsgrades im Vergleich zur vorangehenden Beurteilung durch den RAD gefragt (act. 343, 351 und 356). In ihren Stellungnahmen gelangte die RAD Ärztin jeweils zum Schluss, im Vergleich zu den Vorbefunden ergäben sich keine neuen Diagnosen und keine relevante Verschlechterungen der pathologischen Befunde, die eine Verschlechterung der Arbeitsfähigkeit gegenüber den Vorentscheiden begründen würden (act. 344, 352 und 357). Im Bericht vom 7. Mai 2009 wird zudem festgehalten, eine Zunahme der Beschwerden im Rahmen der somatoformen Schmerzstörung wäre nicht relevant für die Beurteilung der Erwerbsunfähigkeit in der Invalidenversicherung (act. 352). Im Bericht vom 27. Mai 2010 (act. 357) wird eine Verschlechterung der Zehenheberfunktion festgehalten, welche jedoch ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit bleibe. Ausserdem seien die medizinischen Therapiemöglichkeiten nicht ausgeschöpft.

Vor Erlass der angefochtenen Verfügung fand eine umfassende materielle Rentenanspruchsprüfung letztmals im Rahmen jenes Verfahrens statt, das durch Leistungsgesuch vom 12. August 2002 eingeleitet wurde und mit rechtskräftiger Verfügung vom 5. Januar 2007 seinen Abschluss fand (act. 226 ff. und 325). Der Sachverhalt vor Erlass jener Verfügung ist somit Vergleichsbasis für die Frage, ob eine anspruchsbegründende Änderung eingetreten ist (vgl. E. 2.6.1). Damit vermieden wird, dass Änderungen in den tatsächlichen Verhältnissen unberücksichtigt bleiben, die lediglich in ihrer Gesamtheit, nicht hingegen für sich allein genommen die Wesentlichkeitsschwelle überschreiten, darf nicht nur etappenweise die Veränderung zwischen den einzelnen Untersuchungen beurteilt werden, sondern es ist auf die gesamthafte Veränderung zwischen dem Zustand vor 2007 und demjenigen bei Erlass der Verfügung im Jahr 2010 abzustellen.

**4.3** In ihrer Entscheidung vom 5. Januar 2007 (act. 325) stellte die IVSTA im Wesentlichen fest, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner körperlichen Beschwerden (orthopädisch-rheumatologisch) seit dem 24. September 1999 als Maurer zu 50% arbeitsunfähig sei. In leichten Verweistätigkeiten (z.B. leichte industrielle Arbeit, Magaziner und Hauswart) bestehe hingegen eine volle Arbeitsfähigkeit. Die Entscheidung der IVSTA vom 5. Januar 2007 wurde im wesentlichen auf folgende medizinischen Abklärungen gestützt:

- Bericht der IV-Stellenärztin Dr. K. \_\_\_\_\_ vom 26. Oktober 2006, welche im Wesentlichen auf die Einschätzung von Dr. L. \_\_\_\_\_ vom 29. Juni 2005 (vgl. unten; act. 307) verwies (act. 323);
- Beurteilung durch die deutsche Rentenversicherung Rheinland-Pfalz, Dr. med. G. \_\_\_\_\_, Facharzt für Chirurgie, vom 11. Januar 2006, mit welchem nach Prüfung der Vorgeschichte und einer Untersuchung bestätigt wurde, dass dem Versicherten eine Tätigkeit als Maurer nicht möglich sei, eine leichte, leidensangepasste Tätigkeit jedoch vollzeitlich zugemutet werden könne (act. 320);
- Beurteilung durch die deutsche Rentenversicherung Rheinland-Pfalz, Dr. med. M. \_\_\_\_\_, Facharzt für Nervenheilkunde, Psychiatrie und Psychotherapie, vom 11. Januar 2006, in welcher nach eigener Untersuchung als Diagnosen namentlich eine Somatisierungsstörung, Tinnitus aurium und eine leichte Sensibilitätsstörung bei bekannter degenerativen Erkrankung des Bewegungs- und Stützapparates,

festgehalten wurde; eine leichte, leidensadaptierte Tätigkeit sei vollzeitlich möglich (act. 320)

- Bericht des IV-Stellenarztes Dr. med. L.\_\_\_\_\_, Facharzt Psychiatrie und Psychotherapie vom 29. Juni 2005 (act. 307), welcher nach Würdigung der Vorakten die Diagnose einer somatoformen Schmerzstörung stellte, die Diagnose Depression mit somatischem Syndrom ausschloss und festhielt, dass keine Komorbidität von erheblicher Schwere bestehe; aus psychiatrischer Sicht bestehe nach schweizerischer Rechtsprechung keine Erwerbsunfähigkeit; in seinem Bericht würdigte er insbesondere die folgenden Akten:
  - fachorthopädisches Gerichtsgutachten von Dr. I.\_\_\_\_\_, Arzt für Orthopädie und Psychotherapie, vom 26. Februar 2003 (act. 250), worin im wesentlichen die unter E. 4.2 aufgeführten degenerativen Schäden der Wirbelsäule der linken Schulter sowie der Hand-, Hüft- und Kniegelenke festgehalten wurden; bezüglich der psychiatrischen Beurteilung wurde auf das Gutachten vom 22. August 2000 (unten; act. 164) verwiesen; der Versicherte sei dauerhaft gehindert, schwere und mittelschwere Arbeiten zu verrichten, leichte, dem Leiden angepasste Arbeiten seien vollzeitlich zumutbar;
  - nervenärztliches Gutachten vom 22. August 2000 von Dr. med. Dipl. Psych N.\_\_\_\_\_, Facharzt für Neurologie und Psychiatrie/Psychotherapie, welches aufgrund der Vorakten und einer neurologisch-psychiatrischen Untersuchung vom 21. August 2000 zuhanden des Sozialgerichtes Koblenz erstattet wurde, und in welchem aus psychiatrischer Sicht die Diagnose «somatisierte Depression» ohne wesentliche Leistungsminderung attestiert wurde; körperlich leichte und gelegentlich mittelschwere Tätigkeiten in einer leidensangepassten Tätigkeit seien zumutbar; aus psychiatrischer Sicht sollten Tätigkeiten mit besonderen Anforderungen an die Konzentrations- und Reaktionsfähigkeit, mit besonderer Verantwortung oder unter Zeitdruck/Publikumsverkehr sowie Nachtarbeit nicht mehr ausgeführt werden (act. 164)
  - Berichte des behandelnden Psychiaters Dr. med. F.\_\_\_\_\_, vom 21. Juni 2004 (act. 289), 13. Februar 2004 (act. 279), 18. November 2003 (act. 274), worin immer wiederkehrende

schwere depressive Phasen und Angstzustände sowie Tinnitus beschrieben wurden und festgehalten wurde, eine Wiederaufnahme der Tätigkeit als Maurer erscheine aus psychiatrischer Sicht nicht möglich;

- Urteil der eidgenössischen Rekurskommission der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung für die im Ausland wohnenden Personen vom 19. April 2005, in welchem festgestellt wurde, dass im Zusammenhang mit dem Leistungsentscheid vom 16. Juli 2003 die orthopädische Situation ausreichend dokumentiert und abgeklärt, die übrige Pathologie, insbesondere die psychiatrische Situation ungenügend abgeklärt sei.

**4.4** Aus den verschiedenen medizinischen Akten ergeben sich sowohl Anhaltspunkte für einen seit 2007 im Wesentlichen gleichbleibenden Gesundheitszustand, aber auch Hinweise auf eine mögliche Veränderung.

**4.4.1** Die Diagnosen betreffend den Bewegungsapparat und insbesondere die Wirbelsäulenproblematik blieben im zeitlichen Verlauf zwischen 2007 und 2010 im Wesentlichen unverändert (vgl. act. 357). Dr. med. I. \_\_\_\_\_ beschrieb in seiner Stellungnahme vom 6. Oktober 2008 eine Verschlimmerung der Aufbrauchbefunde am Bewegungsapparat (act. 342 und 348). Eine Verschlechterung der bereits seit 2003 aktenkundigen Einschränkung der Zehenheberfunktion (ohne direkte Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit) wurde im Bericht des RAD Rhône vom 27. Mai 2010 anerkannt (act. 357)

**4.4.2** In ihren Berichten beschrieben die behandelnden Psychiater im Wesentlichen seit dem Jahr 2003 immer wiederkehrende schwere depressive Phasen und Angstzustände sowie Tinnitus, was eine Wiederaufnahme der Tätigkeit als Maurer aus psychiatrischer Sicht nicht möglich erscheinen liesse (act. 274, 279, 289, 339 und 349). In den Berichten ab Juni 2004 wurde jeweils erwähnt, der Versicherte sei sehr kontaktarm und zurückgezogen. Im Bericht vom 10. November 2008 formulierte der behandelnde Psychiater, eine Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess sei derzeit und aller Voraussicht nach auf Dauer nicht möglich.

**4.4.3** Dr. med. I. \_\_\_\_\_, der den Versicherten in den Jahren 2003 (act. 250), 2008 (act. 342 und 348) und 2009 (act. 350) untersucht hat, beschrieb in den Jahren 2008 und 2009 jeweils eine Veränderung gegen-

über dem früheren Zustand. Die Erwerbsfähigkeit in angepasster Tätigkeit schätzte er 2003 auf 100%, im Jahr 2008 auf 60% und im Jahr 2009 auf 40%.

**4.4.4** In seinem Gerichtsgutachten vom 21. Dezember 2009 (act. 354) stellte Dr. med. B.\_\_\_\_\_ gestützt auf die Vorakten und eine ambulante psychiatrische und neurologische Untersuchung vom 9. Dezember 2009 die psychiatrische Diagnose «Chronifizierte, mittelgradig ausgeprägte depressive Symptomatik mit erheblicher Somatisierungstendenz (ICD 10, F33.11)». In seiner Beurteilung der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit ging er davon aus, dass dem Beschwerdeführer aufgrund der erheblichen körperlichen und seelischen Beschwerden gegenwärtig auch eine leichte Tätigkeit unterhalbvollschichtig nicht zumutbar sei. Gegenüber der Voruntersuchung vom 1. August 2008 (act. 340), habe sich der seelische Befund verschlechtert. Demgegenüber wurde in den früher vom deutschen Versicherungsträger veranlassten Begutachtungen aus psychiatrischer Sicht jeweils eine Arbeitsfähigkeit in einer leidensadaptierten Tätigkeit attestiert (vgl. insbesondere act. 164, 320 und 340)

**4.4.5** Die in den verschiedenen fachärztlich psychiatrischen Gutachten und Berichten festgehaltenen psychiatrischen Diagnosen differieren:

- Dr. med. Dipl. Psych N.\_\_\_\_\_ attestierte nach seiner Untersuchung vom 21. August 2000 eine «somatisierte Depression» (act. 164);
- in den Berichten der behandelnden Psychiater Dr. med. F.\_\_\_\_\_, und Dr. J.\_\_\_\_\_ werden seit Jahren immer wiederkehrende depressive Phasen und Angstzustände attestiert (act. 274, 279, 289, 339 und 349);
- der IV-Stellenarztes Dr. med. L.\_\_\_\_\_, Facharzt Psychiatrie und Psychotherapie vom 29. Juni 2005 stellte nach Würdigung der Vorakten die Diagnose einer somatoformen Schmerzstörung (act. 307);
- Dr. med. M.\_\_\_\_\_ diagnostizierte nach seiner Untersuchung vom 11. Januar 2006 eine Somatisierungsstörung (act. 320);
- Dr. H.\_\_\_\_\_, diagnostizierte im Bericht vom 1. August 2008 die Diagnosen «Angst und depressive Störung gemischt» und «Somatisierungsstörung» (act 340);

- die behandelnde Psychotherapeutin E. \_\_\_\_\_ attestierte im Bericht vom 13. April 2008 eine mittelgradige bis schwere Depression, und Angstzustände (act. 337);
- in seinem nervenärztliche Gutachten vom 21. Dezember 2009 stellte Dr. B. \_\_\_\_\_ die Diagnose «Chronifizierte, mittelgradig ausgeprägte depressive Symptomatik mit erheblicher Somatisierungstendenz (ICD 10, F33.11)» (act. 354)
- die RAD-Ärztin Dr. med. C. \_\_\_\_\_ übernahm in ihren Berichten vom 27. Mai 2010 (act 357), vom 7. Mai 2009 (act. 352) und vom 2. Dezember 2008 (act. 344) die Diagnose «somatoforme Schmerzstörung».

Die differente Diagnostik lässt einerseits darauf schliessen, dass die verschiedenen Ärzte die gleiche Situation abweichend beurteilen, lässt aber andererseits auch die Möglichkeit zu, dass sich der seelische Gesundheitszustand des Versicherten im Zeitverlauf verändert hat.

**4.4.6** Anlässlich der Untersuchung durch Dr. med. Dipl. Psych N. \_\_\_\_\_ vom 21. August 2000 sagte der Versicherte aus, er gehe gelegentlich auf Besuch und empfangen solchen (act. 164). In den Berichten der behandelnden Psychiater ab Juni 2004 wurde jeweils erwähnt, der Versicherte sei sehr kontaktarm und zurückgezogen (act. 279, 289, 339 und 349). Anlässlich der Untersuchung zum Gerichtsgutachten vom 21. Dezember 2009 (act. 354) gab der Versicherte an, er habe sich vom sozialen Umfeld zurückgezogen und gehe keinen Hobbys mehr nach. Der Gutachter beschrieb in der Folge eine soziale Rückzugstendenz.

**4.5** Insgesamt bestehen erhebliche Differenzen zwischen der Diagnostik, der Einschätzung der Resterwerbsfähigkeit und der Beschreibung der sozialen Situation der behandelnden Ärzte und dem umfangreichen nervenärztlichen Gerichtsgutachten von Dr. B. \_\_\_\_\_ vom 21. Dezember 2009 (act. 354) einerseits, und den Beurteilungen des RAD.

**4.5.1** Die Rechtsprechung hat den Berichten versicherungsinterner medizinischer Fachpersonen Beweiswert zuerkannt. Praxisgemäss kommt diesen Berichten aber nicht dieselbe Beweiskraft wie einem gerichtlichen oder einem im Verfahren nach Art. 44 ATSG vom Versicherungsträger in Auftrag gegebenen Gutachten zu (BGE 135 V 465 E. 4.4 mit Hinweisen). Das deutsche gerichtliche Gutachten wurde nicht von einem schweizerischen Sozialversicherungsgericht veranlasst, und äussert sich nicht zu

den spezifischen Kriterien, welche die schweizerische Rechtsordnung und Rechtsprechung zur invalidisierenden Wirkung von psychischen Beschwerden und Schmerzkrankheiten entwickelt hat. Es hatte den medizinischen Sachverhalt zur Beurteilung der Erwerbsminderung nach deutschem Recht zum Gegenstand. Die im Gerichtsgutachten enthaltenen medizinischen Informationen sind aber für die Beurteilung eines Anspruchs auf eine Invalidenrente nach schweizerischem Recht nicht unerheblich. Die Unabhängigkeit und Objektivität, die von schweizerischen Gerichtsgutachten erwartet wird und die erhöhte Beweiskraft von Gerichtsgutachten rechtfertigen, dürften auch von deutschen Gerichtsgutachten erwartet werden, was bei der Beweismwürdigung zu berücksichtigen ist.

**4.5.2** Auch Berichten von behandelnden Ärzten kommt eine gewisse Beweiskraft zu, wobei bezüglich dem Beweiswert Einschränkungen gelten (vgl. E. 2.8.5). Der Umstand allein, dass eine Einschätzung vom behandelnden Mediziner stammt, darf nicht dazu führen, sie als von vornherein unbeachtlich einzustufen; die einen längeren Zeitraum abdeckende und umfassende Betreuung durch behandelnde Ärzte bringt oft wertvolle Erkenntnisse hervor (Urteil des BGer 9C\_24/2008 vom 27. Mai 2008 E 2.3.2).

**4.5.3** Bei widersprüchlichen medizinischen Akten hat die Verwaltung eine Wertung vorzunehmen und zu beurteilen, ob auf die eine oder die andere Ansicht abzustellen oder ob allenfalls eine zusätzliche Untersuchung vorzunehmen sei. Der Verzicht auf weitere Abklärungen verletzt Bundesrecht, wenn der festgestellte Sachverhalt unauflösbare Widersprüche enthält (Urteile des BGer 9C\_736/2009 vom 26. Januar 2010 E. 3.1 und 8C\_148/2011 vom 5. Juli 2011 E. 1). Zur Abklärung der unter den diversen Einschätzungen bestehenden Widersprüche - insbesondere in der psychiatrischen Beurteilung - wäre eine aktuelle fachärztliche psychiatrische Beurteilung notwendig gewesen.

**4.6** Die Vorinstanz liess den medizinischen Sachverhalt letztmals am 29. Juni 2005 durch den IV-Stellenarzt Dr. med. L. \_\_\_\_\_ fachärztlich beurteilen (act. 307). Die späteren Beurteilungen durch den RAD erfolgten durch eine Ärztin mit Facharzttitel der inneren Medizin (act. 344, 352 und 357). Bezüglich der psychiatrischen Beurteilung verwies die RAD Ärztin im Wesentlichen auf die Beurteilung aus dem Jahr 2005. Zum einen wurde damit auf eine fachärztliche Beurteilung abgestellt, welche im Zeitpunkt der Verfügung bereits mehr als fünf Jahre zurücklag und deren

Aktualität fraglich ist. Zum anderen durfte gerade zur vorliegend gegenständlichen Beurteilung einer allfälligen Verschlechterung seit 2007 nicht erneut auf diesen Bericht aus dem Jahr 2005 abgestützt werden. Da die letzte psychiatrische Begutachtung mehr als fünf Jahre zurücklag, durfte die Verwaltung an Glaubhaftmachung einer seitherigen Verschlechterung nicht allzu hohe Anforderungen stellen (vgl. E. 2.6.2.).

**4.7** Gestützt auf die neueren medizinischen Untersuchungen verfügte der deutsche Versicherungsträger mit Entscheid vom 28. Mai 2010 eine Rente wegen voller Erwerbsminderung mit Wirkung ab 1. Juni 2009 (act. 360 und 362). Dieser Anspruch wurde zuvor mit Entscheiden vom 17. Januar 2005 (act. 296), vom 21. März 2006 (act. 315) und vom 25. August 2008 (act. 331) jeweils verneint. Obwohl Entscheide ausländischer Versicherungsträger für den Anspruch auf Leistungen schweizerischer Sozialversicherungsleistungen nicht bindend sind, bot der neue Entscheid des deutschen Versicherungsträgers Anhaltspunkte dafür, dass sich die gesundheitliche Situation des Versicherten geändert haben könnte.

**4.8** Bei der Prüfung des Leistungsgesuches im Jahre 2009 wurde mit Einkommensvergleich per 2006 ein Invaliditätsgrad von 33.7% ermittelt (act. 345). Da ab einem Invaliditätsgrad von 40% ein Anspruch auf eine Teilrente besteht (vgl. E. 2.5), könnte eine zusätzliche Leistungseinschränkung den Anspruch auf eine Invalidenrente begründen und wäre damit erheblich (vgl. E. 2.6.3).

**4.9** Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass für die geltend gemachten anspruchserhebliche Veränderung des Invaliditätsgrades wenigstens gewisse Anhaltspunkte bestehen, auch wenn durchaus noch mit der Möglichkeit zu rechnen ist, bei eingehender Abklärung werde sich die behauptete Änderung nicht erstellen lassen (vgl. E. 2.6.2). Der RAD-Bericht vermag wohl Zweifel an der Richtigkeit der Beurteilung durch die behandelnden bzw. untersuchenden Ärzte zu erwecken, was aber für ein abweichendes Fazit nicht genügt. Vielmehr ist bei dieser Ausgangslage mangels hinreichender Abklärung des entscheidwesentlichen Sachverhalts eine zusätzliche Untersuchung anzuordnen. Die Voraussetzungen für eine Erledigung des Verwaltungsverfahrens durch Nichteintretensentscheid waren damit nicht gegeben.

Entsprechend wird die Nichteintretensverfügung aufgehoben und die Sache wird an die Vorinstanz zurückgewiesen mit der Anweisung, auf das

Leistungsgesuch einzutreten, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu prüfen, ob die vom Versicherten geltend gemachte Veränderung des Invaliditätsgrades tatsächlich eingetreten ist, und neu zu verfügen.

## **5.**

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

**5.1** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Der unterliegenden Vorinstanz können allerdings keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Im vorliegenden Fall sind dem Beschwerdeführer keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Der vom Beschwerdeführer geleistete Kostenvorschuss von CHF 401.79 wird ihm zurückerstattet.

**5.2** Dem nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer sind keine unverhältnismässig hohen Kosten entstanden, weshalb ihm keine Parteientschädigung zuzusprechen ist (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2))

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1.**

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen und die Verfügung vom 11. Oktober 2010 wird aufgehoben.

### **2.**

Die Sache wird an die Vorinstanz zurückgewiesen mit der Anweisung, auf das Leistungsbegehren einzutreten, die Sache materiell zu prüfen und neu zu verfügen.

### **3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben, und der geleistete Kostenvorschuss von CHF 401.79 wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

**4.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben mit Rückschein; Beilage: Zahlungsformular)
- die Vorinstanz (Einschreiben)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen (Einschreiben)

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Franziska Schneider

Tobias Merz

**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 (Art. 42 BGG).

Versand: