

BVGer C-1918/2007 vom 23. Juli 2008

Bundesverwaltungsgericht, 2008-07-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-1918_2007

FR: TAF C-1918/2007 du 23 juillet 2008

IT: TAF C-1918/2007 del 23 luglio 2008

Regeste

Invaliditätsbemessung

Erwägungen

E. 1

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 und 34 VGG genannten Behörden. Die eidgenössische IV-Stelle für Versicherte im Ausland ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen dieser IV-Stelle ist zudem in Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) ausdrücklich vorgesehen. Angefochten ist eine Verfügung der IV-Stelle für Versicherte im Ausland. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

E. 2

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Vorbehalten bleiben gemäss Art. 3 Bst. dbis VwVG die besonderen Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1).

E. 2.1

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht durch die ordentlich vertretene Beschwerdeführerin eingereicht (vgl. Art. 38 ff. und Art. 60 ATSG, Art. 52 VwVG). Als Adressatin der negativen Verfügung ist die Beschwerdeführerin davon berührt und sie hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 59 ATSG, Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist daher, nachdem auch der Kostenvorschuss fristgerecht geleistet wurde, einzutreten.

E. 2.2

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 Sachverhalts sowie die Unangemessenheit des Entscheids rügen (Art. 49 VwVG).

E. 3

Zunächst sind die zur Beurteilung der Streitsache massgebenden gesetzlichen Grundlagen und die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze darzulegen.

E. 3.1

Nach der Rechtsprechung stellt das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung einer Streitsache in der Regel auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verwaltungsverfügung (hier: 12. Februar 2007) eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweis). Weiter sind in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten (BGE 130 V 329). Für das vorliegende Verfahren ist deshalb das per 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts anwendbar. Die im ATSG enthaltenen Formulierungen der Arbeitsunfähigkeit, der Erwerbsunfähigkeit, der Invalidität und der Einkommensvergleichsmethode entsprechen den bisherigen von der Rechtsprechung dazu entwickelten Begriffen in der Invalidenversicherung. Demzufolge haben die von der Rechtsprechung dazu herausgebildeten Grundsätze unter der Herrschaft des ATSG weiterhin Geltung (BGE 130 V 343). Bei den materiellen Bestimmungen des IVG und der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201) ist für die Beurteilung eines Rentenanspruchs vor dem 1. Januar 2004 auf die bis Ende 2003 gültige Fassung, danach auf die Fassung gemäss den am 1. Januar 2004 in Kraft getretenen Änderungen (4. IV-Revision) abzustellen. Nicht zu berücksichtigen sind die durch die 5. IV-Revision eingeführten Änderungen, welche am 1. Januar 2008 in Kraft getreten sind (AS 2007 5129). Im Folgenden werden deshalb die bis Ende 2007 gültig gewesenen Bestimmungen des IVG und der IVV zitiert.

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin ist deutsche Staatsangehörige, weshalb auch 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. Nach Art. 1 Abs. 1 des auf der Grundlage des Art. 8 FZA ausgearbeiteten und Bestandteil des Abkommens bildenden (Art. 15 FZA) Anhangs II ("Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit") des FZA in Verbindung mit Abschnitt A dieses Anhangs wenden die Vertragsparteien untereinander insbesondere 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 (SR 0.831.109.268.1; nachfolgend: Verordnung Nr. 1408/71), und 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 (SR 0.831.109.268.11; nachfolgend: Verordnung Nr. 574/72), oder gleichwertige Vorschriften an. Dabei ist im Rahmen des FZA auch die Schweiz als "Mitgliedstaat" im Sinne dieser Koordinierungsverordnungen zu betrachten (Art. 1 Abs. 2 Anhang II des FZA). Der Invaliditätsgrad bestimmt sich auch im Geltungsbereich des FZA nach schweizerischem Recht (BGE 130 V 253 E. 2.4).

E. 3.3

Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG). Die Invalidität kann Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein (Art. 4 Abs. 1 IVG). Erwerbsunfähigkeit ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (Art. 7 ATSG, in der bis Ende 2007 gültigen Fassung). 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).

E. 3.4

Beeinträchtigungen der psychischen Gesundheit können in gleicher Weise wie körperliche Gesundheitsschäden eine Invalidität im Sinne von Art. 4 Abs. 1 IVG in Verbindung mit Art. 8 ATSG bewirken. Eine fachärztlich festgestellte psychische Krankheit kann indessen nicht ohne weiteres einer Invalidität gleichgesetzt werden. Entscheidend ist die nach einem weitgehend objektivierten Massstab erfolgte Beurteilung, ob und inwiefern der versicherten Person trotz ihres Leidens die Verwertung ihrer Restarbeitsfähigkeit auf dem ihr nach ihren Fähigkeiten offen stehenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt noch sozial-praktisch zumutbar und für die Gesellschaft tragbar ist (BGE 127 V 294 E. 4c). Nicht als Folgen eines psychischen Gesundheitsschadens und damit invalidenversicherungsrechtlich nicht als relevant gelten Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit, welche die versicherte Person bei Aufbietung allen guten Willens, die verbleibende Leistungsfähigkeit zu verwerten, abwenden könnte (BGE 131 V 49 E. 1.2, vgl. auch BGE 102 V 165; AHI-Praxis 2001 S. 228 E. 2b mit Hinweisen).

E. 3.5

Ob eine versicherte Person als ganztätig oder zeitweilig erwerbstätig oder als nicht erwerbstätig einzustufen ist - was je zur Anwendung einer anderen Methode der Invaliditätsbemessung (Einkommensvergleich, Betätigungsvergleich, gemischte Methode) führt -, ergibt sich aus der Prüfung, was diese bei im Übrigen unveränderten Umständen täte, wenn keine gesundheitliche Beeinträchtigung bestünde. Bei im Haushalt tätigen Versicherten im Besonderen sind die persönlichen, familiären, sozialen und erwerblichen Verhältnisse ebenso wie allfällige Erziehungs- und Betreuungsaufgaben gegenüber Kindern, das Alter, die beruflichen Fähigkeiten und die Ausbildung sowie die persönlichen Neigungen und Begabungen zu berücksichtigen. Die Statusfrage beurteilt sich praxismässig nach den Verhältnissen, wie sie sich bis zum Erlass der Verwaltungsverfügung entwickelt haben, wobei für die hypothetische Annahme einer im Gesundheitsfall ausgeübten (Teil-)Erwerbstätigkeit der im Sozialversicherungsrecht übliche Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erforderlich ist (BGE 125 V 146 E. 2c, BGE 133 V 477 E. 6.3, BGE 133 V 504 E. 3.3, je mit Hinweisen).

E. 3.6

Bei erwerbstätigen Versicherten ist der Invaliditätsgrad gemäss Art. 16 ATSG in Verbindung mit Art. 28 Abs. 2 IVG aufgrund eines Einkommensvergleichs zu bestimmen. Dazu wird das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität

und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (sogenanntes Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (sogenanntes Valideneinkommen). Der Einkommensvergleich hat in der Regel in der Weise zu erfolgen, dass die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen ziffernmässig möglichst genau ermittelt und einander gegenübergestellt werden, worauf sich aus der Einkommensdifferenz der Invaliditätsgrad bestimmen lässt (allgemeine Methode des Einkommensvergleichs; BGE 130 V 343 E. 3.4.2, BGE 128 V 29 E. 1).

E. 3.7

Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG (in der bis zum 31. Dezember 2003 gültig gewesenen Fassung) haben Versicherte Anspruch auf eine ganze Rente, wenn sie mindestens zu 66 2/3 Prozent, auf eine halbe Rente, wenn sie mindestens zu 50 Prozent, oder auf eine Viertelsrente, wenn sie mindestens zu 40 Prozent invalid sind. Die seit dem 1. Januar 2004 massgeblichen neuen Rentenabstufungen geben bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40 Prozent Anspruch auf eine Viertelsrente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50 Prozent Anspruch auf eine halbe Rente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 60 Prozent Anspruch auf eine Dreiviertelsrente und bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 70 Prozent Anspruch auf eine ganze Rente (Art. 28 Abs. 1 IVG in der vom 1. Januar 2004 bis 31. Dezember 2007 gültigen Fassung). Laut Abs. 1ter dieser Norm 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. Eine solche Ausnahme gilt seit dem 1. Juni 2002 für die Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz, sofern sie in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft Wohnsitz haben (siehe BGE 130 V 253 E. 2.3 und E. 3.1).

E. 3.8

Der Rentenanspruch entsteht gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG frühestens in dem Zeitpunkt, in dem die versicherte Person mindestens zu 40 Prozent bleibend erwerbsunfähig geworden ist (Bst. a) oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40 Prozent arbeitsunfähig gewesen war (Bst. b). Anspruch auf eine ordentliche Rente haben die rentenberechtigten Versicherten, die bei Eintritt der Invalidität während mindestens eines vollen Jahres Beiträge geleistet haben (Art. 36 Abs. 1 IVG).

E. 3.9

Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung (und im Beschwerdefall das Gericht) auf Unterlagen angewiesen, die ärztliche und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes oder der Ärztin ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten die versicherte Person arbeitsunfähig ist. Im Weiteren sind die ärztlichen Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen 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).

E. 3.10

Wird vom Zeitpunkt des Verfügungserlasses an rückwirkend eine Rente zugesprochen und diese für eine weitere Zeitspanne gleichzeitig herabgesetzt oder aufgehoben, so sind nach der Rechtsprechung die für die Rentenrevision geltenden Bestimmungen analog anwendbar (BGE 133 V 263 E. 6.1 mit Hinweisen). Nach Art. 17 Abs. 1 ATSG ist eine Rente für die Zukunft entsprechend zu erhöhen, herabzusetzen oder aufzuheben, wenn sich der Grad der Invalidität der Person, die eine Rente bezieht, in einer für den Anspruch erheblichen Weise ändert. Setzt die Verwaltung bei der Leistungszusprechung die Rente nach Massgabe der Veränderung des Invaliditätsgrades rückwirkend herab oder hebt sie sie auf, richtet sich der Zeitpunkt der Rentenherabsetzung bzw. -aufhebung rechtsprechungsgemäss nach Art. 88a Abs. 1 IVV (BGE 125 V 413 E. 2d, BGE 109 V 125). Danach ist bei einer Verbesserung der Erwerbsfähigkeit oder der Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, die anspruchsbeeinflussende Änderung für die Herabsetzung oder Aufhebung der Leistung von dem Zeitpunkt an zu berücksichtigen, in dem angenommen werden kann, dass sie voraussichtlich längere Zeit andauern wird; sie ist in jedem Fall zu berücksichtigen, nachdem sie ohne wesentliche Unterbrechung drei Monate andauert hat und voraussichtlich weiterhin andauern wird.

E. 3.11

Gemäss Art. 40 Abs. 2 IVV ist bei Grenzgängern die IV-Stelle, in deren Tätigkeitsgebiet der Grenzgänger eine Erwerbstätigkeit ausübt, zur Entgegennahme und Prüfung der Anmeldungen zuständig. Dies gilt auch für ehemalige Grenzgänger, sofern sie bei der Anmeldung ihren ordentlichen Wohnsitz noch in der benachbarten Grenzzone haben und der Gesundheitsschaden auf die Zeit ihrer Tätigkeit als Grenzgänger zurückgeht. Die Verfügungen werden von der IV-Stelle für Versicherte im Ausland erlassen. Die einmal begründete Zuständigkeit einer IV-Stelle bleibt während des ganzen Verfahrens erhalten (Art. 40 Abs. 3 IVV).

E. 4

Streitig und im vorliegenden Verfahren zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin bis zum 13. März 2007 (Erlass der Verfügung) in einem rentenerheblichen Mass invalid geworden ist.

E. 4.1

Die Vorinstanz hat angenommen, die Versicherte wäre im Gesundheitsfall zu 50% erwerbstätig und zu 50% im Haushalt tätig.

E. 4.1.1

Im Fragebogen der IV-Stelle Aargau betreffend Erwerbstätigkeit / Haushalt gab die Versicherte im November 2003 an, im Gesundheitsfall würde sie heute eine Vollzeit-erwerbstätigkeit ausüben (IV-Akt. 6). Die Fragen nach den Gründen für eine Ausweitung der Erwerbstätigkeit beantwortete sie nicht. Auf entsprechende Rückfrage der IV-Stelle Aargau gab sie im März 2005 an, die 50%-Stelle habe sie damals wegen den noch zu betreuenden Kindern angenommen. Da diese heute erwachsen seien, würde sie zu 100% erwerbstätig sein (IV-Akt. 18). Bei der am 15. Februar 2006 durchgeführten Abklärung an Ort und Stelle gab sie an, ohne Gesundheitsschaden würde sie weiterhin im bisherigen Umfang (50%) erwerbstätig sein (IV-Akt. 30). Die Abklärungsperson verzichtete darauf, die finanzielle Situation zu erheben und - soweit aus dem Abklärungsbericht ersichtlich - die Versicherte auf den Widerspruch zu ihren früheren Angaben anzusprechen. Wie aus der Aktennotiz eines Sachbearbeiters der IV-Stelle Aargau vom 22. Oktober 2004 hervorgeht,

erschien diesem die Aufnahme einer Vollzeitberufstätigkeit fraglich, da die Kinder im Jahr 2003 bereits 19 und 21 Jahre alt geworden seien.

E. 4.1.2

Der Schluss der Verwaltung, wonach es nicht überwiegend wahrscheinlich sei, dass eine verheiratete Frau nicht schon im Zeitpunkt, in welchem die Kinder kaum mehr auf ihre Betreuung angewiesen sind, sondern erst wenn diese bereits volljährig geworden sind ihre Berufstätigkeit erhöhe, ist zwar nachvollziehbar, vorliegend ist dies aber nicht entscheidend. Massgebend ist das Ergebnis einer pflichtgemässen Würdigung der gesamten Umstände. Die Beschwerdeführerin hatte bereits seit Jahren an verschiedenen somatischen und psychischen Beeinträchtigungen gelitten, die sie aus ebenso plausiblen Gründen daran gehindert haben könnten, ihre Berufstätigkeit weiter auszubauen. Gemäss den medizinischen Berichten (siehe nachfolgende E. 4.2) hatte die Beschwerdeführerin seit ihrer Jugend Rückenprobleme, die sich etwa im Jahr 1999 verschlimmerten. Seit Mai 2000 wirkten sich auch die Folgen des Unfalls aus, insbesondere die Schulterbeschwerden. Aus dem Gutachten von Dr. O. _____ geht zudem hervor, dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Persönlichkeitsstruktur psychisch vermindert belastbar ist. Vom 7. November bis 19. Dezember 2001 war sie zur Behandlung einer mittelschweren depressiven Episode in stationärer Behandlung. Angesichts dieser Umstände stehen die Angaben der Versicherten anlässlich der Haushaltabklärung, sie wäre im Gesundheitsfall im bisherigen Umfang berufstätig geblieben, einer hypothetischen Vollzeitberufstätigkeit nicht entgegen. Erscheint nachvollziehbar, dass sich eine Versicherte im Zeitpunkt der Abklärung ein Leben ohne Gesundheitsbeeinträchtigungen kaum mehr vorstellen kann, darf nicht ohne Weiteres auf die Aussagen anlässlich der Haushaltabklärung abgestellt werden (vgl. Urteil EVG I 108/05 vom 7. Juni 2005 E. 3.2.2, Urteil EVG I 561/05 vom 31. März 2006 E. 2.4.3). Die rechtsanwendenden Behörden haben auch der Tatsache Rechnung zu tragen, dass der Bedeutungsgehalt der Frage nach der hypothetischen Berufstätigkeit im Gesundheitsfall innerhalb des ganzen IV-Rentengefüges für Laien nicht einfach zu erkennen ist (ebenda).

E. 4.1.3

Angesichts der widersprüchlichen Angaben der Versicherten im Verlaufe des Verfahrens kann aber auch nicht unbesehen auf die Angaben im Fragebogen betreffend Berufstätigkeit / Haushalt abgestellt werden. Für eine Ausweitung der Berufstätigkeit spricht, dass die Beschwerdeführerin eine Berufstätigkeit (halbtags) bereits aufnahm, als sie noch mehr Zeit für Haushalt und Erziehung der Kinder aufwenden und sich gleichzeitig um den Hausumbau kümmern musste, was sie als "Stress hoch drei" erlebte (Gutachten Dr. O. _____, S. 7). Die familiären Verhältnisse bzw. Erziehungs- und Betreuungsaufgaben standen jedenfalls im September 2002 einer Ausdehnung der Berufstätigkeit nicht entgegen. Die übrigen - nach der Rechtsprechung massgebenden (vgl. E. 3.5) - Umstände lassen sich aufgrund der Akten aber nicht beurteilen. Aus verschiedenen Angaben der Versicherten lässt sich lediglich ableiten, dass die Familie auf ihr Einkommen angewiesen war. Die finanziellen Verhältnisse wurden bei der Haushaltabklärung jedoch nicht erhoben. Daher lässt sich für das Gericht nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststellen, in welchem Umfang die Beschwerdeführerin ohne gesundheitliche Beeinträchtigung berufstätig wäre. Die Verwaltung wird diesbezüglich noch weitere Abklärungen vorzunehmen haben.

E. 4.2

Zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit liegen neben verschiedenen medizinischen Berichten - insbesondere von den behandelnden Ärzten - auch mehrere Gutachten vor.

E. 4.2.1

Im rheumatologischen Gutachten vom 20. September 2003 diagnostizierte Dr. H. _____ ein ausgeprägtes Lumbovertebralsyndrom bei Status nach Repositions- und Aufrichtungsspondylodes L3-S1 im November 2002, eine statische Störung im Sinne einer Kyphoskoliose der BWS sowie ein Zervikovertebralsyndrom bei Status nach HWS-Distorsionstrauma im Mai 2000, ein Impingementsyndrom der rechten Schulter nach operativ behandelter traumatischer Bankart-Läsion (Mai 2000) und eine ausgeprägte Senk-Spreizfussdeformität. Die subjektiven Beschwerden seien glaubhaft und besäßen ein entsprechendes objektives klinisches Korrelat. Die Beschwerdekompexe an der Lendenwirbelsäule und an der rechten Schulter seien noch behandlungsbedürftig. Unter konsequenter heilgymnastischer Therapie sei mit einer weiteren Besserung der Beschwerden im Lumbalbereich und an der rechten Schulter zu rechnen. Die bisherige Tätigkeit als Hausdienstangestellte sei der Versicherten nicht mehr zumutbar. In einer angepassten Tätigkeit (Wechselbelastung der Wirbelsäule, kein konstantes Stehen, Sitzen oder Gehen, kein Heben und Tragen von Lasten über 10 kg, keine stereotype Betätigung in ungünstiger Wirbelsäulenposition) sei zu einem späteren Zeitpunkt - etwa in drei Monaten - eine halbtags ausgeübte Tätigkeit denkbar (S. 7 f.). Das multidisziplinäre Gutachten von Dr. J. _____ vom 17. Mai 2004 enthält folgende Diagnosen: Spondylodese L3 bis S1 mit regelrecht einliegendem Fixationsmaterial nach operativer Versteifung wegen Osteochondrose der LWS und Spondylolisthesis L3, keine radikulären Auffälligkeiten (M 43 / M 54.5); Funktionsstörungen des rechten Schultergelenks nach operativ behandelte Verletzung der Gelenkpfanne (M 75); Leicht ausgeprägte Depressivität bei dazu disponierter Persönlichkeit (F 33.0); Behinderte Nasenatmung, ohne Beeinträchtigung der Blutsauerstoffversorgung; Knick-Senk-Spreiz-Füsse (Q 66.8). Für körperlich leichte bis mittelschwere Tätigkeiten bestünden qualitative, aber keine quantitativen Leistungseinschränkungen. Nicht mehr möglich seien körperlich schwere und ausschliesslich mittelschwere Arbeiten, Arbeiten in Zwangshaltungen des Rumpfes, Bücken, Heben und Tragen von Lasten über 8 kg, beidhändige Überkopfarbeiten, Arbeiten auf Gerüsten und hohen Leitern und Arbeiten mit besonderen geistig-psychischen Belastungen (S. 11 f.). Das Gutachten enthält nur eine Einschätzung der aktuellen Arbeitsfähigkeit und äussert sich nicht zu der von Dr. H. _____ attestierten Arbeitsunfähigkeit bzw. zur Frage ob und gegebenenfalls wann sich die Arbeitsfähigkeit verbessert hat. Der vom Sozialgericht Freiburg beauftragte orthopädische Gutachter Dr. M. _____ stellte im Februar 2006 folgende Diagnosen: Chronisches Schmerzsyndrom, Cervikalsyndrom bei Fehlhaltung bzw. ungünstiger Bewegung des Kopfes, Acromioclaviculär-Gelenks-Arthrose rechts, Insertionstendopathie des M. supraspinatus rechts, Subacromiales Impingement rechts, Kapselreizung des rechten Ellenbogens, Chronisches Lumbalsyndrom bei Spondylolisthesis L3/4, Lumbalsyndrom bei Claudicatio spinalis L3/4/5, Chronisches Lumbalsyndrom bei radiologischen Verschleisszeichen L3-S1, Knorpelschaden beider Knie medial und retropatellar, Senkspreizfuss beidseits, Hallux valgus beidseits (S. 14). Aus orthopädischer Sicht bestünden im Wesentlichen Funktionseinschränkungen der rechten Schulter und der Lendenwirbelsäule. Nicht zumutbar seien Arbeiten, die das Heben und Tragen von Lasten über etwa 10 kg oder

häufiges Bücken erforderten, Arbeiten auf Leitern und Gerüsten oder Stehen am Fließband bzw. an laufenden Maschinen. Zu vermeiden seien auch Arbeiten unter ungünstigen Witterungsverhältnissen (Kälte, Nässe oder Zugluft). Für Arbeiten mit Publikumsverkehr oder im Büro sei die Versicherte grundsätzlich geeignet, sofern ein regelmässiger Positionswechsel möglich sei. Unter Beachtung dieses Leistungsprofils könnte ihr eine Erwerbstätigkeit von täglich mindestens sechs Stunden zugemutet werden (S. 16 f.). Da auch in psychischer Hinsicht Beeinträchtigungen bestünden, sollten deren Auswirkungen auf die Erwerbsfähigkeit nochmals abgeklärt werden (S. 18). Dr. O. _____ diagnostizierte in seinem fachpsychotherapeutischen Gutachten vom 11. April 2006 als psychiatrische Störung eine Angst und depressive Reaktion gemischt (F 43.22). Nicht aus seinem Fachgebiet, aber mit Einfluss auf den psychischen, psychosozialen und beruflichen Bereich bestehe ein Lumbalsyndrom bei Zustand nach stabilisierter Wirbelverblockung mit Befürchtungen vor einer neuen Operation (S. 17 f.). Aus fachpsychiatrischer und fachpsychosomatischer Sicht ergäben sich keine so gravierenden konkreten Befunde, dass aus diesen allein über die bereits von fachorthopädischer und fachinternistischer Seite konstatierten qualitativen Einschränkungen hinausgehende Einschränkungen abgeleitet werden könnten (S. 16). Ein somatoformes Schmerzsyndrom, im Sinne eines dazu kommenden, das Leistungsvermögen zusätzlich beeinträchtigenden Leidens, habe nicht diagnostiziert werden können. Eine Tätigkeit, die ihrem Leistungsprofil entspreche, könnte die Versicherte zwischen drei und weniger als sechs Stunden täglich ausüben. Zusätzlich zu den in den übrigen Gutachten aufgeführten unzumutbaren Arbeiten, schloss er auch Tätigkeiten mit hohen Anforderungen an das Reaktions- und/oder Konzentrationsvermögen und hohe nervliche Beanspruchung sowie Nacharbeit aus. Die gegenüber dem orthopädischen Gutachten in zeitlicher Hinsicht abweichende Einschätzung der Leistungsfähigkeit begründete der Gutachter im Wesentlichen damit, dass die Versicherte nie vollschichtig sondern in der Regel nur halbtags erwerbstätig gewesen sei, weshalb ihr nun - unter Berücksichtigung der attestierten Einschränkungen und ihrer Persönlichkeitsstruktur - nicht ein höheres Pensum zugemutet werden könne (Gutachten S. 16 sowie ergänzende Stellungnahme [IV-Akt. 40]). Im Unterschied zu den Gutachtern schätzten die behandelnden Ärzte Dr. med. P. _____, Facharzt für Orthopädie (Stellungnahme an das Sozialgericht vom 9. August 2005), und Dr. med. R. _____, Orthopädische Praxis Q. _____ (Attest vom 11. September 2005), die Arbeitsfähigkeit auf unter drei Stunden täglich (vgl. IV-Akt. 40).

E. 4.2.2

Die Beschwerdeführerin hat letztmals am 27. September 2002 als Hausdienstangestellte gearbeitet (IV-Akt. 5). Aufgrund der Rückenbeschwerden wurde ihr ab dem 30. September 2002 eine vollumfängliche Arbeitsunfähigkeit attestiert, im November 2002 erfolgte die Rückenoperation. Gemäss dem Gutachten von Dr. H. _____ vom 20. September 2003 war ihr zu diesem Zeitpunkt die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit noch nicht zumutbar. Der Gutachter hielt es aber für denkbar, dass sie zu einem späteren Zeitpunkt wieder eine halbtägige leichte Arbeit ausüben könnte. Möglicherweise sei medizinisch-theoretisch mit einer solchen Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit nach einer weiteren Besserung der Beschwerden lumbal und in der rechten Schulter in ca. drei Monaten zu rechnen. Die übrigen Gutachten äussern sich nicht zur Arbeitsfähigkeit in dieser Periode. Erst für die Zeit ab Ende April 2004 wird im Gutachten von Dr. J. _____ eine volle Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit attestiert. Ob die Verbesserung der Arbeitsfähigkeit bereits früher eingetreten ist, lässt sich aufgrund der medizinischen Akten nicht ermitteln. Es kann

somit festgestellt werden dass die Beschwerdeführerin am 30. September 2003 seit einem Jahr vollumfänglich arbeitsunfähig und ab diesem Zeitpunkt weiterhin mindestens 40% erwerbsunfähig war. Nach Ablauf der einjährigen Wartezeit gemäss Art. 29 Abs. 1 Bst. b IVG ist demnach - selbst bei der von der IV-Stelle angenommenen Aufteilung von je 50% Haushalt und Erwerbstätigkeit - ein Rentenanspruch entstanden. Die IV-Stelle wird daher den Invaliditätsgrad zu ermitteln und - wie sich auch aus dem Folgenden ergibt - zu klären haben, in welchem Zeitpunkt sich der Grad der Invalidität in erheblicher Weise geändert hat.

E. 4.2.3

Für die Zeit ab Mai 2004 ergeben die Einschätzungen der Gutachter betreffend die verbliebene Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin insofern ein einheitliches Bild, als den Sachverständigen eine Erwerbstätigkeit im bisherigen zeitlichen Umfang (halbtags) in einer dem Leiden angepassten Tätigkeit zumutbar erschien. Keine eigentlichen Widersprüche ergeben sich beim noch vorhandenen Leistungsprofil, auch wenn die maximale Belastung (Heben und Tragen von Lasten) zum Teil mit 8 kg, zum Teil mit etwa 10 kg angegeben wird und im Gutachten von Dr. O._____ auch dem psychiatrischen Aspekt Rechnung getragen wurde. Die Einschätzungen der behandelnden Ärzte, wonach die Patientin täglich weniger als drei Stunden arbeiten könne, vermögen die Zuverlässigkeit der gutachterlichen Beurteilungen nicht in Zweifel zu ziehen. Insbesondere das zuletzt im Auftrag des Sozialgerichts Freiburg erstellte psychiatrische und psychosomatische Gutachten enthält eine eingehende Würdigung der verschiedenen medizinischen Stellungnahmen. Darin wird auch in nachvollziehbarer Weise begründet, weshalb die noch zumutbare Erwerbstätigkeit nicht auf unter drei Stunden festzulegen sei.

E. 4.2.4

Die unterschiedliche Einschätzung betreffend den zeitlichen Umfang der zumutbaren Tätigkeit in den beiden an das Sozialgericht gerichteten Gutachten ergibt sich daraus, dass Dr. O._____ davon ausging, die Versicherte würde aufgrund ihrer Persönlichkeitsstruktur kaum eine Vollzeitberufstätigkeit ausüben beziehungsweise es könne ihr angesichts ihrer Beeinträchtigungen nicht eine höhere Erwerbstätigkeit zugemutet werden, als sie früher bereits ausgeübt habe. Die Statusfrage ist aber von der Frage nach der aus medizinischer Sicht zumutbaren Tätigkeit und des Leistungsvermögens zu unterscheiden. Die Verwaltung hat daher zutreffenderweise aus den medizinischen Akten geschlossen, der Beschwerdeführerin sei die Ausübung einer leidensangepassten Tätigkeit während mindestens sechs Stunden täglich zumutbar.

E. 4.2.5

Die Gutachten äussern sich - entsprechend den Fragen des Sozialgerichts Freiburg - nur dazu, ob der Beschwerdeführerin eine angepasste Tätigkeit im Umfang von drei bis unter sechs Stunden pro Tag oder von mindestens sechs Stunden pro Tag zumutbar sei. Eine solche - auf die Rechtsgrundlagen in Deutschland ausgerichtete - Klassifizierung ist aber für die Invaliditätsbemessung nach schweizerischem Recht zu ungenau. Sofern die erneute Prüfung der Statusfrage ergibt, dass die Beschwerdeführerin als Gesunde mehr als sechs Stunden pro Tag arbeiten würde, hat die IV-Stelle diesbezüglich genauere Abklärungen zu treffen. In jedem Fall hat sie aber, in Anwendung der revisionsrechtlichen Grundsätze (vgl. E. 3.10 und E. 4.2.2) zu klären, wann eine erhebliche Verbesserung des Gesundheitszustandes eingetreten ist und wie sich die Arbeitsfähigkeit im fraglichen

Zeitraum entwickelt hat. Anschliessend wird sie einen Einkommensvergleich durchführen.

E. 4.3

Für den Fall, dass die Ermittlungen der IV-Stelle ergeben, dass die Beschwerdeführerin als Gesunde teilzeitlich im Haushalt tätig wäre, ist auch die von der Verwaltung festgestellte Beeinträchtigung im Haushalt, welche gemäss Art. 28 Abs. 2bis IVG (bzw. Art. 27 Abs. 1 IVV in der bis Ende 2003 gültigen Fassung; zur Weitergeltung der bisherigen Praxis siehe die in BGE 134 V 9 nicht publizierte E. 5.2 des Urteils des Bundesgerichts [BGer] I 246/05 vom 30. Oktober 2007 mit Hinweisen) mittels Betätigungsvergleich zu ermitteln ist, zu überprüfen.

E. 4.3.1

Nach der Rechtsprechung stellt ein nach Massgabe der Verwaltungsweisungen des BSV (Kreisschreiben über Invalidität und Hilflosigkeit in der IV [KSIH], Rz. 3090 ff.) eingeholter Haushaltabklärungsbericht (Bericht über eine Abklärung an Ort und Stelle, vgl. Art. 69 Abs. 2 IVG) eine geeignete und im Regelfall genügende Grundlage für die Invaliditätsbemessung im Haushalt dar (Urteil BGer I 27/07 vom 24. Januar 2008 E. 6.1, Urteil EVG I 249/04 vom 6. September 2004, publiziert in Sozialversicherungsrecht - Rechtsprechung [SVR] 2005 IV Nr. 21, E. 5.1). Für den Beweiswert eines Abklärungsberichts ist wesentlich, dass er von einer qualifizierten Person verfasst wird, die Kenntnis der örtlichen und räumlichen Verhältnisse sowie der aus den medizinischen Diagnosen sich ergebenden Beeinträchtigungen und Behinderungen hat. Weiter sind die Angaben der versicherten Person zu berücksichtigen, wobei divergierende Meinungen der Beteiligten im Bericht aufzuzeigen sind. Der Berichtstext muss schliesslich plausibel, begründet und angemessen detailliert bezüglich der einzelnen Einschränkungen sein sowie in Übereinstimmung mit den an Ort und Stelle erhobenen Angaben stehen (in BGE 134 V 9 nicht publizierte E. 5.2 des Urteils BGer I 246/05 vom 30. Oktober 2007 mit Hinweisen). Sind psychisch bedingte Beeinträchtigungen zu beurteilen, gilt es jedoch zu beachten, dass den fachärztlichen Feststellungen der Behinderungen im Haushalt in der Regel mehr Gewicht zuzumessen ist, sofern diese nicht mit den Ergebnissen der Abklärung an Ort und Stelle übereinstimmen (BGE 133 V 450 E. 11.1.1 mit Hinweisen).

E. 4.3.2

Die Abklärungsperson hat bei ihrer Erhebung am 15. Februar 2006 folgende Einschränkungen im Haushalt festgestellt: Im Bereich Ernährung - welcher mit 40% gewichtet (vgl. KSIH Rz 3095) wurde - bestehe eine Einschränkung von 5%, was unter Berücksichtigung der Gewichtung eine Behinderung von 2% ergibt. Bei der gründlichen Reinigung der Küche würden Ehemann und Tochter helfen, die übrigen Arbeiten könne die Versicherte selber erledigen. Bei der mit 15% gewichteten Wohnungspflege wurde eine Einschränkung von 60% und eine Behinderung von 9% ermittelt, da die Versicherte nur noch leichtere Reinigungsarbeiten selber erledigen könne. Beim mit 10% gewichteten Punkt "Einkauf und weitere Besorgungen" wurde keine Einschränkung attestiert, weil es sozial üblich sei, dass ein Ehepaar den Grosseinkauf gemeinsam erledige. Die Wäsche und Kleiderpflege könne die Versicherte - zum Teil etappenweise - selber erledigen, nur beim Wechseln der Bettwäsche helfe der Ehemann, was zumutbar sei. In diesem Bereich wurde deshalb keine Einschränkung angenommen. Ebenfalls keine Einschränkung ermittelte die Abklärungsperson in der mit 5% gewichteten Haushaltsführung sowie im mit 20% gewichteten Bereich Verschiedenes (IV-Akt. 30, S. 4 f.).

E. 4.3.3

Nach der Rechtsprechung muss das Total der einzelnen Tätigkeitsbereiche immer 100% ergeben (AHI-Praxis 1997 S. 286). Das KSIH gibt für die einzelnen Tätigkeitsbereiche im Haushalt einen Rahmen (minimaler und maximaler Anteil) vor. Für den Bereich Verschiedenes (Krankenpflege, Pflanzen- und Gartenpflege, Haustierhaltung, Anfertigung von Kleidern, gemeinnützige Tätigkeiten, Weiterbildung, künstlerisches Schaffen) gilt ein Rahmen von 0 - 50% (KSIH Rz. 3095). Im Abklärungsbericht vom 1. März 2006 wird unter dieser Rubrik Folgendes festgehalten: Die "kleine Krankenpflege" sei möglich. Die Pflanzen im Haus könne die Versicherte selber pflegen. Für den Garten sei schon immer der Ehemann zuständig gewesen und die Zwergkaninchen gehörten der Tochter, welche die Tiere auch pflege. Gemeinnützige Tätigkeiten habe die Versicherte auch vor Eintritt des Gesundheitsschadens nicht geleistet. Weshalb dieser Bereich 20% der Haushaltstätigkeit ausmachen soll, die "Wohnungspflege" bei einem 5-Zimmer-Einfamilienhaus aber nur 15%, ist nicht nachvollziehbar. Dies gilt insbesondere, wenn man berücksichtigt, dass die Versicherte - im Gesundheitsfall - den Haushalt neben ihrer Erwerbstätigkeit führen würde, weshalb die Bereiche Ernährung, Wohnungspflege sowie Wäsche und Kleiderpflege wohl die Schwerpunkte bilden dürften.

E. 4.3.4

Im Übrigen erfüllt der Haushaltabklärungsbericht vom 1. März 2006 die Anforderungen der Rechtsprechung, soweit die Leistungsfähigkeit im Haushalt seit der Verbesserung des Gesundheitszustandes (spätestens Ende April 2004) zu beurteilen war. Die Abklärungsperson berücksichtigte die Einschränkungen der Leistungsfähigkeit der Versicherten (kein Bücken, Heben und Tragen von Lasten über 8 kg oder beidhändige Überkopfarbeiten). Eine zusätzliche Beeinträchtigung durch eine psychische Störung lag nicht vor. Im Weiteren liess die IV-Stelle die Versicherte zum Bericht Stellung nehmen, wodurch allfällige Fehler hätten erkannt und korrigiert werden können. Von der Möglichkeit, zum Bericht Stellung zu nehmen, hat die Beschwerdeführerin auch Gebrauch gemacht. Die von ihr erhobenen Einwände betreffen indessen weniger die tatsächliche Erhebung an Ort und Stelle als die aufgrund dieser Abklärung berücksichtigte Schadenminderungspflicht.

E. 4.3.5

Nach der Rechtsprechung haben die im Haushalt Tätigen aufgrund der ihnen obliegenden Schadenminderungspflicht Verhaltensweisen zu entwickeln, welche die Auswirkungen der Behinderung im hauswirtschaftlichen Bereich reduzieren und ihnen eine möglichst vollständige und unabhängige Erledigung der Haushaltarbeiten ermöglichen. Kann die versicherte Person wegen ihrer Behinderung gewisse Haushaltarbeiten nur noch mühsam und mit viel höherem Zeitaufwand erledigen, so muss sie in erster Linie ihre Arbeit einteilen und in üblichem Umfang die Mithilfe von Familienangehörigen in Anspruch nehmen. Ein invaliditätsbedingter Ausfall darf bei im Haushalt tätigen Personen nur insoweit angenommen werden, als die Aufgaben, welche nicht mehr erfüllt werden können, durch Drittpersonen gegen Entlohnung oder durch Angehörige verrichtet werden, denen dadurch nachgewiesenermassen eine Erwerbseinbusse oder doch eine unverhältnismässige Belastung entsteht. Die im Rahmen der Invaliditätsbemessung bei einer Hausfrau zu berücksichtigende Mithilfe von Familienangehörigen geht daher weiter als die ohne Gesundheitsschädigung üblicherweise zu erwartende Unterstützung. Geht es um die Mitarbeit von Familienangehörigen, ist danach zu fragen, wie sich eine vernünftige

Familiengemeinschaft einrichten würde, wenn keine Versicherungsleistungen zu erwarten wären (BGE 133 V 504 E. 4.2).

E. 4.3.6

Die Feststellung der IV-Stelle, wonach es der Versicherten zumutbar sei, die Hausarbeiten mit vermehrtem Zeitaufwand selber auszuführen und für einzelne schwerere Arbeiten, die ihr aus medizinischer Sicht nicht mehr zumutbar sind, die Mithilfe von Familienangehörigen zu beanspruchen, steht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zur Schadenminderungspflicht von im Haushalt tätigen Versicherten und ist somit nicht zu kritisieren. Ergänzend sei noch darauf hingewiesen, dass die Abklärungsperson der Tatsache Rechnung getragen hat, dass die Beschwerdeführerin schwere Arbeiten nicht mehr ausüben kann, hat sie doch im Bereich Wohnungspflege eine Einschränkung von 60% festgestellt. Die IV-Stelle wird demnach - sofern die Beschwerdeführerin als teilzeitlich im Haushalt tätig zu qualifizieren ist - die Gewichtung der verschiedenen Bereiche im Sinne der Erwägung 4.3.3 neu festlegen und anschliessend die Behinderung im Haushalt bestimmen.

E. 4.4

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Sachverhalt im verschiedener Hinsicht unvollständig abgeklärt ist bzw. wesentliche Tatsachen bei der Beweiswürdigung und der anschliessenden Rechtsanwendung unberücksichtigt geblieben sind (ungenügende Abklärung der Statusfrage, keine Berücksichtigung des entstandenen Rentenanspruches, fehlende Angaben zum Zeitpunkt, wann die Verbesserung des Gesundheitszustandes eingetreten ist, ungenaue Angaben zum Umfang der Restarbeitsfähigkeit, mit den tatsächlichen Verhältnissen im Widerspruch stehende Gewichtung der Haushaltstätigkeiten). Die Sache ist daher an die IV-Stelle für Versicherte im Ausland zurückzuweisen, damit sie im Sinne der Erwägungen die weiteren Abklärungen vornehme und über den Rentenanspruch neu verfüge.

E. 5

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

E. 5.1

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Eine Rückweisung gilt praxismässig als Obsiegen der Beschwerde führenden Partei (BGE 132 V 215 E. 6). Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 400.- ist daher zurück zu erstatten. Den Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 5.2

Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) Anspruch auf eine Parteientschädigung zu Lasten der Verwaltung. Diese wird unter Berücksichtigung des aktenkundigen Aufwands auf Fr. 800.- festgelegt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.