

# **BVGer C-2353/2008 vom 7. Juni 2010**

Bundesverwaltungsgericht, 2010-06-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-2353\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-2353_2008)

FR: TAF C-2353/2008 du 7 juin 2010

IT: TAF C-2353/2008 del 7 giugno 2010

## **Regeste**

Invalidenversicherung (IV)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist die Verfügung der IVSTA vom 7. März 2008, mit welcher das Gesuch der Beschwerdeführerin um Ausrichtung einer Rente der schweizerischen Invalidenversicherung abgewiesen worden ist.

#### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) 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 VGG genannten Behörden. Zu diesen gehört auch die IVSTA, die mit Verfügungen über Rentengesuche befasst (Art. 33 Bst. d VGG; vgl. Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung [IVG, SR 831.20]).

#### **E. 1.2**

Nach Art. 59 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) ist zur Beschwerdeführung vor dem Bundesverwaltungsgericht legitimiert, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. auch Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerin, die am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat, ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat an deren Aufhebung bzw. Änderung ein schutzwürdiges Interesse. Nachdem der Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt worden ist, kann auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde eingetreten werden.

### **E. 2**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich im Wesentlichen nach den Vorschriften des VGG, des VwVG (vgl. Art. 37 VGG) sowie des ATSG (vgl. Art. 3 Bst. dbis VwVG). Dabei finden nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln diejenigen Verfahrensvorschriften Anwendung, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2, vgl. auch Art. 53 Abs. 2 VVG).

#### **E. 2.1**

Mit der Beschwerde kann gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs von Ermessen), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (Art. 49 VwVG).

## **E. 2.2**

Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 212).

## **E. 2.3**

Die Verwaltung als verfügende Instanz und - im Beschwerdefall - das Gericht dürfen eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind (Max Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Bern 1984, S. 136).

### **E. 2.3.1**

Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blossе Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Der Richter und die Richterin haben vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die sie von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigen (BGE 126 V 360 E. 5b, BGE 125 V 195 E. 2, je mit Hinweisen). Führen die von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen die Verwaltung oder das Gericht bei pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung, ein bestimmter Sachverhalt sei als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten und weitere Beweismassnahmen könnten an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern, so ist auf die Abnahme weiterer Beweise zu verzichten (antizipierte Beweiswürdigung; Ueli Kieser, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, Zürich 1999, S. 212, Rz. 450; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 111 und 320; Gygi, a.a.O., S. 274; vgl. auch BGE 122 II 469 E. 4a, BGE 120 1b 229 E. 2b, BGE 119 V 344 E. 3c mit Hinweisen).

### **E. 2.3.2**

Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach hat das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet zum einen sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 195 E. 2, BGE 122 V 158 E. 1a, je mit Hinweisen). Zum anderen umfasst die behördliche und richterliche Abklärungspflicht nicht unbeschrieben alles, was von einer Partei behauptet oder verlangt wird. Vielmehr bezieht sie sich nur auf den im Rahmen des streitigen Rechtsverhältnisses (Streitgegenstand) rechtserheblichen Sachverhalt. Rechtserheblich sind alle Tatsachen, von deren Vorliegen es abhängt, ob über den streitigen Anspruch so oder anders zu entscheiden ist (Gygi, a.a.O., S. 43 und 273). In diesem Rahmen haben Verwaltungsbehörden und Sozialversicherungsgericht zusätzliche Abklärungen stets vorzunehmen oder zu veranlassen, wenn hierzu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichender

Anlass besteht (BGE 117 V 282 E. 4a mit Hinweis; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] I 520/99 vom 20. Juli 2000).

### **E. 2.3.3**

Das Bundesrecht schreibt nicht vor, wie die einzelnen Beweismittel zu würdigen sind. Für das gesamte Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Danach haben Versicherungsträger und Sozialversicherungsgerichte die Beweise frei, d.h. ohne förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Für das Beschwerdeverfahren bedeutet dies, dass das Gericht alle Beweismittel, unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden hat, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruchs gestatten. Ein erhöhter Beweiswert kann allerdings ärztlichen Gutachten zukommen, welche für die streitigen Belange umfassend sind, auf allseitigen Untersuchungen beruhen, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigen, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden und in der Darlegung der Zusammenhänge sowie der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtend sind, und in welchen die Schlussfolgerungen der Experten begründet werden (BGE 125 V 352 E. 3a, BGE 122 V 160 E. 1c mit Hinweisen; AHI 2001 S. 113 E. 3a; RKUV 1999 Nr. U 332 S. 193 E. 2a/bb und RKUV 1998 Nr. U 313 S. 475 E. 2a).

### **E. 3**

In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben. Ein allfälliger Leistungsanspruch ist für die Zeit vor einem Rechtswechsel aufgrund der bisherigen und ab diesem Zeitpunkt nach den neuen Normen zu prüfen (pro rata temporis; vgl. BGE 130 V 445).

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin ist Staatsangehörige von Spanien und hat dort ihren Wohnsitz, so dass vorliegend das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, im Folgenden: FZA, SR 0.142.112.681) anwendbar ist (Art. 80a IVG in der Fassung gemäss Ziff. 1 4 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 2001 betreffend die Bestimmungen über die Personenfreizügigkeit im Abkommen zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der EFTA, in Kraft seit 1. Juni 2002). Das Freizügigkeitsabkommen setzt die verschiedenen bis dahin geltenden bilateralen Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union insoweit aus, als darin derselbe Sachbereich geregelt wird (Art. 20 FZA). Gemäss Art. 8 Bst. a FZA werden die Systeme der sozialen Sicherheit koordiniert, um insbesondere die Gleichbehandlung aller Mitglieder der Vertragsstaaten zu gewährleisten. Nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 (SR 0.831.109.268.1) haben die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates wie die Staatsangehörigen dieses Staates selbst, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen. Die Frage, ob und gegebenenfalls ab wann Anspruch auf Leistungen der IV besteht, bestimmt sich daher vorliegend alleine aufgrund der schweizerischen Rechtsvorschriften. Für die Beurteilung

eines Rentenanspruchs sind die Feststellungen ausländischer Versicherungsträger, Krankenkassen, Behörden und Ärzte bezüglich Invaliditätsgrad und Anspruchsbeginn für die rechtsanwendenden Behörden in der Schweiz nicht verbindlich (BGE 130 V 253 E. 2.4, AHI-Praxis 1996, S. 179; vgl. auch ZAK 1989 S. 320 E. 2). Vielmehr unterstehen ausländische Beweismittel der freien Beweiswürdigung des Gerichts (vgl. E. 2.3.3 hiervor; Urteil des EVG vom 11. Dezember 1981 i.S. D).

### **E. 3.2**

Im vorliegenden Verfahren finden demnach grundsätzlich jene schweizerischen Rechtsvorschriften Anwendung, die bei Erlass der angefochtenen Verfügung vom 7. März 2008 in Kraft standen; weiter aber auch solche Vorschriften, die zu jenem Zeitpunkt bereits ausser Kraft getreten waren, die aber für die Beurteilung eines allenfalls früher entstandenen Rentenanspruchs von Belang sind (für das IVG: ab dem 1. Januar 2003 in der Fassung vom 6. Oktober 2000 [AS 2002 3371 und 3453], ab dem 1. Januar 2004 in der Fassung vom 21. März 2003 [AS 2003 3837; 4. IVG-Revision] und ab dem 1. Januar 2008 in der Fassung vom 6. Oktober 2006 [AS 2007 5129; 5. IV-Revision]; die Verordnung in den entsprechenden Fassungen). Am 1. Januar 2003 sind das ATSG sowie die entsprechende Verordnung vom 11. September 2002 (ATSV, SR 830.11) in Kraft getreten, welche für die Beurteilung des vorliegend geltend gemachten Leistungsanspruchs ab diesem Zeitpunkt anwendbar sind. Da die darin enthaltenen Formulierungen der Arbeitsunfähigkeit, der Erwerbsunfähigkeit, der Invalidität und der Einkommensvergleichsmethode den bisherigen von der Rechtsprechung dazu entwickelten Begriffen in der Invalidenversicherung entsprechen und die von der Rechtsprechung dazu herausgebildeten Grundsätze unter der Herrschaft des ATSG weiterhin Geltung haben (vgl. BGE 130 V 343 E. 3.1, 3.2 und 3.3), wird im Folgenden auf die dortigen Begriffsbestimmungen verwiesen.

### **E. 3.3**

Gemäss Art. 48 Abs. 2 IVG in der bis am 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung werden die Leistungen in Abweichung von Art. 24 Abs. 1 ATSG lediglich für die zwölf der Anmeldung vorangehenden Monate ausgerichtet, wenn sich eine versicherte Person mehr als zwölf Monate nach Entstehen des Anspruchs anmeldet. Im vorliegenden Fall ist die Anmeldung der Beschwerdeführerin am 12. März 2004 bei der IV-Stelle Luzern eingegangen, so dass allfällige Leistungen der IV frühestens ab März 2003 ausgerichtet werden könnten. Rechts- und Sachverhaltsänderungen, die nach dem massgebenden Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Entscheides (7. März 2008) eintraten, sind im vorliegenden Verfahren grundsätzlich nicht zu berücksichtigen (vgl. BGE 130 V 329, BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweisen). Allerdings können Tatsachen, die den Sachverhalt seither verändert haben, unter Umständen Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung sein (vgl. BGE 121 V 366 E. 1b mit Hinweisen). Vorliegend ist damit zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin in der Zeit vom 12. März 2003 bis zum 7. März 2008 im Sinne des Gesetzes invalid gewesen bzw. geworden ist.

### **E. 4**

Anspruch auf eine Rente der schweizerischen Invalidenversicherung hat, wer invalid im Sinne des Gesetzes ist (Art. 8 ATSG) und beim Eintritt der Invalidität während der vom Gesetz geforderten Dauer Beiträge an die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/ IV) geleistet hat (Art. 36 Abs. 1 IVG). Diese Bedingungen

müssen kumulativ gegeben sein; fehlt eine, so entsteht kein Rentenanspruch, selbst wenn die andere erfüllt ist. Die Beschwerdeführerin hat unbestrittenermassen während mehr als drei Jahren Beiträge an die AHV/IV geleistet, so dass sie die gesetzliche Mindestbeitragsdauer sowohl nach den bis zum 31. Dezember 2007 als auch nach den seither gültigen Bestimmungen erfüllt (Art. 36 Abs. 1 IVG).

#### **E. 4.1**

Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG), die Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein kann (Art. 4 Abs. 1 IVG). Invalidität ist somit der durch einen Gesundheitsschaden verursachte und nach zumutbarer Behandlung oder Eingliederung verbleibende länger dauernde (volle oder teilweise) Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt resp. der Möglichkeit, sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen. Der Invaliditätsbegriff enthält damit zwei Elemente (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2009, Art. 8 Rz. 7): Ein medizinisches (Gesundheitsschaden mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit) und ein wirtschaftliches im weiteren Sinn (dauerhafte oder länger dauernde Einschränkung der Erwerbsfähigkeit oder der Tätigkeit im Aufgabenbereich). 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). 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).

#### **E. 4.2**

Anspruch auf eine ganze Rente bestand gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG in der bis zum 31. Dezember 2003 gültig gewesenen Fassung, wenn die versicherte Person mindestens zu zwei Dritteln, derjenige auf eine halbe Rente, wenn sie mindestens zur Hälfte und derjenige auf eine Viertelsrente, wenn sie mindestens zu 40% invalid ist. Gemäss Abs. 1ter dieser Norm werden Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50% entsprechen, jedoch nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben. Nach dem am 1. Januar 2004 in Kraft getretenen Art. 28 Abs. 1 IVG hatte ein Versicherter Anspruch auf eine Viertelsrente bei einem Invaliditätsgrad von 40%, auf eine halbe Rente bei einem solchen von 50%, auf eine Dreiviertelsrente bei einem Grad der Invalidität von 60% und auf eine ganze Rente bei einem solchen von 70%. Hieran hat die 5. IV-Revision nichts geändert (Art. 28 Abs. 2 IVG in der ab 1. Januar 2008 geltenden Fassung). Laut Art. 28 Abs. 1ter IVG (in der bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung) bzw. Art. 29 Abs. 4 IVG (in der ab 1. Januar 2008 geltenden Fassung) werden jedoch Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50% entsprechen, nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben. Nach der Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichts (EVG; ab 1. Januar 2007: Bundesgericht) stellt diese Regelung nicht eine blosse Auszahlungsvorschrift, sondern eine besondere Anspruchsvoraussetzung dar (BGE 121 V 275 E. 6c). Eine Ausnahme von diesem Prinzip gilt seit dem 1. Juni 2002 für Schweizer Bürger und Staatsangehörige der Europäischen Gemeinschaft, denen auch bei einem

Invaliditätsgrad ab 40% eine Rente ausgerichtet wird, wenn sie - wie die Beschwerdeführerin - in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft Wohnsitz haben.

#### **E. 4.3**

Nach den Vorschriften der 4. IV-Revision entsteht der Rentenanspruch frühestens in dem Zeitpunkt, in dem die versicherte Person mindestens zu 40% bleibend erwerbsunfähig (Art. 7 ATSG) geworden ist oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40% arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen war (Art. 29 Abs. 1 Bst. a und b IVG in der von 2004 bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung). Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG in der ab dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung haben jene Versicherten Anspruch auf eine Rente, welche ihre Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wieder herstellen, erhalten oder verbessern können (lit. a), und die zusätzlich während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40% arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen sind und auch nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40% invalid (Art. 8 ATSG) sind (lit. b und c).\*

#### **E. 4.4**

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). Aufgrund des im gesamten Sozialversicherungsrecht geltenden Grundsatzes der Schadenminderungspflicht ist ein dauernd in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkter Versicherter gehalten, innert nützlicher Frist Arbeit im angestammten oder einem anderen Berufs- oder Erwerbszweig zu suchen und anzunehmen, soweit sie noch möglich und zumutbar erscheint (vgl. BGE 113 V 28 E. 4a, BGE 111 V 239 E. 2a). Deshalb ist es am behandelnden Arzt bzw. am Vertrauensarzt der IVSTA, aus medizinischer Sicht zu entscheiden, in welchem Ausmass ein Versicherter seine verbliebene Arbeitsfähigkeit bei zumutbarer Tätigkeit und zumutbarem Einsatz auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt einsetzen kann. Diese Arbeitsmöglichkeit hat sich der Versicherte anrechnen zu lassen (leidensangepasste Verweisungstätigkeit; vgl. ZAK 1986 S. 204 f.), wobei es unerheblich ist, ob er seine Restarbeitsfähigkeit tatsächlich verwertet oder nicht.

#### **E. 4.5**

Für die Bestimmung des Invaliditätsgrades wird das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (sog. Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (sog. Valideneinkommen, Art. 16 ATSG).

##### **E. 4.5.1**

Der Einkommensvergleich bei Erwerbstätigen hat in der Regel so zu erfolgen, dass die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen ziffernmässig möglichst genau ermittelt und einander gegenübergestellt werden, worauf sich aus der Einkommensdifferenz der Invaliditätsgrad bestimmen lässt (allgemeine Methode).

#### **E. 4.5.2**

Bei nicht erwerbstätigen Versicherten, welche im Aufgabenbereich (meistens im Haushalt) tätig sind und denen die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht zugemutet werden kann (Art. 8 Abs. 3 ATSG), wird für die Bemessung der Invalidität in Abweichung von Art. 16 ATSG darauf abgestellt, in welchem Masse sie unfähig sind, sich in diesem Aufgabenbereich zu betätigen (vgl. Art. 28 Abs. 2bis IVG in der bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung, bzw. Art. 28a Abs. 2 IVG in der ab dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung; spezifische Methode).

#### **E. 4.5.3**

Bei Versicherten, die nur zum Teil erwerbstätig sind oder die unentgeltlich im Betrieb des Ehegatten oder der Ehegattin mitarbeiten, wird für diesen Teil die Invalidität nach Art. 16 ATSG festgelegt. Waren sie daneben auch im Aufgabenbereich tätig, so wird der Invaliditätsgrad für diese Tätigkeit nach Art. 28a Abs. 3 IVG (in der ab 1. Januar 2008 geltenden Fassung resp. Art. 28 Abs. 2ter IVG in der bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung) berechnet. In diesem Falle wird der Invaliditätsgrad entsprechend der Behinderung in beiden Bereichen bemessen (gemischte Methode, vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts I 725/04 vom 20. Januar 2006 mit Verweis auf BGE 131 V 51 und BGE 125 V 146).

### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei aufgrund ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu mindestens 50% erwerbsunfähig, so dass sie Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung habe.

#### **E. 5.1**

Für die Beurteilung des Gesundheitszustandes und damit der Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin hat sich die Vorinstanz insbesondere auf die Ausführungen in den beiden umfassenden Gutachten abgestützt.

##### **E. 5.1.1**

Im neurologisch-otorhinolaryngologischen Gutachten vom 21. Juni 2006 (kant. Vorakten, Dokument 46) wurde diagnostiziert: ein Belastungsschwindel bei apparativ eindeutig nachweisbarem rechtsseitigem peripher-vestibulärem Funktionsausfall wegen eines infizierten Cholesteatoms mit Bogengangsfistel, eine Fazialisparese rechts infolge einer iatrogenen Resektion bei der Operation des infizierten Cholesteatoms; Status nach Rekonstruktion mittels Nerveninterponat, eine depressive Entwicklung seit 2001 sowie neuralgiformer Narbenschmerz. Als weitere Diagnosen ohne Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit wurden zudem erwähnt: ein leicht sensibles Hemisyndrom rechts (Beginn unklar) sowie eine (seit vielen Jahren bestehende) substituierte Hypothyreose. Die vestibuläre Unterfunktion bezeichneten die Gutachter als schlecht kompensiert und wiesen darauf hin, dass die Patientin nur einmalig und für kurze Zeit eine Physiotherapie gehabt und nach anfänglich leichter Verbesserung des Schwindels ein deutliches Rückzugsverhalten entwickelt hätte, und ein physiotherapeutisches Gleichgewichtstraining

und eine Verhaltenspsychotherapie - unter Einsatz eines aktivierenden Antidepressivums - zu einer deutlichen funktionellen Verbesserung führen könnte. Bei der Fazialisparese sei durch die Rekonstruktion mittels Nerveninterponat der Augenschluss ermöglicht worden, mit einer weiteren Verbesserung sei nicht mehr zu rechnen und weitere operative Massnahmen seien nicht angezeigt. Zur Verhinderung einer Dekonditionierung sei das regelmässige Beüben der Gesichtsmuskulatur wichtig. Wegen der starken psychischen Belastung der Patientin aufgrund der Lähmung im Bereich des Mundwinkels und der Wange sowie der daraus resultierenden Gesichtsasymmetrie empfahlen die Gutachter eine psychologische Betreuung. In Bezug auf das Schmerzsyndrom hielten die Gutachter eine medikamentöse Behandlung für angezeigt. Trotz der vollständigen Taubheit rechts und der kombinierten mittelgradigen Schwerhörigkeit auf der linken Seite erachteten sie die Patientin als anamnestisch nicht gestört, weshalb eine diesbezügliche Intervention nicht notwendig sei. Falls das Gehör in den Vordergrund treten sollte, wäre eine Hörgeräteversorgung möglich. Die Beeinträchtigungen (qualitativ und quantitativ) aufgrund der festgestellten Störungen schätzten die Gutachter bei Tätigkeiten, welche Balance erfordern oder bei Arbeiten in gefährlicher Umgebung (Sturz- und Verletzungsgefahr) wegen des Schwindels auf 20-30%, bei Berufen mit hohen Ansprüchen an die Balance (z.B. Tanzlehrerin etc.) noch höher. Aufgrund der Fazialisparese wurde die Einschränkung bei Berufen mit hohem ästhetischem Repräsentationsgehalt auf maximal 50% geschätzt. Insgesamt wurde die Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit als Putzfrau und Küchenhilfe mit 20-30% seit März 2004 beziffert. Auf psychisch-geistiger Ebene wurde eine reaktiv verursachte depressive Verstimmung festgestellt, die nach Ansicht der Gutachter auch auf die schlechte Integration in der Schweiz zurückgeführt werden könnte. Dementsprechend wurde eine genauere Abklärung der quantitativen Beeinträchtigung durch die psychosoziale Medizin empfohlen. Abschliessend wurde festgehalten, dass der vordringliche Teil der Beschwerden auf die depressive Verstimmung der Patientin zurückzuführen sei.

#### **E. 5.1.2**

Aufgrund des Verdachts auf Somatisierung wurde eine psychiatrische Abklärung durchgeführt. In seinem umfassenden Gutachten vom 28. März 2007 (kant. Vorakten, Dokument 56) diagnostizierte Dr. med. B. \_\_\_\_\_ eine depressive Störung, gegenwärtig leichte depressive Episode mit somatischem Syndrom (ICD-10 F32.01), erachtete die Prognose jedoch als günstig, da es sich um eine gut behandelbare Krankheit handle. Allerdings wies er auf die komplizierenden Faktoren im Sinne der anhaltenden Folgeerscheinungen der Ohroperation mit Fazialisparese und Schwerhörigkeit hin, verbunden mit der sozialen Stigmatisierung, hohem Schamgefühl und Rückzugsverhalten der Beschwerdeführerin. Er erwähnte, dass diese Faktoren eine depressive Symptomatik aufrechterhalten bzw. verstärken und eine allfällige Remission noch behindern könnten, dass jedoch bei einer fachärztlichen Behandlung eine Verbesserung zu erzielen sein sollte. Die Arbeitsfähigkeit aus psychiatrischer Sicht schätzte er sowohl in der bisherigen Tätigkeit als auch in anderen angepassten Tätigkeiten auf 70-80% und schlug als Therapiemassnahmen eine fachärztliche psychiatrische Behandlung vor. Aufgrund des sozialen Rückzugsverhaltens und zunehmender Dekonditionierung erachtete er einen gezielten Arbeitsversuch - zuerst im geschützten Rahmen - als sinnvoll, der eine Reintegration in den Arbeitsprozess und die Erhöhung der körperlichen Belastbarkeit, die Gewöhnung an den Arbeitsprozess und die Zunahme von Sicherheit bezüglich der eigenen beruflichen Leistungsfähigkeit und Stärken ermöglichen sollte.

## **E. 5.2**

In beiden Gutachten wurde hinreichend dargelegt, inwiefern die Beschwerdeführerin in ihren körperlichen oder geistigen Funktionen leidsbedingt eingeschränkt ist. Die geklagten Beschwerden sowie die Vorakten wurden berücksichtigt und die Beurteilung der medizinischen Situation und Zusammenhänge durch die untersuchenden Ärzte sind nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes durchaus einleuchtend und nachvollziehbar. Auch werden die Schlussfolgerungen der Experten ausführlich begründet. Den beiden Gutachten kommt daher erhöhte Beweiskraft zu und es ist nicht zu beanstanden, dass sich die Vorinstanz bei der Bestimmung der Restarbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin auf die beiden Gutachten abgestützt hat.

## **E. 5.3**

Keine Einigkeit besteht allerdings bei den Gutachten in Bezug auf den Beginn der 20-30%igen Arbeitsunfähigkeit: während im neurologischen Gutachten von einer 20-30%igen Einschränkung der Arbeitsfähigkeit ab März 2004 - dem Datum des Leistungsgesuchs - ausgegangen wurde, bezeichnete der Psychiater den Zeitpunkt der Operation (24. April 2001) als Beginn der medizinisch begründeten Arbeitsunfähigkeit. Angesichts der schwerwiegenden Konsequenzen der Operation vom 24. April 2001 ist die IVSTA zu Recht von einer anfänglichen, auf rund drei Monate begrenzten 100%igen Arbeitsunfähigkeit in sämtlichen Bereichen ausgegangen und hat die Beschwerdeführerin nach Ablauf dieser dreimonatigen Rekonvaleszenz ab dem 1. August 2001 als zu 70% arbeitsfähig in der bisherigen Tätigkeit eingestuft. Diese Einschätzung ist durchaus nachvollziehbar und vom Bundesverwaltungsgericht nicht zu beanstanden, liegen doch keine medizinischen Anhaltspunkte vor, die eine andere Schlussfolgerung nahe legen würden.

## **E. 5.4**

Zum Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz hätte bei der Berechnung des Invaliditätsgrades die Einschränkung der Arbeitsfähigkeit aus psychiatrischer Sicht zur Einschränkung aus somatischer Sicht hinzurechnen müssen, ist festzuhalten, dass es sich bei der Invalidenversicherung um eine final konzipierte Versicherung handelt, da Art. 4 Abs. 1 IVG nicht nach Art und Genese des Gesundheitsschadens fragt, welcher die Erwerbsunfähigkeit verursacht. Der Gesundheitszustand ist folglich immer gesamtheitlich zu betrachten. Sind mehrere Gesundheitsschäden vorhanden, so ist zu prüfen, wie sie sich gemeinsam auf die Invalidität auswirken. Kausal konzipiert ist die Invalidenversicherung nur insofern, als die Erwerbsunfähigkeit durch einen Gesundheitsschaden verursacht sein muss (vgl. Ulrich Meyer-Blaser, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, Zürich 1997, S. 14 mit weiteren Hinweisen). Dem neurologischen Gutachten vom 21. Juni 2006 ist zu entnehmen, dass die subjektiven Beschwerden mit den neurologisch-otologisch objektivierbaren Befunden nicht vollumfänglich erklärbar sind und der vordringliche Teil der Beschwerden auf die depressive Verstimmung der Patientin zurückzuführen sind. Eine andere Interpretation ergibt sich aus dem psychiatrischen Gutachten nicht, hielt doch Dr. B.\_\_\_\_\_ klar fest, dass die Beschwerdeführerin auch aus psychiatrischer Sicht aufgrund der leichten depressiven Störung sowohl in der bisherigen Tätigkeit als auch in anderen Tätigkeiten insgesamt zu 20-30% in ihrer Leistungsfähigkeit eingeschränkt ist. Diese Einschränkung umfasst sämtliche festgestellten Leiden, so dass eine Zusammenrechnung der somatisch und der psychiatrisch bedingten Arbeitsunfähigkeit nicht angezeigt ist.

## **E. 6**

Zu prüfen ist im Weiteren die Statusfrage, zumal die Beschwerdeführerin geltend macht, sie sei von der Vorinstanz zu Unrecht als Teilerwerbstätige eingestuft worden. Die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs wurde - soweit sie überhaupt berechtigt ist - im vorliegenden Verfahren geheilt (vgl. zur Heilung von Gehörsverletzungen etwa BGE 132 V 387 E. 5.1, BGE 127 V 431 E. 3d/aa; Bernhard Waldmann/Jörg Bickel, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 29 N. 118).

### **E. 6.1**

Ob eine versicherte Person als ganztätig oder zeitweilig erwerbstätig oder als nicht erwerbstätig einzustufen ist - was je zur Anwendung einer anderen Methode der Invaliditätsbemessung führt -, ergibt sich aus der Prüfung, was diese Person 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 Verfügungsverfügung 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. 6.2**

Die Vorinstanz ist aufgrund der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin vor Eintritt des Gesundheitsschadens voll erwerbstätig, nach ihrer Rückkehr in die Heimat jedoch ausschliesslich als Hausfrau tätig gewesen war, davon ausgegangen, dass die gemischte Methode zur Anwendung gelangt. Diese Einschätzung ist allerdings nicht ohne weiteres nachvollziehbar, kommt doch bei voll Erwerbstätigen die allgemeine Methode und bei ausschliesslich im Haushalt Tätigen die spezifische Methode der Invaliditätsbemessung zur Anwendung. Nach der Praxis des Bundesgerichts dient die gemischte Methode nicht einzig dem Schutz derjenigen Personen, denen eine Vollzeit-Erwerbstätigkeit im Gesundheitsfall nicht zugemutet werden kann, sondern einer möglichst wirklichkeitsgerechten Bemessung des Invaliditätsgrades. Sie findet demnach auch dann Anwendung, wenn der versicherten Person ohne gesundheitliche Beeinträchtigung zwar eine volle Erwerbstätigkeit zumutbar wäre, sie aber trotzdem eine solche nicht ausüben würde. Entscheidend ist somit auch im vorliegenden Fall, ob die Beschwerdeführerin hypothetisch, d.h. ohne Gesundheitsschaden, aber bei sonst gleichen Verhältnissen, in einem Vollpensum erwerbstätig wäre (BGE 133 V 477 E. 6.3).

### **E. 6.3**

Den Akten ist zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin in den Jahren 1987 bis 1990 jeweils zwischen 9 und 12 Monaten pro Jahr erwerbstätig gewesen war und bisweilen sogar für zwei Arbeitgeber während derselben Arbeitsperiode gearbeitet hatte. In den Jahren 1991 bis Ende 1999 war sie nicht mehr erwerbstätig, um sich der Erziehung ihrer Töchter zu widmen. Nach ihrer Wiedereinreise in die Schweiz war sie von Juli bis und mit Oktober 2000 wieder erwerbstätig. Dem Arbeitsvertrag für ihre zuletzt ausgeübte Tätigkeit als Küchenhilfe ist zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin ihre Arbeit als

Vollzeitmitarbeiterin am 1. März 2001 aufgenommen hat und der Vertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wurde. Daraus kann geschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin ohne Gesundheitsschaden auch weiterhin voll erwerbstätig gewesen wäre, so dass in ihrem Fall die allgemeine Methode der Invaliditätsbemessung zur Anwendung kommt.

#### **E. 6.4**

Die Vorinstanz hat auf die Durchführung eines Einkommensvergleichs verzichtet, da ein rentenbegründender Invaliditätsgrad (bei Anwendung der gemischten Methode) auszuschliessen war. Die Restarbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin beträgt seit dem 1. August 2001 sowohl in der zuletzt ausgeübten Tätigkeit als auch in anderen Tätigkeiten mindestens 70%. Wird das ohne Invalidität erzielbare hypothetische Erwerbseinkommen mit 100% bewertet und das Invalideneinkommen auf einen entsprechend kleineren Prozentsatz veranschlagt, ergibt sich aus der Prozentdifferenz der Invaliditätsgrad (zum sog. Prozentvergleich vgl. BGE 114 V 310). Da ein leidensbedingter Abzug bei der Anwendung des Prozentvergleichs grundsätzlich nicht vorzunehmen ist (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 9C\_129/2008 vom 7. August 2008 E. 3.3.1 mit Hinweis auf BGE 126 V 75 E. 5b), beträgt vorliegend der Invaliditätsgrad - auch bei Anwendung der allgemeinen Methode - angesichts einer Restarbeitsfähigkeit im bisherigen Beruf von 70% weit weniger als 40%.

#### **E. 7**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die gesundheitliche Situation der Beschwerdeführerin zu keiner invalidenversicherungsrechtlich relevanten Einkommenseinbusse führt und die Vorinstanz das Bestehen eines Leistungsanspruchs im Ergebnis zu Recht verneint hat. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

#### **E. 8**

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

##### **E. 8.1**

Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG), die sich aus der Gerichtsgebühr und den Auslagen zusammensetzen. Sie werden unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache im vorliegenden Verfahren auf Fr. 400.- festgesetzt (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 1, 2 und 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) und mit dem bereits geleisteten Verfahrenskostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

##### **E. 8.2**

Der obsiegenden Partei kann von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Als Bundesbehörde hat die IVSTA jedoch keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).