

BVGer C-2662/2009 vom 2. April 2012

Bundesverwaltungsgericht, 2012-04-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-2662_2009

FR: TAF C-2662/2009 du 2 avril 2012

IT: TAF C-2662/2009 del 2 aprile 2012

Regeste

Invalidenversicherung (IV)

Erwägungen

E. 1

Zu beurteilen ist die Beschwerde vom 29. April 2009, mit der die anspruchsabweisende Verfügung der Vorinstanz vom 9. April 2009 angefochten worden ist.

E. 1.1

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich im Wesentlichen nach den Vorschriften des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32), des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungs-verfahren (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. dbis 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).

E. 1.2

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach 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 IV-Leistungsgesuche befasst (vgl. Art. 33 Bst. d VGG; 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.

E. 1.2.1

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). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren als Partei teilgenommen. Als Adressatin ist sie durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat an deren Änderung oder Aufhebung ein schutzwürdiges Interesse. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde vom 29. April 2009 ist daher einzutreten (vgl. Art. 60 ATSG, Art. 52 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 2.1

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). Im Rahmen seiner Kognition (vgl. Art. 49 VwVG; Benjamin Schindler, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, Rz. 1 ff. zu Art. 49) kann es 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; vgl. BGE 128 II 145 E. 1.2.2, BGE 127 II 264 E. 1b).

E. 2.2

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. Auflage, Bern 1984, S. 136).

E. 2.2.1

Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosse 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 (vgl. 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; vgl. 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. 2.2.2

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 (vgl. BGE 125 V 195 E. 2, BGE 122 V 158 E. 1a, je mit Hinweisen). Zum anderen umfasst die behördliche und richterliche Abklärungspflicht nicht unbesehen 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 (vgl. Gygi, a.a.O., S. 43 und 273). In diesem Rahmen haben Verwaltungsbehörden und Sozialversicherungsgerichte zusätzliche Abklärungen stets vorzunehmen oder zu veranlassen, wenn hierzu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichender Anlass besteht (vgl. BGE 117 V 282 E. 4a mit Hinweis; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG, heute Bundesgericht] I 520/99 vom 20. Juli 2000).

E. 2.2.3

Das Bundesrecht schreibt nicht vor, wie die einzelnen Beweismittel zu würdigen sind. Für das gesamte Verwaltungs- und Beschwerde-verfahren 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 (vgl. auch E. 4.5 hiernach).

E. 2.3

Die Beschwerdeführerin ist österreichische Staatsangehörige und hat heute dort ihren Wohnsitz, so dass vorliegend die Bestimmungen des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (im Folgenden: FZA, SR 0.142.112.681) sowie der darin erwähnten europäischen Verordnungen - insbesondere die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 (im Folgenden: Verordnung Nr. 1408/71, SR 0.831.109.268.1) - anwendbar sind (vgl. auch Art. 80a IVG in der Fassung gemäss Ziff. I 4 des Bundes-gesetzes 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 [AS 2002 685-700] sowie Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 Bst. b der Verordnung Nr. 1408/71).

E. 2.3.1

Gemäss Art. 8 Bst. a FZA werden die Systeme der sozialen Sicherheit koordiniert, um insbesondere die Gleichbehandlung aller Bürger der Vertragsstaaten zu gewährleisten. Nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 und Art. 4 Abs.1 des Sozialversicherungsab-kommens werden ferner - jeweils unter Vorbehalt abweichender Ab-kommens- bzw. Verordnungsbestimmungen - grundsätzlich alle Bürger der Vertragsstaaten rechtlich gleich behandelt. Weder das FZA und die gestützt darauf anwendbaren gemeinschaftlichen Rechtsakte noch das Sozialversicherungsabkommen (vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts I 435/00 vom 3. Mai 2000 E. 1, mit Hinweisen) beinhalten hinsichtlich der Voraussetzungen des Anspruchs auf eine Rente der IV vom Grundsatz der Gleichbehandlung abweichende Bestimmungen (vgl. hierzu insb. Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 11 Abs. 1 des Sozialversicherungsabkommens sowie Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 38 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71).

E. 2.3.2

Demnach bestimmt sich die Frage, ob und gegebenenfalls ab wann Anspruch auf Leistungen der schweizerischen Invalidenversicherung besteht, allein aufgrund der schweizerischen Rechtsvorschriften. Ferner besteht für die rechtsanwendenden Behörden in der Schweiz keine Bindung an Feststellungen und Entscheide ausländischer Versicherungs-träger, Krankenkassen, Behörden und Ärzte bezüglich Invaliditätsgrad und Anspruchsbeginn (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 durch das Gericht (vgl. E. 2.2.3 hiervor; Urteil des EVG vom 11. Dezember 1981 i.S. D.; BGE 125 V 351 E. 3a).

E. 2.4

In zeitlicher Hinsicht ist zunächst festzuhalten, dass Rechts- und Sachverhaltsänderungen, die nach dem massgebenden Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung (hier: 9. April 2009) eintraten, im vorliegenden Verfahren grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sind (vgl. BGE 130 V 329 sowie BGE 129 V 1 E. 1.2, je 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).

E. 2.5

Die Sache beurteilt sich nach denjenigen materiellen Rechtssätzen, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten (vgl. BGE 130 V 329). 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. 2.5.1

Damit finden grundsätzlich jene schweizerischen Rechtsvorschriften Anwendung, die bei Erlass der angefochtenen Verfügung vom 25. Juni 2009 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 2004 in der Fassung vom 21. März 2003 [AS 2003 3837; 4. IV-Revision] und ab dem 1. Januar 2008 in der Fassung vom 6. Oktober 2006 [AS 2007 5129; 5. IV-Revision]; zudem die Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung [IVV, SR 831.201] in den entsprechenden Fassungen der 4. und 5. IV-Revision). Noch keine Anwendung findet vorliegend das am 1. Januar 2012 in Kraft getretene erste Massnahmenpaket der 6. IV-Revision (IVG in der Fassung vom 18. März 2011 [AS 2011 5659]).

E. 2.5.2

Ferner sind das ATSG und die Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV, SR 830.11) anwendbar. Die im ATSG enthaltenen Formulierungen der Arbeitsunfähigkeit, Erwerbsunfähigkeit, Invalidität und der anwendbaren Methode der Invaliditätsbemessung 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 Revision des IVG und des ATSG vom 6. Oktober 2006 sowie der IVV und ATSV vom 28. September 2007 (5. IV-Revision [AS 2007 5129 bzw. AS 2007 5155], in Kraft seit 1. Januar 2008) nichts geändert, weshalb im Folgenden auf die dortigen Begriffsbestimmungen verwiesen wird.

E. 3

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 27. Oktober 2009 sowie in ihrer Replik vom 22. Januar 2010 eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, sei ihr doch von der Vorinstanz vor Durchführung der ärztlichen Begutachtungen durch Dres. med. X._____ und Y._____ keine Gelegenheit gegeben worden, sich zu den Gutachterfragen zu äussern. Zudem habe die Vorinstanz die behauptete Arbeitsunfähigkeit von bloss 20% nicht begründet.

E. 3.1

Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und Art. 42 Abs. 1 ATSG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1

IVG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. auch Art. 29 VwVG). Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlich-keitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, der in die Rechtsstellung einer Person eingreift (BGE 132 V 368 E. 3.1 mit Hinweisen). Der verfassungsmässige Anspruch umfasst Rechte der Parteien auf Teilnahme am Verfahren und auf Einflussnahme auf den Prozess der Entscheidungsfindung. Dazu gehört auch das Recht, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden, das Akteneinsichtsrecht (vgl. auch Art. 26 VwVG) sowie die Pflicht der Behörden, den Entscheid zu begründen (BGE 132 V 368 E. 3.1, BGE 134 I 83 E. 4.1, BGE 133 III 439, E. 3.3).

E. 3.2

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 42 ATSG wird in Art. 44 ATSG insofern konkretisiert, als dass der Versicherungsträger, der zur Abklärung des Sachverhalts ein Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen einholen muss, der Partei dessen Namen sowie dessen Qualifikationen bekannt zu geben hat. Des Weiteren hält diese Bestimmung fest, dass die Partei den Gutachter aus triftigen Gründen ablehnen und Gegenvorschläge unterbreiten kann.

E. 3.3

Gemäss Akten hat die Vorinstanz die Beschwerdeführerin vor den Untersuchungen mit Schreiben vom 11. November 2008 und vom 9. Dezember 2008 über die notwendigen Gutachtensaufträge orientiert und dabei die Namen sowie die Qualifikationen der beiden Gutachter bekannt gegeben (IV-act. 47, 48 und 52). Gegen die vorgesehenen Gutachter hat die Beschwerdeführerin keine Einwände erhoben.

E. 3.3.1

Weiter war die Vorinstanz zum Verfügungszeitpunkt unter dem Blickwinkel der damals geltenden bundesgerichtlichen Praxis nicht verpflichtet, der Beschwerdeführerin die Gelegenheit einzuräumen, ergänzende Fragen zu stellen bzw. sich vorgängig zum Fragekatalog zu äussern (vgl. zur damaligen Auslegung von Art. 44 ATSG etwa BGE 133 V 446 E. 7.4 f.). Die im Jahre 2011 mit BGE 137 V 210 vollzogene Praxisänderung, wonach der versicherten Person die Möglichkeit zur vorgängigen Stellungnahme zu den Gutachterfragen einzuräumen ist, kann vorliegend auf das vorinstanzliche Verfahren, das mit Verfügung vom 9. April 2009 abgeschlossen worden ist, noch nicht angewandt werden. Demnach lag es im Ermessen des Versicherungsträgers zu entscheiden, welche Fragen den Gutachtern zu unterbreiten waren (vgl. Urs Müller, Das Verwaltungsverfahren in der Invalidenversicherung, Bern 2010, Rz 1376). Aufgrund der damaligen Auslegung von Art. 44 ATSG kann in diesem Vorgehen der Vorinstanz keine Gehörsverletzung gesehen werden. Es bleibt festzuhalten, dass nach altem Verfahrensstandard eingeholte Gutachten nicht per se ihren Beweiswert verlieren. "Vielmehr ist im Rahmen einer gesamthaften Prüfung des Einzelfalls mit seinen spezifischen Gegebenheiten und den erhobenen Rügen entscheidend, ob das abschliessende Abstellen auf die vorhandenen Beweisgrundlagen im angefochtenen Entscheid vor Bundesrecht standhält" (BGE 137 V 266 E. 6).

E. 3.4

Allerdings hätte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin im Anschluss an die Erstellung der fraglichen Gutachten und vor Erlass der angefochtenen Verfügung Gelegenheit einzuräumen müssen, sich zum Beweisergebnis zu äussern (vgl. BGE 133 V 446 E. 7.4; noch zum Einspracheverfahren BGE 132 V 368 insb. E. 6.2), stützt sich doch die angefochtene

Verfügung im Wesentlichen auf zwei Gutachten, die erst im Vorbescheidverfahren eingeholt worden sind (vgl. IV-act. 28, 64 und 67). Hierin liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

E. 3.4.1

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Deshalb führt dessen Verletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung (BGE 127 V 431 E. 3d/aa, BGE 126 I 19 E. 2d/bb). Nach der Rechtsprechung kann jedoch eine Verletzung des Gehörsanspruchs dann geheilt werden, wenn die Gehörsgewährung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in dem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz. Die Heilung ist aber ausgeschlossen, wenn es sich um eine besonders schwerwiegende Verletzung der Parteirechte handelt. Zudem darf den Beschwerdeführenden kein Nachteil erwachsen und die Heilung soll die Ausnahme bleiben (BGE 129 I 129 E. 2.2.3, BGE 126 V 130 E. 2b, BGE 126 I 68 E. 2).

E. 3.4.2

Von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung ist jedoch im Sinne einer Heilung des Mangels selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 132 V 387 E. 5.1; BGE 116 V 182 E. 3d zum Ganzen ausführlich die Urteile des EVG I 193/04 vom 14. Juli 2006 und des Bundesverwaltungsgerichts C-2714/ 2008 vom 16. August 2010 E. 4.2 f.).

E. 3.4.3

Vorliegend konnte sich die Beschwerdeführerin vor dem Bundesverwaltungsgericht, das sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüft, mehrfach und einlässlich zu den Gutachten der Dres. med. X. _____ und Y. _____ äussern (vgl. BGE 127 V 431 E. 3d aa). Die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks Gewährung des rechtlichen Gehörs führte angesichts der Standpunkte der Parteien zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu einer unnötigen Verzögerung des Verfahrens. Unter diesen Umständen rechtfertigt sich ausnahmsweise die Heilung der festgestellten, durchaus schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs - umso mehr, als die Beschwerdeführerin keine Rückweisung an die Vorinstanz beantragt, sondern einen materiellen Entscheid des Gerichts erwartet. Aus den gleichen Gründen hat auch die geltend gemachte Verletzung der Begründungspflicht - soweit eine solche überhaupt vorliegt - als geheilt zu gelten.

E. 4

Im Folgenden werden die für die Beurteilung der Streitsache wesentlichen materiell-rechtlichen Bestimmungen und von der Rechtsprechung dazu entwickelten Grundsätze dargestellt.

E. 4.1

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 vorgesehenen Dauer Beiträge an die die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV) geleistet hat (vgl. Art. 36 Abs. 1 IVG:

Mindestbeitragsdauer ein Jahr in der bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung, drei Jahre in der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung). Diese Bedingungen müssen kumulativ gegeben sein; fehlt eine, so entsteht kein Rentenanspruch, selbst wenn die andere erfüllt ist. Die Beschwerdeführerin arbeitete - mit Unterbrüchen - von August 1987 bis September 2005 in der Schweiz und leistete gemäss dem Auszug aus dem Individuellen Konto [IK] während insgesamt 130 Monaten Beiträge an die AHV/IV (IV-act. 4, 24 und 68), so dass sie die Voraussetzung der gesetzlichen Mindestbeitragsdauer sowohl nach den bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen als auch nach den seither geltenden Bestimmungen erfüllt. Zu prüfen bleibt damit, ob die Beschwerdeführerin invalid im Sinne des Gesetzes ist und Anspruch auf eine IV-Rente hat.

E. 4.2

Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG (in der bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung) bzw. 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 Dreiviertelsrente, 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 ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben (vgl. Art. 28 Abs. 1 erster Satz IVG in der bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung bzw. Art. 29 Abs. 4 erster Satz IVG in der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung), 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 bei einem Invaliditätsgrad ab 40% eine ordentliche Rente ausgerichtet wird, auch wenn sie in einem Mitgliedstaat der EU Wohnsitz haben.

E. 4.3

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 [im Folgenden: Kieser, ATSG], Rz.7 zu Art. 8): 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).

E. 4.3.1

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. 4.3.2

Der Begriff des ausgeglichenen Arbeitsmarkts ist ein theoretischer und abstrakter Begriff, welcher dazu dient, den Leistungsbereich der IV von jenem der Arbeitslosenversicherung abzugrenzen. Er umschliesst einerseits ein bestimmtes Gleichgewicht zwischen dem Angebot und der Nachfrage nach Stellen; andererseits bezeichnet er einen Arbeitsmarkt, der von seiner Struktur her einen Fächer verschiedenartiger Stellen offen hält. Nach diesen Gesichtspunkten bestimmt sich im Einzelfall, ob die invalide Person die Möglichkeit hat, ihre restliche Erwerbsfähigkeit zu verwerten und sie ein rentenausschliessendes Einkommen zu erzielen vermag oder nicht (BGE 110 V 273 E. 4b; ZAK 1991 S. 320 E. 3b). Demnach ist für die Invaliditätsbemessung nicht darauf abzustellen, ob eine invalide Person unter den konkreten Arbeitsmarktverhältnissen vermittelt werden kann, sondern einzig darauf, ob sie die ihr verbliebene Arbeitskraft noch wirtschaftlich nutzen könnte, wenn die verfügbaren Arbeitsplätze dem Angebot an Arbeitskräften entsprechen würden (AHI 1998 S. 291 E. 3b). Von einer Arbeitsgelegenheit im Sinne von Art. 16 ATSG kann aber nicht mehr gesprochen werden, sofern die gesundheitlich zumutbare Tätigkeit nur in so eingeschränkter Form möglich ist, dass sie der allgemeine Arbeitsmarkt praktisch nicht kennt oder dass sie nur unter nicht realistischem Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers möglich wäre (vgl. SVR 1996 IV Nr. 70 S. 204 E. 3c und ZAK 1989 S. 322 E. 4).

E. 4.4

Der Rentenanspruch entsteht frühestens in jenem Zeitpunkt, in dem der Versicherte mindestens zu 40% bleibend erwerbsunfähig (Art. 7 ATSG) geworden ist oder während eines Jahres (Wartezeit) ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40% arbeitsunfähig und hernach mindestens im gleichen Grad erwerbsunfähig bzw. invalide gewesen ist (vgl. Art. 29 Abs. 1 Bst. a und b IVG in den bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassungen sowie Urteile des Bundesgerichts 9C_882/2009 vom 1. April 2010 E. 5.2 und 9C_718/2008 vom 2. Dezember 2008 E. 4. 1.1, je mit Hinweisen). Nach 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 (Bst. a), und die zusätzlich während eines Jahres (Wartezeit) ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich zu mindestens 40% arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen sind und auch nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40% invalid (Art. 8 Abs. 1 ATSG) sind (Bst. b und c).

E. 4.5

Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, sind die Verwaltung und im Beschwerdeverfahren 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). Eine zumutbare Arbeitsmöglichkeit (sog. leidensangepasste Verweisungstätigkeit; vgl. ZAK 1986 S. 204 f.) hat sich der Versicherte infolge seiner Schaden-minderungspflicht anrechnen zu lassen (vgl. BGE 113 V 22 E. 4a und BGE 111 V 235 E. 2a, je mit Hinweisen). Ebenso ist ein nicht oder nur teilweise erwerbstätiger Versicherter gehalten, im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren Verhaltensweisen zu entwickeln, welche die Auswirkungen seiner Behinderung im ihn betreffenden Aufgabenbereich reduzieren (vgl. BGE 133 V 504 E. 4.2 mit Hinweisen).

E. 4.5.1

Für den Beweiswert eines Arztberichtes ist entscheidend, ob er 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 Situation einleuchtet, und ob die Schlussfolgerungen der Experten begründet und in sich widerspruchsfrei sind. Auch auf Beurteilungen versicherungsinterner Ärzte der Vorinstanz oder von Ärzten eines regionalen ärztlichen Dienstes (RAD) darf nur abgestellt werden, sofern sie diesen beweisrechtlichen Anforderungen genügen. Nicht in jedem Einzelfall zwingend erforderlich ist, dass solche Ärzte den Versicherten persönlich untersuchen. Das Fehlen eigener Untersuchungen vermag daher ihre Stellungnahmen für sich alleine nicht in Frage zu stellen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es im Wesentlichen um die Beurteilung der erwerblichen Folgen eines bereits feststehenden medizinischen Sachverhalts geht, folglich die direkte ärztliche Befassung mit dem Versicherten in den Hintergrund rückt. Ausschlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit 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).

E. 4.5.2

Allerdings sind Berichte der behandelnden Ärzte - obschon deren 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). Ferner müssen versicherungsinterne Ärzte oder solche eines RAD über die zur Beurteilung des Einzelfalles erforderlichen persönlichen und fachlichen Qualifikationen verfügen, andernfalls ein gewichtiges Indiz gegen die Zuverlässigkeit ihrer Expertise oder Stellungnahme vorliegt (vgl. dazu Urteile des Bundesgerichts I 142/07 vom 20. November 2007 E. 3.2.3 ff. und I 362/06 vom 10. April 2007 E. 3.2.1, je mit Hinweisen).

E. 4.6

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). 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). Massgeblicher Zeitpunkt für den Einkommensvergleich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des (hypothetischen) Beginns des Rentenanspruchs (vgl. BGE 129 V 222 E. 4.1).

E. 4.6.1

Für die Ermittlung des Einkommens, welches die versicherte Person ohne Invalidität erzielen könnte (Valideneinkommen), ist entscheidend, was sie im Zeitpunkt des frühestmöglichen Rentenbeginns nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunde tatsächlich verdient hätte. Dabei wird in der Regel am zuletzt erzielten, nötigenfalls der Teuerung und der realen Einkommensentwicklung angepassten Verdienst angeknüpft (BGE 134 V 322 E. 4.1, 129 V 222 E. 4.3.1; RKUV 2006 U 568 S. 66 E. 2). Lässt sich aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse das ohne gesundheitliche Beeinträchtigung realisierbare Einkommen nicht hinreichend genau beziffern, ist auf Erfahrungs- und Durchschnittswerte gemäss Tabellenlohn abzustellen. Auf sie darf jedoch im Rahmen der Invaliditätsbemessung nur unter Mitberücksichtigung der für die Entlohnung im Einzelfall gegebenenfalls relevanten persönlichen und beruflichen Faktoren abgestellt werden (Urteil des EVG I 517/02 vom 30. Oktober 2002, E. 1.2).

E. 4.6.2

Für die Bestimmung des Invalideneinkommens ist primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher die versicherte Person konkret steht. Ist kein solches tatsächlich erzielt, gegeben, namentlich weil die versicherte Person nach Eintritt des Gesundheitsschadens keine oder jedenfalls keine ihr an sich zumutbare neue Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, so sind nach der Rechtsprechung in der Regel die gesamtschweizerischen Tabellenlöhne gemäss den vom Bundesamt für Statistik periodisch herausgegebenen Lohnstrukturerhebungen (LSE) heranzuziehen (vgl. das Urteil des Bundesgerichts U 75/03 vom 12. Oktober 2006), allenfalls die Zahlen der Dokumentation über Arbeitsplätze (DAP; vgl. BGE 129 V 472 E. 4.2.1, BGE 126 V 75 E. 3.b). Von dem mittels Tabellen ermittelten Invalideneinkommen kann sodann ein Abzug von maximal 25% vorgenommen werden, wenn der Versicherte voraussichtlich infolge seiner leidensbedingten Einschränkung, seines Alters, seiner Herkunft, der geleisteten Dienstjahre, des Beschäftigungsgrades und dem Umstand, dass er eine gänzlich neue Arbeit antreten muss, nicht das Lohnniveau einer gesunden Person am gleichen Arbeitsplatz erreichen dürfte (sog. leidensbedingter Abzug; BGE 126 V 75 E. 5a).

E. 4.7

Der Einkommensvergleich nach Art. 16 ATSG setzt voraus, dass bei der Ermittlung der beiden Vergleichseinkommen gleich vorgegangen wird, dass also eine gleichartige Datenbasis vorliegt (Gleichartigkeit der Vergleichseinkommen, vgl. Kieser, ATSG, Rz. 7 zu Art. 16).

E. 5

Im Folgenden ist in Würdigung der relevanten Unterlagen in erster Linie zu beurteilen, ob die Vorinstanz den rechtserheblichen Sachverhalt vollständig sowie richtig erhoben und das Leistungsbegehren vom 9. April 2009 zu Recht mangels anspruchsbegründender Invalidität abgewiesen hat - was von der Beschwerdeführerin bestritten wird.

E. 5.1

Die angefochtene Verfügung vom 9. April 2009 beruht im Wesentlichen auf der Stellungnahme vom 23. März 2009 von Dr. med. O. _____ vom medizinischen Dienst der IVSTA, der der Beschwerdeführerin sowohl im angestammten Beruf als auch in einer leidensangepassten Verweistätigkeit eine Arbeitsunfähigkeit von 20% attestiert (vgl. IV-act. 72). Diese Stellungnahme stützt sich in erster Linie auf das neurologische Gutachten von Dr. med. X. _____ vom 17. Februar 2009 (IV-act. 64) sowie auf das psychiatrische Gutachten von Dr. med. Y. _____ vom 23. Februar 2009 (vgl. IV-act. 67). Die beiden Gutachten sind aufgrund eines von Dr. med. O. _____ im Rahmen des Vorbescheidverfahrens geäusserten Verdachts auf eine somatoforme Schmerzstörung in Auftrag gegeben worden (IV-act. 44).

E. 5.1.1

Dr. med. X. _____, Spezialarzt für Neurologie/Elektroencephalographie/Elektromyographie, stellte bei der Beschwerdeführerin aus neurologischer Sicht eine unkomplizierte, vorwiegend rechtsseitige Migräne mit Beginn mindestens im frühen Erwachsenenalter fest, die sich während der Einnahme von Ovulationshemmern verstärkt habe. Ein Zusammenhang mit einem im Jahre 2006 per Zufallsfund festgestellten Aneurysma könne nach dessen Behandlung und im Jahre 2007 erfolgter Kontrolluntersuchung ausgeschlossen werden (vgl. IV-act. 64, Punkt 5 S. 11). Ab dem Jahr 2000 seien schliesslich mehrheitlich depressive Störungen im Vordergrund gestanden. Dr. med. X. _____ fügte schliesslich an, dass es sich bei der Migräne nach dem heutigen Stand des Wissens um eine komplexe biologische Funktionsstörung des Gehirns handle, die zu einer intermittierenden Störung der trigeminovaskulären Innervation führe. Sowohl biologische-hormonale-genetische Dispositionen als auch oft psychische Faktoren wie Stress spielten dabei eine Rolle. Aufgrund dieser Erkenntnisse schätzt er eine Rückkehr der Beschwerdeführerin in ihren früheren Beruf als Bardame als ungünstig ein, bringe diese Tätigkeit doch unregelmässige Arbeitszeiten, Nachtarbeit, beruflich bedingten Kontakt mit Alkohol und Nikotin sowie ständige psychische Belastungen durch die Problematik der Kunden mit sich. Hingegen sei der Beschwerdeführerin eine Tätigkeit im kaufmännischen Bereich nach einer Übergangsphase von etwa zwei Jahren zu 100% zumutbar.

E. 5.1.2

Dr. med. Y. _____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, diagnostizierte bei der Beschwerdeführerin eine rezidivierende depressive Störung, wobei die gegenwärtig depressive Episode leicht ausgeprägt sei (ICD-10: F33.0). Eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung konnte er dabei ausschliessen (vgl. IV-act. 67, S. 6 letzter Absatz sowie Punkt 4. S. 8). Nach Einschätzung von Dr. med. Y. _____ sei die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer psychischen Leiden in allen von ihr bisher durchgeführten Arbeiten seit 2007 durchschnittlich zu 20% eingeschränkt und die zu erwartende Arbeitsfähigkeit werde nicht höher liegen. Seither habe sich der Verlauf stabil entwickelt und es sei weiterhin mit einer durchschnittlichen Arbeitsunfähigkeit von 20% zu rechnen. Obwohl die Beschwerdeführerin alle früher ausgeübten Arbeiten weiter verrichten könne, sei es aber möglich, dass ihr die Arbeit als Bardame aus krankheitsfremden Gründen nicht mehr zumutbar sei.

E. 5.2

Die beiden Gutachter berücksichtigten bei ihrer Beurteilung neben dem Ergebnis der persönlichen Untersuchungen auch den Austrittsbericht der Universitätsklinik für Neurologie I. _____ vom 27. Juli 2007 (IV-act. 17), das ärztliche Gutachten vom 21. September 2007 von Dr. med. H. _____, Fachärztin Psychiatrie und Neurologie (IV-act. 18), sowie die Berichte der behandelnden Ärzte Dr. D. _____, Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie (IV-act. 20, 21, 36 und 65), und Dr. E. _____, Facharzt für Neurologie (IV-act. 19, 22, 23, 35 und 38). Die Stellungnahmen der beiden Gutachter erfolgten demnach in Kenntnis der vollständigen Anamnese und unter Berücksichtigung der von den österreichischen Ärzten gestellten Diagnosen. Die Beurteilung der medizinischen Situation ist schlüssig und nachvollziehbar - und stimmt zudem im Wesentlichen mit derjenigen der österreichischen Gutachterin Dr. med. H. _____, Fachärztin für Psychiatrie und Neurologie, vom 21. September 2007 überein (vgl. IV-act. 18 S. 3).

E. 5.2.1

Allerdings bewerteten die Gutachter die Auswirkungen der Leiden auf die Restarbeitsfähigkeit unterschiedlich. Einerseits attestierte der Psychologe Dr. med. Y. _____ der Beschwerdeführerin bei der Ausübung aller früheren Arbeiten eine Einschränkung von 20%, fügte jedoch noch an, dass ihr "die Arbeit als Bardame aus krankheitsfremden Gründen nicht mehr zumutbar ist" (vgl. IV-act. 67, S. 9 Punkt 7; E. 5.2.2. hiervor). Andererseits erachtete der Neurologe Dr. med. X. _____ die Rückkehr der Beschwerdeführerin in ihren Beruf als Bardame - angesichts ihrer Migräne - als ungünstig, unter anderem wegen der damit verbundenen Nacharbeit. Hingegen befand er, die Beschwerdeführerin sei im KV-Bereich nach einer Einarbeitungszeit von etwa zwei Jahren zu 100% arbeitsfähig (vgl. IV-act. 64, S. 11 und 12). Dr. med. H. _____ schliesslich hielt leichte bis mittelschwere Tätigkeiten ohne Heben und Tragen schwerer und mittelschwerer Lasten sowie ohne Einnahme von Zwangshaltungen und ohne ständigen besonderen Zeitdruck für vollschichtig zumutbar, wobei Nacht- und Schichtarbeiten gemieden werden sollten (vgl. IV-act. 18, S. 3). Der Auffassung der Beschwerdeführerin, die Ausführungen von Dr. med. H. _____ seien als therapeutische Anweisungen zu verstehen, kann nicht gefolgt werden. Vielmehr handelt es sich ohne Zweifel um eine Beurteilung der Restarbeitsfähigkeit.

E. 5.2.2

Diese unterschiedlichen Einschätzungen der Restarbeitsfähigkeit mögen auf den ersten Blick als widersprüchlich erscheinen. Sie sind jedoch durch die verschiedenen Begutachtungsspektren zu erklären und lassen durchaus eine ausreichend sichere Beurteilung der Restarbeitsfähigkeit sowohl im angestammten Beruf als auch in angepassten Verweisungstätigkeiten zu. Es ist zu beachten, dass Dr. med. Y. _____ die Beschwerdeführerin ausschliesslich aus psychiatrischer Sicht zu begutachten hatte und aufgrund der diagnostizierten rezidivierenden depressiven Störung eine 20%-ige Arbeitsunfähigkeit in allen (bisher ausgeübten) Tätigkeiten attestierte. Vor diesem Hintergrund ist auch seine Aussage zu verstehen, dass die Ausübung des Berufs einer Bardame aus krankheitsfremden Gründen nicht mehr zumutbar sei. Dies muss so verstanden werden, dass in diesem Beruf aus rein psychiatrischen Gründen eine Arbeitsunfähigkeit von 20% besteht, die Restarbeitsfähigkeit aber aus krankheitsfremden nicht ausgeschöpft werden kann. Keine Aussage macht Dr. med. Y. _____ zur Frage, ob die Arbeitsfähigkeit als Bardame allenfalls aufgrund anderer, nicht psychischer Krankheiten - etwa neurologischer Leiden - in einem grösseren Masse eingeschränkt sein könnte. Dr. med.

X._____ dagegen begutachtete die Beschwerdeführerin ausschliesslich aus neurologischer Sicht und kam zum Schluss, dass diese trotz der diagnostizierten Migräne insbesondere im KV-Bereich - nach einer nicht krankheitsbedingten Einarbeitungszeit von etwa zwei Jahren - voll arbeitsfähig sei. Aufgrund der Migräne sei aber die (bisherige) Tätigkeit als Bardame ungünstig, nicht zuletzt wegen der damit verbundenen Nacharbeit - die auch nach Einschätzung von Dr. med. H._____ gemieden werden soll. Es entspricht der Natur der Migräne als anfallsartige Erkrankung, dass anfallsauslösende Faktoren - wie etwa Umwelteinflüsse, gewisse alkoholische Getränke, psychische Belastungen (vgl. Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 262. Aufl., Berlin und New York 2010) - möglichst zu vermeiden sind. Eine Arbeit, die regelmässig derartige Expositionen mit sich bringt, ist aus gesundheitlicher Sicht als unzumutbar zu qualifizieren. Es sind damit - entgegen der Auffassung der von Dr. med. O._____ - nicht etwa IV-fremde, sondern durchaus zu beachtende medizinische Gründe, welche die berufliche Tätigkeit der Beschwerdeführerin als Bardame als nicht mehr zumutbar erscheinen lassen und damit ausschliessen. Zu betonen ist allerdings, dass andere leidensangepasste Arbeiten während des Tages auch im Bereiche des Gastgewerbes durchaus als zumutbar zu qualifizieren sind.

E. 5.2.3

Durch die überzeugenden Gutachten von Dr. med. X._____ und Dr. med. Y._____ ist damit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass die Beschwerdeführerin in ihrem bisherigen Beruf als Bardame aus neurologischen Gründen (Migräne) zu 100% arbeitsunfähig ist. In leidensangepassten Verweisungstätigkeiten ist die Beschwerdeführerin dagegen aus psychiatrischen Gründen (rezidivierende depressive Störung) nur zu 20% arbeitsunfähig. Unter diesen Umständen erübrigt sich eine zusätzliche Begutachtung und der diesbezügliche Antrag der Beschwerdeführerin ist abzuweisen.

E. 5.2.4

Die Beschwerdeführerin macht allerdings sinngemäss geltend, die Gutachter Dr. med. X._____ und Dr. med. Y._____ wichen bei der Einschätzung der Restarbeitsfähigkeit ohne ausreichende Begründung von den Beurteilungen durch die behandelnden Fachärzte ab. Im Gegensatz zu den beiden erwähnten Gutachtern attestierten sowohl Dr. med. E._____, Facharzt für Neurologie, als auch Dr. med. D._____, Fachärztin für Psychiatrie/Psychotherapie, der Beschwerdeführerin aufgrund migräniformer Kopfschmerzen sowie mittelschwerer bis schwerer depressiver Episoden eine Arbeitsunfähigkeit von 100%.

E. 5.2.4.1

Hierzu ist vorab festzuhalten, dass die mit der Eingabe vom 27. Oktober 2009 vorgelegten ärztlichen Stellungnahmen von Dr. med. D._____ vom 5. Oktober 2009 sowie von Dr. med. E._____ vom 15. Oktober 2009 vorliegend unbeachtlich sind, da sie nach dem Verfügungszeitpunkt vom 9. April 2009 erstellt worden sind und keine neuen Erkenntnisse bezüglich des früheren Gesundheitszustands der Beschwerdeführerin enthalten (vgl. E. 2.4 hiavor). Der Auffassung, dass die Dres. med. D._____ und E._____ in ihren Stellungnahmen Widersprüche und Unstimmigkeiten in den Gutachten der Dres. med. X._____ und Y._____ erkannt haben sollen, kann nicht gefolgt werden. Der Bericht von Dr. med. D._____ vom 5. Oktober 2011 setzt sich in keiner Weise mit den beiden Gutachten auseinander. Die Kritik von Dr. med. E._____, dass im Zusammenhang mit dem operierten Aneurysma "im Gegensatz zu den Anmerkungen in diversen Gutachten

nicht eine mögliche Warnblutung vorlag, sondern tatsächlich durch Hämosiderindepots nachweisbar war", ist insoweit nicht nachvollziehbar, als sowohl Dr. med. X._____ wie auch Dr. Y._____ nur dem ersten aktenkundigen Bericht von Dr. med. E._____ vom 29. August 2007 folgen, wonach "die Patientin wohl eine 'Warnblutung' ohne neurologisches Defizit überstanden" habe (vgl. act. 19). Darüber hinaus ist es widersprüchlich, wenn Dr. med. E._____ in seiner Stellungnahme vom 15. Oktober 2009 ohne jede Begründung von seiner ursprünglichen Einschätzung abweicht, die er noch im Bericht vom 13. März 2008 im Wesentlichen bestätigt hatte ("ein PCA-Aneurisma mit Haemosiderinablagerungen, welches wohl geblutet haben musste", act 23).

E. 5.2.4.2

Entsprechend der dargestellten Praxis sind die diversen Berichte der behandelnden Ärzte Dres. med. D._____ und E._____ aufgrund ihrer langjährigen auftragsrechtlichen Vertrauensstellung gegenüber der Beschwerdeführerin ohnehin mit Vorbehalt zu würdigen (vgl. E. 4.5.2 hiervor; Urteil des Bundesgerichts 9C_24/2008 vom 27. Mai 2008 E. 2.3.2, BGE 125 V 351 E. 3b/cc). Die im vorliegenden Verfahren zur Verfügung stehenden Berichte dieser Ärzte genügen zudem nicht den Anforderungen an voll beweistaugliche medizinische Gutachten, basieren sie doch nicht auf einer vollständigen Anamnese und begründen sie nur äusserst knapp und wenig fundiert die geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit von 100%. Sie sind deshalb nicht genügend nachvollziehbar, so dass betreffend die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit nicht auf sie abgestellt werden kann. Die Berichte sind nicht geeignet, die Beurteilung durch die Dres. med. X._____ und Y._____ in Frage zu stellen.

E. 6

Vor diesem Hintergrund sind die erwerblichen Auswirkungen der festgestellten gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu prüfen. Dabei kann den verschiedenen Berechnungen der Beschwerdeführerin, die sie in ihrer Stellungnahme vom 27. Oktober 2009 sowie in ihrer Replik vom 22. Januar 2010 vornimmt, nicht gefolgt werden, da sie jeglicher Begründung entbehren und nicht nachvollziehbar ist, anhand welcher Grundlagen das Validen- und das Invalideneinkommen ermittelt wurden.

E. 6.1

Für die Ermittlung des Valideneinkommens ist entscheidend, was die versicherte Person im Zeitpunkt des frühestmöglichen Rentenbeginns nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunde tatsächlich verdient hätte. Dabei wird in der Regel am zuletzt erzielten, nötigenfalls der Teuerung und der realen Einkommensentwicklung angepassten Verdienst angeknüpft, da es empirischer Erfahrung entspricht, dass die bisherige Tätigkeit ohne Gesundheitsschaden fortgesetzt worden wäre. Ausnahmen müssen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt sein (BGE 134 V 322 E. 4.1 mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen E. 4.6.1 hiervor).

E. 6.1.1

Obwohl die Beschwerdeführerin gelernte Einzelhandelskauffrau ist (vgl. IV-act. 14), ergibt sich aus den Akten, dass sie - mit saisonalen Unterbrüchen, während denen sie Arbeitslosengelder bezog (vgl. act. 2) - von 1987 bis September 2005 in verschiedenen Restaurations- und Hotelbetrieben arbeitete, weshalb ihre letzte Tätigkeit als Bardame als angestammter Beruf zu qualifizieren ist (vgl. Auszug aus dem individuellen Konto [IK], IV-act. 4). Es ist allerdings fraglich, ob zur Bestimmung des hypothetischen

Valideneinkommens auf das zuletzt als Bardame erzielte Erwerbseinkommen abgestellt werden kann, gab sie diese Erwerbstätigkeit doch nach eigenen Angaben auf das Saisonende hin am 30. September 2005 auf, um sich beruflich neu zu orientieren. Da sich die Stellensuche in der Schweiz und in Österreich problematisch gestaltete, war sie in der Folge arbeitslos (vgl. act. 14). Eine die teilweise Arbeitsunfähigkeit auslösende Erkrankung ist nach den Angaben der Beschwerdeführerin im Fragebogen für den Versicherten sowie im Fragebogen für den Arbeitgeber erst Ende 2006 eingetreten, mithin zu einem Zeitpunkt, als die Beschwerdeführerin bereits auf der Suche nach einer neuen Stelle war (vgl. IV-act. 13 und 14), wobei sie sich selbst für den Beruf einer Bardame als altersmässig nicht mehr geeignet einschätzte (vgl. IV-act. 67 S. 5). Die erst nachträglich, im Rahmen des Vorbescheidverfahrens vorgebrachte Behauptung, die Arbeitslosigkeit sei Folge der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit (vgl. IV-act. 35 S. 4), kann nicht gehört werden, stützen doch die verschiedenen medizinischen Unterlagen den in den Formularen geschilderten Ablauf. Aus ihnen ergibt sich klar, dass die Beschwerdeführerin erst seit dem Jahre 2006 unter regelmässiger ärztlicher Betreuung (bzw. in erneuter Betreuung) steht. Aus dem Bericht von Dr. med. E. _____ vom 13. März 2008 (IV-act. 23) ist ersichtlich, dass sie sich wegen einer rechtsseitigen Trigeminusneuralgie seit 2006 bei ihm in Behandlung befindet. Dr. med. D. _____ berichtet im Schreiben vom 18. September 2007 (IV-act. 20), dass die Beschwerdeführerin nach einer längeren Behandlungspause erst seit Dezember 2006 wieder bei ihr unter regelmässiger und engmaschiger Kontrolle steht. Ferner schreibt die Ärztin in ihrem Bericht vom 24. Juli 2008 (IV-act. 36), dass die Beschwerdeführerin aus fachpsychiatrischer Sicht seit dem 23. Juli 2007 zu 100% als arbeitsunfähig einzustufen sei. Auch Dr. med. Y. _____ äussert in seinem Gutachten vom 23. Februar 2009, dass die Einschränkung der Arbeitsfähigkeit im Laufe des Jahres 2007 eingetreten sei (vgl. IV-act. 67 S. 8). Zu beachten ist weiter, dass die langjährige Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin, die G. _____ AG, _____, am 11. Mai 2005 infolge Konkurses aufgelöst worden ist (vgl. Auszug aus dem Handelsregister [im Folgenden: HReg] des Kantons C. _____). Auch über die letzte Arbeitgeberin, die M. _____ AG, _____, von welcher die Beschwerdeführerin im Jahre 2005 als Bardame im Nightclub N. _____, Klosters, angestellt war, ist am 8. November 2006 der Konkurs eröffnet worden, was zur Auflösung auch dieser Gesellschaft führte (vgl. HReg-Auszug des Kantons K. _____). Eine Weiterführung der bisherigen Anstellungen war unter diesen Umständen ausgeschlossen.

E. 6.1.2

Die Arbeitslosigkeit trat demnach aus invaliditätsfremden Gründen ein und es ist nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt, dass die Beschwerdeführerin ohne gesundheitliche Einschränkung weiterhin im angestammten Beruf als Bardame tätig wäre. Unter diesen Umständen ist zur Festsetzung des Valideneinkommens auf statistische Durchschnittslöhne abzustellen, wobei angesichts der langjährigen Tätigkeit in der Schweiz und dem Umstand dass die Beschwerdeführerin auch in der Schweiz eine neue Stelle suchte, die Tabellenlöhne der LSE beizuziehen sind. Gemäss den medizinischen Unterlagen ist die Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf im Jahre 2007 eingetreten. Zugunsten der Beschwerdeführerin und mit Dr. med. O. _____ (vgl. act. 72) ist dabei vom 1. Januar 2007 auszugehen. Ein Rentenanspruch hätte demnach nach Ablauf des Wartejahrs frühestens am 1. Januar 2008 entstehen können, weshalb die LSE aus dem Jahre 2008 heranzuziehen ist.

E. 6.1.3

Aus den Akten ist nicht ersichtlich, welche neue berufliche Ausrichtung die Beschwerdeführerin nach der Aufgabe ihrer Arbeitsstelle im Jahre 2005 anstrebte. Aufgrund ihrer kaufmännischen Ausbildung zur diplomierten Einzelhandelskauffrau und ihrer langjährigen Tätigkeit im Gastgewerbe ist daher zur Bestimmung des Valideneinkommens auf den Durchschnittslohn für einfache und repetitive Tätigkeiten im gesamten Sektor Dienstleistungen abzustellen (LSE Tabelle Privater Sektor, TA 1, Sektor 3 Dienstleistungen, Frauen, Niveau 4).

E. 6.2

Auch das Invalideneinkommen der Beschwerdeführerin ist nach der LSE aus dem Jahre 2008 zu bestimmen, ist sie doch in leidensangepassten Verweisungstätigkeiten (insbesondere ohne Nachtarbeit) weiterhin zu 80% arbeitsfähig und hat sie seit Eintritt der Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf keine neue Erwerbstätigkeit aufgenommen. Aufgrund des breiten Spektrums zumutbarer Verweisungstätigkeiten ist für die zahlenmässige Bestimmung des Invalideneinkommens ebenfalls auf den Durchschnittslohn für einfache und repetitive Tätigkeiten im gesamten Sektor Dienstleistungen abzustellen (LSE Tabelle Privater Sektor, TA 1, Sektor 3 Dienstleistungen, Frauen, Niveau 4).

E. 6.3

Weil Validen- und Invalideneinkommen aufgrund des gleichen Tabellenlohnes festzusetzen sind, erübrigt sich deren genaue Ermittlung. Der Invaliditätsgrad entspricht dem Grad der Arbeitsunfähigkeit (vgl. das Urteil des EVG I 1/03 vom 15. April 2003, E. 5.2). Die Vorinstanz hat auf einen Einkommensvergleich verzichtet und sich daher auch nicht zur Frage eines allfälligen leidensbedingten Abzugs geäußert. Ein solcher ist dann angezeigt, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Versicherte wegen persönlicher und beruflicher Merkmale seine aus gesundheitlichen Gründen reduzierte Arbeitsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nur mit unterdurchschnittlichem erwerblichem Erfolg verwerten kann (vgl. E. 4.6.2 hiervor). Derartige Anhaltspunkte sind bei der 1963 geborenen, lange Zeit während den Tourismussaisons im selben Betrieb arbeitstätig gewesenen Beschwerdeführerin nicht auszumachen, so dass kein leidensbedingter Abzug vorzunehmen ist. Die festgestellte Arbeitsunfähigkeit in leidensangepassten Verweisungstätigkeiten führt daher zu einer Erwerbseinbusse von 20%, was einem Invaliditätsgrad von 20% entspricht und keinen Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung entstehen lässt.

E. 7

Aus diesen Gründen erweist sich die angefochtene Verfügung im Ergebnis als rechtmässig, und die Beschwerde vom 29. April 2009 ist abzuweisen.

E. 8

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

E. 8.1

Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin grundsätzlich die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG), die auf Fr. 400.- festgesetzt werden (vgl. Art. 63 Abs. 4bis VwVG sowie Art. 1, 2 und 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Da mit Zwischenverfügung vom 29. Oktober 2009 das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege insofern gutgeheissen wurde, als sie von der

Leistung der Verfahrenskosten befreit wurde, sind ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

E. 8.2

Weder die unterliegende Beschwerdeführerin noch die obsiegende Vorinstanz haben Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 und 3 VGKE).

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