

# **BVGer C-7944/2007 vom 14. April 2010**

Bundesverwaltungsgericht, 2010-04-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-7944\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-7944_2007)

FR: TAF C-7944/2007 du 14 avril 2010

IT: TAF C-7944/2007 del 14 aprile 2010

## **Regeste**

Invalidenversicherung (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

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

### **E. 1.2**

Aufgrund von Art. 3 lit. dbis des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) findet das VwVG keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) anwendbar ist. Gemäss Art. 1 Abs. 1 IVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die Invalidenversicherung (Art. 1a-26bis IVG und 28 bis 70 IVG) anwendbar, soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat an dessen Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse (Art. 59 ATSG). Sie ist daher zur Beschwerde legitimiert.

### **E. 1.4**

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 52 Abs. 1 VwVG, Art. 60 ATSG), und der Vertreter hat sich rechts-genügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG).

### **E. 1.5**

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

### **E. 1.6**

Gemäss Art.19 Abs. 3 VGG sind die Richter und Richterinnen des Bundesverwaltungsgerichts zur Aushilfe in anderen Abteilungen verpflichtet. Vorliegend ist der Vorsitz im Beschwerdeverfahren auf die Abteilung II übergegangen. Der Spruchkörper setzt sich neu zusammen aus Richterin Maria Amgwerd und Richter David Aschmann der Abteilung II und Richter Michael Peterli der Abteilung III.

### **E. 2.1**

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

### **E. 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 unbeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 195 E. 2, BGE 122 V 158 E. 1a je mit weiteren Hinweisen). Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosser Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Das Gericht hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (BGE 126 V 360 E. 5b, 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 es könnten weitere Beweissmassnahmen 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; vgl. auch BGE 122 V 157 E. 1d, 122 II 469 E. 4a, 120 Ib 229 E. 2b).

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 40 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201) ist bei Grenzgängern die IV-Stelle, in deren Tätigkeitsgebiet die Grenzgängerin oder 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 IVSTA erlassen. Da die Beschwerdeführerin bei Eintritt des geltend gemachten Gesundheitsschadens als Grenzgängerin im Tätigkeitsgebiet der IV-Stelle Basel-Stadt gearbeitet hat, war diese für die Entgegennahme und Prüfung der Anmeldung zuständig. Die angefochtene Verfügung wurde hingegen zu Recht von der IVSTA erlassen.

### **E. 3.2**

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich für die Bestimmung des rechtserheblichen Sachverhalts die tatsächlichen Verhältnisse zur Zeit des Erlasses des strittigen Einspracheentscheids, vorliegend demnach der 23. Oktober 2007, massgebend (BGE 132 V 368 E. 6.1 mit Hinweisen). 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 ATSG anwendbar. Die darin 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 IVV ist 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 ab 1. Januar 2004 (bis Ende 2007) gültig gewesenen Bestimmungen des IVG und der IVV zitiert.

#### **E. 4.1**

Anspruch auf eine Rente der schweizerischen Invalidenversicherung hat, wer invalid im Sinn des Gesetzes ist (Art. 7, 8, 16 ATSG; Art. 4, 28, 29 IVG) und beim Versicherungsfall mindestens während eines vollen Jahres Beiträge an die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung geleistet hat (Art. 36 Abs. 1 IVG). Diese zwei Bedingungen müssen kumulativ erfüllt sein.

#### **E. 4.2**

Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG besteht der Anspruch auf eine ganze Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 70 %, derjenige auf eine Dreiviertels-Rente bei einem solchen von mindestens 60 %, derjenige auf eine halbe Rente ab einem Grad der Invalidität von 50 % und derjenige auf eine Viertelsrente ab einem solchen von 40 %. Gemäss Art. 28 Abs. 1ter IVG werden 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 bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt Art. 28 Abs. 1ter IVG 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 bei einem Invaliditätsgrad ab 40 % eine Rente ausgerichtet wird, wenn sie in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft Wohnsitz haben.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin hat während mehr als einem Jahr Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung entrichtet, so dass sie die gesetzliche Mindestbeitragsdauer erfüllt.

#### **E. 4.4**

Zu prüfen ist nachfolgend, ob und wenn ja in welchem Grad die Beschwerdeführerin im Sinne des Gesetzes in rentenbegründendem Ausmass invalid geworden ist.

#### **E. 5.1**

Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG). Nach Art. 4 IVG kann die Invalidität Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein (Abs. 1); sie gilt als eingetreten, sobald sie die für die Begründung des Anspruchs auf die jeweilige Leistung erforderliche Art und Schwere erreicht hat (Abs. 2). Erwerbsunfähigkeit ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf

dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (Art. 7 ATSG). Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen und geistigen 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. 5.2**

Der Begriff der Invalidität ist demnach nicht nach medizinischen Kriterien definiert, sondern nach der Unfähigkeit, Erwerbseinkommen zu erzielen (BGE 110 V 275 E. 4a, BGE 102 V 166) oder sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen. Dabei sind die Erwerbs- bzw. Arbeitsmöglichkeiten nicht nur im angestammten Beruf bzw. der bisherigen Tätigkeit, sondern - wenn erforderlich - auch in zumutbaren Verweisungstätigkeiten zu prüfen. Der Invaliditätsgrad ist also grundsätzlich nach wirtschaftlichen und nicht nach medizinischen Grundsätzen zu ermitteln. Bei der Bemessung der Invalidität kommt es somit einzig auf die objektiven wirtschaftlichen Folgen einer funktionellen Behinderung an, und nicht allein auf den ärztlich festgelegten Grad der funktionellen Einschränkung (BGE 110 V 275; ZAK 1985 S. 459).

### **E. 5.3**

Trotzdem ist die Verwaltung - und im Beschwerdeverfahren das Gericht - auf Unterlagen angewiesen, die der Arzt und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten der Versicherte arbeitsunfähig ist. Im Weiteren sind die ärztlichen Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen dem Versicherten noch zugemutet werden können (BGE 115 V 134 E. 2, BGE 114 V 314 E. 3c mit Hinweisen; ZAK 1991 S. 319 E. 1c). Die rein wirtschaftlichen und rechtlichen Beurteilungen, insbesondere im Zusammenhang mit der Bestimmung der Erwerbsfähigkeit, obliegen dagegen der Verwaltung und im Beschwerdefall dem Gericht.

### **E. 5.4**

Aufgrund des im gesamten Sozialversicherungsrecht geltenden Grundsatzes der Schadenminderungspflicht ist sodann ein dauernd in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkter Versicherter gehalten, innert nützlicher Frist Arbeit im angestammten oder einem anderen Beruf oder Erwerbszweig zu suchen und anzunehmen, soweit sie noch möglich und zumutbar erscheint (BGE 113 V 22 E. 4a, BGE 111 V 235 E. 2a). Deshalb ist es am behandelnden Arzt bzw. am Vertrauensarzt der IV-Stelle, 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; ZAK 1986 S. 204 f.), wobei es unerheblich ist, ob er seine Restarbeitsfähigkeit tatsächlich verwertet oder nicht.

### **E. 5.5**

Bezüglich des Beweiswertes eines Arztberichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und Situation einleuchtend ist, und ob die Schlussfolgerungen der Experten begründet sind. Ausschlaggebend für den

Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Herkunft des Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder als Gutachten (vgl. dazu das Urteil des EVG I 268/2005 vom 26. Januar 2006 E. 1.2 mit Hinweis auf BGE 125 V 351 E. 3.a).

### **E. 6.1**

Für die Bestimmung des Invaliditätsgrades Erwerbstätiger 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. 6.2**

Der Begriff des ausgeglichenen Arbeitsmarkts ist ein theoretischer und abstrakter Begriff, welcher dazu dient, den Leistungsbereich der Invalidenversicherung von jenem der Arbeitslosenversicherung abzugrenzen. Der Begriff umschliesst einerseits ein bestimmtes Gleichgewicht zwischen dem Angebot von 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 ob sie ein rentenausschliessendes Einkommen zu erzielen vermag oder nicht (BGE 110 V 276 E. 4b; ZAK 1991 S. 320 E. 3b). Daraus folgt, dass für die Invaliditätsbemessung nicht darauf abzustellen ist, 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 dort nicht mehr gesprochen werden, wo die 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 (SVR 1996 IV Nr. 70 S. 204 E. 3c, ZAK 1989 S. 322 E. 4).

### **E. 6.3**

Der Einkommensvergleich bei Erwerbstätigen 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 (BGE 130 V 349 E. 3.4.2). Soweit das Validen- und das Invalideneinkommen ziffernmässig nicht genau ermittelt werden können, sind sie nach Massgabe der im Einzelfall bekannten Umstände zu schätzen und die so gewonnenen Annäherungswerte miteinander zu vergleichen. Wird eine Schätzung vorgenommen, so muss diese nicht unbedingt in einer ziffernmässigen Festlegung von Annäherungswerten vorgenommen werden. Vielmehr kann auch eine Gegenüberstellung blosser Prozentzahlen genügen. Das ohne Invalidität erzielbare hypothetische Erwerbseinkommen ist dabei mit 100 % zu bewerten, während das Invalideneinkommen auf einen entsprechend kleineren Prozentsatz veranschlagt wird, so dass sich aus der Prozentdifferenz der Invaliditätsgrad ergibt (sog. Prozentvergleich, BGE 114 V 310 E. 3a, BGE 104 V 135 E. 2b).

### **E. 6.4**

Bei der Bestimmung des Invalideneinkommens ist primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher die versicherte Person konkret steht. Ist kein solches tatsächlich erzieltetes Erwerbseinkommen 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 seit dem Jahre 1994 periodisch herausgegebenen Lohnstrukturerhebungen heranzuziehen (vgl. das Urteil des EVG 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. 3b).

#### **E. 6.5**

Vor der Berechnung des Invaliditätsgrades muss jeweils beurteilt werden, ob eine versicherte Person als ganztätig, teilzeitig oder nicht erwerbstätig einzustufen ist - was je zur Anwendung einer anderen Methode der Invaliditätsbemessung führt (Einkommensvergleich, gemischte Methode, Betätigungsvergleich). Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für Hausfrauen, die vor dem Eintritt des Gesundheitsschadens nicht ganztätig erwerbstätig waren, die sogenannte gemischte Methode anzuwenden (vgl. BGE 130 V 393 mit Hinweisen). Dabei wird die Invalidität im Bereich der Erwerbstätigkeit auf Grund des Einkommensvergleichs bestimmt, im Bereich der üblichen Tätigkeit im Haushalt jedoch anhand des Betätigungsvergleichs bemessen (Art. 28 Abs. 2ter IVG). Danach wird zunächst der Anteil der Erwerbstätigkeit und derjenige der Tätigkeit im Aufgabenbereich (so unter anderem im Haushalt) bestimmt, wobei sich die Frage, in welchem Ausmass die versicherte Person ohne gesundheitliche Beeinträchtigung erwerbstätig wäre, mit Rücksicht auf die gesamten Umstände, so die persönlichen, familiären, sozialen und erwerblichen Verhältnisse, beurteilt. Der Invaliditätsgrad ergibt sich schliesslich aus einer Addierung der in beiden Bereichen ermittelten und gewichteten Teilinvaliditäten.

#### **E. 6.6**

Ein Abzug von dem mittels Tabellen ermittelten Invalideneinkommen kann vorgenommen werden, wenn der Versicherte voraussichtlich infolge seiner leidensbedingten Einschränkung, seines Alters, seiner Herkunft, der geleisteten Dienstjahre, des Beschäftigungsgrades und des Umstands, dass er eine gänzlich neue Arbeit antreten muss, nicht das Lohnniveau einer gesunden Person am gleichen Arbeitsplatz erreichen dürfte (sog. leidensbedingter Abzug). Die Frage, ob und in welchem Ausmass ein solcher Abzug zu gewähren ist, hängt von den persönlichen und beruflichen Umständen des Versicherten im Zeitpunkt des Verfügungserlasses ab, wobei der Einfluss der erwähnten Kriterien auf das Invalideneinkommen nach pflichtgemäßem Ermessen zu schätzen und der leidensbedingte Abzug auf maximal 25 % zu begrenzen ist (BGE 126 V75 E. 5a).

#### **E. 7.1**

Die Vorinstanz ging in der Verfügung vom 23. Oktober 2007 davon aus, dass die Beschwerdeführerin ohne Invalidität zu 85 % erwerbstätig und zu 15 % im Haushalt beschäftigt wäre. Aufgrund der Abklärungen im Haushalt wurde eine Einschränkung von 11 % angenommen. In der Frage der Zumutbarkeit der Erwerbstätigkeit wurde auf die Schlussfolgerungen im Gutachten von Dr. med. B. \_\_\_\_\_ vom 26. Juli 2007 (vgl. Sachverhalt A.e) abgestellt. In der Beschwerde wird einzig dieses Gutachten gerügt und bemängelt.

## E. 7.2

Dr. med. B.\_\_\_\_\_, Facharzt für Rheumatologie, Physikalische Medizin und Rehabilitation, stützt sich in seinem Gutachten vom 26. Juli 2007 auf die Untersuchung der Beschwerdeführerin und auf Arztberichte von Dr. W.\_\_\_\_\_, Facharzt für Neurologie (27.1.2004, 7.4.2004, 7.7.2004, 13.10.2004, 18.11.2004), Dr. med. B.\_\_\_\_\_, (Operationsberichte 5.2.2004, 13.5.2004), Dr. med. B.\_\_\_\_\_, Fachärztin für Allgemeinmedizin (2.11.2004) Dr. med. S.\_\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädie, (10.2.2005, 17.10.2005, 11.1.2006, 17.10.2005), Gesundheitszentrum B.\_\_\_\_\_, Dr. med. G.\_\_\_\_\_, (13.1.2005), Kliniken des Landkreises L.\_\_\_\_\_, (5.12.2005), Dr. med. K.\_\_\_\_\_, Fachärztin für Allgemeinmedizin (12.4.2006), MRT Bericht E.\_\_\_\_\_, Prishtina, Kosovo (25.8.2006) und Dr. med. L.\_\_\_\_\_, (26.6.2007). Nach einer eingehenden Anamnese kommt er zu der oben (vgl. A.e) erwähnten Diagnose. Bemängelt wird in der Beschwerde insbesondere, Dr. med. B.\_\_\_\_\_, habe nur in den schriftlichen MRT Bericht E.\_\_\_\_\_, Prishtina, Kosovo, vom 25. August 2006 Einsicht gehabt, nicht aber in die Röntgenbilder. Zudem müsste hier ein Neurologe beigezogen werden. In seinem Gutachten vom 26. Juli 2007 (act. 27) geht Dr. B.\_\_\_\_\_, auf die Untersuchung im Kosovo ein. Er erwähnt, dass die Beschwerdeführerin ihm die MRT Befunde der Brust- und Lendenwirbelsäule, welche sie im Kosovo habe durchführen lassen, präsentierte, und stellt fest, aus seiner Sicht habe weder eine Protrusion noch eine Diskushernie festgestellt werden können und der Spinalkanal sei einwandfrei gewesen. Aus dem Gutachten geht aber auch hervor, dass die Beschwerdeführerin die Röntgenaufnahmen aus dem Kosovo mitbrachte (S. 2), so dass - entgegen der Darstellung in der Beschwerdeschrift - Dr. B.\_\_\_\_\_, Einsicht in die Röntgenbilder hatte. Ferner wird erwähnt, dass, gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin, die Untersuchung im Kosovo auf deren eigenen Wunsch erfolgte, nachdem die Ärzte in Deutschland diese für nicht erforderlich gehalten hätten (S. 6). Es ist nicht ersichtlich, dass hierzu weitere Unterlagen beigezogen werden oder weitere Abklärungen vorgenommen werden müssten. Weiter wird vorgebracht, Dr. B.\_\_\_\_\_, habe das Kernspintomographie der Halswirbelsäule vom 20. September 2007 in seinem Gutachten nicht berücksichtigt, bzw. seine nachträgliche Stellungnahme sei nur ein Aktengutachten. Die erst mit der Beschwerde eingereichten medizinischen Unterlagen datieren nach dem Gutachten. Der Beschwerde beigelegt wurde eine Kernspintomographie des Zentrums Radiologie D.\_\_\_\_\_, vom 20. September 2007. Diese wurde wegen Kopfschmerzen und Schwindel durchgeführt. Sie ergab eine sehr initiale degenerative Bandscheibenläsion mit einem flachen dorsalseitigen Bandscheibenbulging HW3/4 und 4/5. Dr. B.\_\_\_\_\_, nahm dazu im Rahmen des Beschwerdeverfahrens Stellung (Stellungnahme vom 21. Januar 2008) und kommt zum Schluss, es handle sich um dem Alter entsprechende normale Verhältnisse der Halswirbelsäule. Er erklärt, die Abflachung der Zervikallordose sei seit längerer Zeit und aus diversen früheren Aufnahmen bekannt. Die festgestellte Protrusion, welche als flach und dorsalseitig beschrieben worden sei, habe keine klinische Bedeutung. Ebenfalls der Beschwerde beigelegt wurde ein Arztbericht von Prof. Dr. med. K.\_\_\_\_\_, Pneumologische Praxis, vom 28. September 2007. Darin wird eine chronische obstruktive Bronchitis infolge exzessivem Zigarettenabusus festgestellt. Den mit der Beschwerde eingereichten medizinischen Unterlagen ist somit nichts zu entnehmen, was bezüglich rentenrelevanter Kriterien zu einer anderen Beurteilung des Gesundheitszustandes der Beschwerdeführerin führen würde. Auch vermögen diese nicht die Notwendigkeit weiterer Begutachtungen oder Abklärungen zu begründen. Die Beschwerdeführerin erachtet zusätzliche Abklärungen der Fibromyalgie und des Verdachts

auf ein somatoformes Schmerzsyndrom als notwendig. In seinem Gutachten vom vom 26. Juli 2007 diagnostizierte Dr. med. B.\_\_\_\_\_ eine generalisierte Fibromyalgie vom funktionellen Typ. Bezüglich somatoformes Schmerzsyndrom äusserte Dr. med. S.\_\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädie, im Arztbericht vom 11. Januar 2006 lediglich einen Verdacht. Die Rechtsprechung hat klare, identische Kriterien bezüglich der Arbeitsunfähigkeit infolge von Fibromyalgie und somatoformem Schmerzsyndrom entwickelt (vgl. BGE 132 V 65 E. 4 Fibromyalgie; BGE 130 V 352 E. 2 somatoformes Schmerzsyndrom). Demnach sind Fibromyalgie und somatoformes Schmerzsyndrom nur unter sehr restriktiven Bedingungen rentenrelevant. Es bestehen keine Hinweise, dass die Beschwerden im vorliegenden Fall derart gravierend wären, dass diese Kriterien erfüllt sein könnten. Somit erübrigen sich weitere, insb. auch psychiatrische Abklärungen. Zu verweisen ist betreffend allfällige psychiatrische Abklärungen auch auf die Stellungnahme des RAD Basel-Stadt vom 14. Januar 2008. Der zuständige Arzt des RAD stellte fest, es sei in den Akten nirgends eine konkrete psychische Erkrankung oder deren Behandlung genannt worden und schloss daraus, es könne vermutet werden, dass keine psychische Erkrankung mit einem Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit vorliege. Die Ausführungen in der Beschwerde und der Replik vermögen zu keinem andern Schluss zu führen. Insbesondere lässt auch die von der Beschwerdeführerin in der Replik vertretene Auffassung, wonach viele Personen, die an einer als "somatoform" bezeichneten Gesundheitsstörung leiden würden, nicht davon ausgingen, dass sie psychisch krank seien und entsprechende Therapien und Medikamente benötigen würden, keinen Schluss auf rentenrelevante Beschwerden zu. Was die Frage weiterer neurologischer Beurteilungen betrifft, ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin bei einem Neurologen, Dr. med. W.\_\_\_\_\_, in Behandlung war und dessen Arztberichte (vom 27.1.2004, 7.4.2004, 7.7.2004, 13.10.2004, 18.11.2004) im Gutachten von Dr. B.\_\_\_\_\_ vom 21. September 2007 berücksichtigt wurden. Aus den entsprechenden Unterlagen lässt sich nicht auf die Notwendigkeit einer weiteren neurologischen Untersuchung oder Beurteilung schliessen. Auch das geltend gemachte Erfordernis zusätzlicher Abklärungen betreffend Schwindel insb. mittels Posturographie lässt sich weder aus dem Gutachten und der Stellungnahme von Dr. B.\_\_\_\_\_ noch aus den Akten entnehmen. Dr. B.\_\_\_\_\_ weist in seiner Stellungnahme vom 21. Januar 2008 darauf hin, dass entsprechende Beschwerden nicht neu sind. Er erwähnt, dass bereits Dr. med. S.\_\_\_\_\_ in seinem Arztbericht vom 11. Januar 2006 die Diagnose unter anderem eines chronischen cervicovertebragenen Schmerzsyndroms mit Schwindel stellte, der Beschwerdeführerin aber - aus orthopädischer Sicht - keine Arbeitsunfähigkeit attestierte. Der entsprechende Arztbericht wurde im Gutachten von Dr. B.\_\_\_\_\_ vom 26. Juli 2007 berücksichtigt (act. 27, S. 6). Auch die Abklärung im Zentrum Radiologie D.\_\_\_\_\_ erfolgte gemäss dem Arztbericht vom 21. September 2007 wegen "Kopfschmerzen, Schwindel" aufgrund der Überweisung von Dr. med. K.\_\_\_\_\_, ohne dass weitere Untersuchung als nötig erachtet werden. Im Weiteren ist festzustellen, dass im Rahmen der Abklärung eines Anspruchs auf eine Invalidenrente die Frage der Arbeitsfähigkeit bzw. des Ausmasses der verbleibenden Arbeitsfähigkeit ausschlaggebend ist. Aufgabe des Gutachters war es die gesundheitliche Situation der Beschwerdeführerin aus dieser Perspektive zu beurteilen. Dr. B.\_\_\_\_\_ standen zu dem Zweck neben der Untersuchung der Beschwerdeführerin zahlreiche Unterlagen zur Verfügung. Das Gutachten erscheint für die streitigen Belange umfassend, beruht auf allseitigen Untersuchungen und wurde in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben. Die geklagten Beschwerden wurden berücksichtigt und das Gutachten ist in der Beurteilung der

medizinischen Zusammenhänge und Situation einleuchtend. Der RAD der Stadt Basel kam in seiner Stellungnahme vom 14. Januar 2008 zu keinem andern Schluss. Die Ausführungen in der Beschwerde stellen das Gutachten in Zweifel, sind aber wenig substantiiert. Generell werden zusätzliche Abklärungen gefordert. Es werden aber keine medizinischen Unterlagen eingereicht, welche die Notwendigkeit weiterer Abklärungen belegen oder eine abweichende Einschätzung der gesundheitlichen Situation der Beschwerdeführerin enthielten. Auch die Unterlagen in den Akten lassen keine derartigen Schlussfolgerungen zu. Die Ausführungen in der Beschwerde und der Replik vermögen deshalb nicht, die auf dem Gutachten von Dr. B. \_\_\_\_\_ beruhenden Schlussfolgerung der Vorinstanz bezüglich des Gesundheitszustandes der Beschwerdeführerin zu entkräften. Es besteht auch kein Hinweis, dass die Untersuchungspflicht verletzt wurde.

### **E. 7.3**

Die Vorinstanz nahm in der Verfügung vom 23. Oktober 2007 einen Einkommensvergleich nach der gemischten Methode vor. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass dieser nicht bundesrechtskonform erstellt worden wäre. Mit Ausnahme der oben abgehandelten Zumutbarkeit der Erwerbstätigkeit, wurde er von der Beschwerdeführerin nicht konkret in Frage gestellt. Der Einkommensvergleich führte zu einer Erwerbseinbusse von 10 %. Der daraus resultierende Invaliditätsgrades von 10 % ist nicht anspruchsbegründend.

### **E. 8**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht den Anspruch auf eine Rente verneint hat. Demnach ist der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 23. Oktober 2007 zu bestätigen und die Beschwerde abzuweisen.

### **E. 9.1**

Gemäss Art. 69 Abs. 1bis i.V.m Art. 69 Abs. 2 IVG (in der seit dem 1. Juli 2006 gültigen Fassung) ist das Beschwerdeverfahren bei Streitigkeiten um die Bewilligung oder die Verweigerung von IV-Leistungen vor dem Bundesverwaltungsgericht kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Im vorliegenden Verfahren hat die Beschwerdeführerin indes ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Beigabe eines Anwalts gestellt, über das noch zu entscheiden ist.

### **E. 9.2**

Gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG kann eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und deren Begehren nicht als aussichtslos erscheint, auf Antrag von der Bezahlung der Verfahrenskosten befreit werden. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung kann der Partei ein Anwalt bestellt werden, wenn es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist.

### **E. 9.3**

Eine Person ist bedürftig, wenn sie nicht in der Lage ist, für die Prozesskosten aufzukommen, ohne dass sie Mittel beanspruchen müsste, die zur Deckung des Grundbedarfs für sie und ihre Familie notwendig sind (BGE 127 I 202 E. 3b). Die Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin ist aufgrund der eingereichten Unterlagen ausgewiesen (vgl. Beschwerdebeilagen [act. 5-7] und Eingabe vom 18. Januar 2008). Sie ist ohne Beeinträchtigung der für ihren Unterhalt erforderlichen finanziellen Mittel nicht in der Lage, die Prozesskosten zu bezahlen. Prozessbegehren sind gemäss Rechtsprechung des

Bundesgerichts als aussichtslos anzusehen, wenn die Gewinnaussichten (ex ante betrachtet; BGE 124 I 304 E. 2c, BGE 122 I 5 E. 4a) beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zur Einlegung des Rechtsmittel entschliessen oder aber davon absehen würde, soll doch eine Partei einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 129 I 129 E. 2.3.1). Aufgrund der Tatsache, dass zum Zeitpunkt des Erlasses der vorinstanzlichen Verfügung noch weitere medizinischen Unterlagen in Aussicht gestellt waren, kann, auch wenn diese zu keinem andern Schluss führten, das Begehren der Beschwerdeführerin - ex ante betrachtet - nicht als offensichtlich aussichtslos bezeichnet werden, weshalb auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten ist. Da die Beschwerdeführerin zudem nicht in der Lage war, ihre Rechte in ausreichendem Masse selber wahrzunehmen, ist auch das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung gutzuheissen.

#### **E. 9.4**

Die Entschädigung des Rechtsvertreters wird mangels Einreichung einer Kostennote unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Anwaltsaufwandes auf Fr. 2'000.- (exkl. Mehrwertsteuer) festgesetzt (Art. 65 Abs. 5 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Mehrwertsteuer ist nur für Dienstleistungen geschuldet, die im Inland gegen Entgelt erbracht werden, nicht jedoch im vorliegenden Fall, in dem die Dienstleistung des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin mit Wohnsitz im Ausland erbracht worden ist (Art. 5 Bst. b des Bundesgesetzes vom 2. September 1999 über die Mehrwertsteuer i. V.m. Art. 14 Abs. 3 Bst. c MWSTG und Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE bzw. materiell übereinstimmend Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 12. Juni 2009 über die Mehrwertsteuer [Mehrwertsteuergesetz, MWSTG, SR 641.20] i.V.m. Art. 18 Abs. 1 MWSTG und Art. 9 Abs. 1 Bst. c VKGE, siehe auch Art. 112 MWSTG). Diese Entschädigung ist aus der Gerichtskasse zu leisten. Beizufügen bleibt, dass die begünstigte Partei gemäss Art. 65 Abs. 4 VwVG der Gerichtskasse Ersatz zu leisten hat, wenn sie später zu hinreichenden Mitteln gelangt.

#### **E. 9.5**

Die Vorinstanz als obsiegende Partei hat keinen Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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