

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung III
C-2599/2006
{T 0/2}

Urteil vom 3. Dezember 2007

Besetzung

Richter Eduard Achermann (Vorsitz),
Richter Johannes Frölicher,
Richterin Elena Avenati-Carpani,
Gerichtsschreiber Daniel Stufetti.

Parteien

B. _____,
vertreten durch Frau Rechtsanwältin Margot Kunz,
Bahnhofstrasse 89-91, Gerichtsfach 114,
66111 Saarbrücken,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Invalidenrente.

Sachverhalt:**A.**

Am 10. Februar 2003 (Eingang: 3. März 2003) meldete sich B._____ (nachfolgend B._____), geboren am (...), deutsche Staatsangehörige, welche vom 30. September 1968 bis zum 22. Dezember 1969 im K._____ als Haustochter tätig war und während dieser Zeit die obligatorischen Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV) geleistet hatte, bei der IV-Stelle zum Bezug von Leistungen der Invalidenversicherung an (act. 1).

Am 23. Dezember 2002 hatte B._____ bereits bei der deutschen Rentenversicherung einen Rentenantrag eingereicht, welcher mit Bescheid vom 10. April 2003 sowie Widerspruchsbescheid vom 22. Dezember 2003 mit der Begründung abgelehnt wurde, dass keine Erwerbsminderung vorliege (act. 13 und 17).

Dem Fragebogen des letzten Arbeitgebers in Deutschland vom 16. April 2003 (Act. 36) ist zu entnehmen, dass B._____ ihre Tätigkeit als Reinigerin mit einem Arbeitspensum (2002) von täglich 7.7 Stunden (38.5 Std./Woche) und einem Stundenlohn von Euro 10.73 (Euro 1'795.29/Monat) am 11. Mai 2002 krankheitshalber aufgegeben hat.

B.

Der IV-Stelle für Versicherte im Ausland lagen bei der Prüfung des Rentengesuchs vom 10. Februar 2003 insbesondere folgende relevanten ärztlichen Unterlagen vor:

- Bericht von Dr. M._____, Arzt für diagnostische Radiologie, vom 23. April 2002 über eine Kernspintomographie der Lendenwirbelsäule mit sagittalen Rekonstruktionen von L3/L4 L5/S1 (act. 24).
- Bericht der orthopädischen Klinik des K._____ vom 26. April 2002 über eine stationäre Behandlung vom 16. April 2002 bis zum 24. April 2002. Diagnose: Degeneratives HWS-Syndrom bei Osteochondrose C4-C7 und breitbandigen Bandscheibenvorfällen, Lumboischialgie bei Bandscheibenvorfall L4/L5 und Protusionen L3/L4 und L5/S1, struma nodosa (act. 26).

- Sozialmedizinisches Gutachten des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung im Saarland vom 16. Juli 2002, wonach auf absehbare Zeit Arbeitsunfähigkeit als Raumpflegerin gegeben sei (act. 27).
- Reha-Entlassungsbericht der Landesversicherungsanstalt für das Saarland (LVA Saarland) über die Heilbehandlung in der Klinik B._____, vom 22. Oktober 2002 bis 20. November 2002, mit der Diagnose HWS-Syndrom bei BSV C4/5 C5/6, C6/7 und degenerative HWS-Veränderungen, LWS-Syndrom bei BSV L4/5. Retropatellararthrose links. In Absprache mit der Patientin sei diese als arbeitsunfähig entlassen worden, und es sei davon auszugehen, dass sie ihrer bisherigen Tätigkeit nicht mehr werde nachgehen können. Für leichte körperliche Tätigkeiten bestehe auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt noch eine vollschichtige Arbeitsfähigkeit, wobei Tragen und Heben von Lasten sowie Arbeiten in Zwangshaltungen zu vermeiden seien (act. 30).
- Bericht der Neurochirurgischen Klinik Priv. Doz. Dr. W._____, vom 8. Januar 2003, mit folgender radiologischer Diagnostik: Ein MRT der HWS vom April 2002 zeigt ausgeprägte Osteochondrosen, insbesondere in Höhe HWK 5/6 und HWK 6/7. Zusätzlich sieht man schwere Discopathien mit Bandscheibengewebe nach ventral in Höhe HWK 4/5 und HWK 5/6. Als Befund wurde angegeben: Klinisch bot die Patientin eher HWS als BWS-Schmerzen mit Beteiligung der linken Schulter. Teilweise gibt die Patientin auch eine C 6 Schmerzausstrahlung linksseits an. Ein fokales neurologisches Defizit bestand bei der Patientin nicht. Die bisherige Tätigkeit könne noch höchstens 2 Stunden ausgeübt werden, leichte körperliche Tätigkeiten dagegen vollschichtig (act. 31).
- Bericht Dr. G._____, Facharzt für physikalische und rehabilitative Medizin, vom 28. Januar 2003, welcher die in der BWS gefundenen Störungen als reversible Hypomobilitäten bezeichnet, welche durch gezielte physiotherapeutische und manualmedizinische Massnahmen beseitigt werden könnten; die Problembehandlung habe eine deutliche Linderung der Schmerzsymptomatik erbracht (act. 33).
- Im Auftrag der LVA Saarland erstelltes fachorthopädisches Gutachten Dr. H._____, Arzt für Orthopädie-Chirotherapie, vom 11. Oktober 2003, welcher folgende Diagnose stellte: HWS-BWS-

LWS-Syndrom mit umgebenden Tendomyopathien, Bandscheibenvorfall C4-C7, ohne Radiculopathie oder wesentliche Funktionseinschränkung, Bandscheibenvorfall L4/L5, ohne Anhalt für Radiculopathie, keine wesentliche Funktionseinschränkung. Hüftdisplasie bds. mit beginnenden Zeichen einer Displasiecoxarthrose ohne Funktionseinschränkung. Diskrete Gonarthrose bds. ohne Funktionseinschränkung. Senk-Spreizfuß bds. Dr. H._____ bestätigte die Leistungseinschätzung der orthopädischen Abteilung B._____. Die bisherige Tätigkeit könne nicht mehr ausgeübt werden, wogegen für leichte körperliche Tätigkeiten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt noch eine vollschichtige Arbeitsfähigkeit bestehe. Tragen, Heben und Bewegen von Lasten über 10 kg sowie Arbeiten in Hockstellung und häufiges Treppensteigen seien zu vermeiden (act. 34).

C.

Die IVSTA unterbreitete das Leistungsgesuch ihrem ärztlichen Dienst. Am 23. Februar 2004 schloss sich Dr. R._____ den Schlussfolgerungen des Gutachtens Dr. H._____ an, wonach in leichten Tätigkeiten noch eine volle Arbeitsfähigkeit bestehe. Die seitens der IVSTA vorgenommene Berechnung des noch möglichen Erwerbseinkommens ergab unter Berücksichtigung eines leidensbedingten Abzugs von 15% einen Invaliditätsgrad von 20.76% (act. 37-39).

Aufgrund dieses Ergebnisses wies die IVSTA das Leistungsbegehren von B._____ am 17. Mai 2004 verfügungsweise ab (act. 40).

D.

Am 8. Juni 2004 erhob B._____ unter Bezugnahme auf das beim Sozialgericht für das Saarland laufende Widerspruchsverfahren bei der IVSTA vorsorglich Einspruch und machte eine allgemeine Arbeitsunfähigkeit geltend (act. 41).

Am 5. Juli 2004 teilte die LVA Baden-Württemberg der IVSTA mit, dass der erwartete Entscheid des Sozialgerichts für das Saarland am 3. Juni 2004 getroffen worden sei und keine Rente ausgerichtet werde. Dieser Bescheid wurde in der Folge beim Landessozialgericht für das Saarland angefochten, wobei später ein Klagerückzug erfolgte (vgl. act 50).

Am 21. Oktober 2004 übermittelte die LVA Baden-Württemberg der IVSTA das vom Sozialgericht für das Saarland eingeholte fachorthopädische Gutachten Dr. M._____ vom 19. April 2004 (act. 45), welches das Gutachten Dr. H._____ als im Wesentlichen noch zutreffend erachtet. Diagnose: Degenerative Veränderungen der Wirbelsäule mit Wirbelsäulensyndrom bei Bandscheibenvorfällen C4 bis C7 und Bandscheibenvorfall L4/L5. Dysplasiehöften beidseits mit initialen arthrotischen Veränderungen. Gonarthrose. Zustand nach Ganglionoperation rechtes Handgelenk und Carpal tunneloperation linkes Handgelenk und Reizzustand rechts Handgelenk. Leichte Arbeiten können auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt 6 Stunden und mehr verrichtet werden, jedoch ohne Überkopfarbeiten, Arbeiten in Zwangsstellungen, im Knien oder in der Hocke und ohne Tragen und Heben von Lasten.

E.

In einem anderen Verfahren vor dem Landessozialgericht für das Saarland erstellte das Klinikum S._____, Dr. H._____, am 22. Juni 2005 ein schmerzmedizinisches Gutachten (act. 52), welches für B._____ eine regelmässige Erwerbstätigkeit von 3 bis 6 Stunden täglich (mehr als halbschichtiges Leistungsvermögen) für möglich erachtet, jedoch ohne Zwangshaltungen, ohne Überkopfarbeiten, ohne Besteigen von Leitern/Gerüsten, in temperierten Räumen und Mischarbeitsplätzen.

F.

Die IVSTA unterbreitete die neu eingereichten Gutachten ihrem ärztlichen Dienst.

Am 12. Oktober 2005 schloss der IV-Arzt Dr. A._____, dass von einer psychiatrischen Komorbidität von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer keine Rede sein könne und die leicht depressive Verstimmung als reaktiv beschrieben werden könne. Somatisch begründete Erklärungen für die Schmerzen gebe es nicht, und ein sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens habe nicht stattgefunden. Weder Behandlungen noch Rehabilitationen hätten in ausreichender Form stattgefunden (act. 55).

G.

Mit Entscheid vom 27. Oktober 2005 wies die IVSTA die Einsprache ab (act. 56).

Sie führte aus, dass zu den Gesundheitsschäden, welche körperlichen Gesundheitsschäden gleichgestellt sind, auch seelische Abwegigkeiten mit Krankheitswert gehörten. Ausgeschlossen seien aber Beeinträchtigungen der Erwerbsfähigkeit, welche die versicherte Person bei Aufbietung allen guten Willens, Arbeit in ausreichendem Mass zu verrichten, zu vermeiden vermöchte. Unter bestimmten Voraussetzungen könnten auch somatoforme Schmerzstörungen eine Arbeitsunfähigkeit bewirken. Die subjektiven Schmerzangaben genügten indes nicht als Beweis; sie müssten durch fachärztlich schlüssig feststellbare Befunde hinreichend erklärbar sein.

Aus dem aufgrund der orthopädischen Gutachten H._____ und M._____ erstellten Einkommensvergleich ergebe sich ein Invaliditätsgrad von 20%. Die somatoforme Schmerzstörung und die reaktive leichtgradige psychische Störung wiesen nicht die erforderliche Schwere auf. Zudem seien nicht die erforderlichen Behandlungen und Rehabilitationen durchgeführt worden.

H.

Am 2. Dezember 2005 erhob B._____ gegen den Einspracheentscheid vom 27. Oktober 2005 Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung für die im Ausland wohnenden Personen (Eidg. Rekurskommission AHV/IV), beantragte, dem Leistungsgesuch zu entsprechen und legte das dem Landessozialgericht für das Saarland eingereichte Gutachten von Dr. W._____ vom 19. November 2005 ein, welches sich auf Untersuchungen vom 15. und 18. November 2005 stützt.

Im Gutachten Dr. W._____ werden die von B._____ geschilderten Beschwerden dargelegt und festgehalten, dass sich B._____ nicht in regelmässige psychiatrisch-psychotherapeutische Behandlung gegeben habe, weil sie ihre Schmerzen als rein somatisch begründet betrachte, und zwar als Folge eines ärztlichen Kunstfehlers, und deswegen auch verschiedene Rechtsstreitigkeiten führe. Körperliche Befunde hätten sich abgesehen von leichtem Adipositas nicht ergeben, und der Neurostatus sei unauffällig. Eine intensive Therapie vermöchte die somatoforme Schmerzstörung und die reaktive depressive Verstimmung zu bessern. Die Stressbelastbarkeit sei herabgesetzt. B._____ könne ab 21. Dezember 2002 nur leichte körperliche Tätigkeiten ohne häufiges Bücken, ohne schweres Heben,

ohne einseitige Körperhaltungen, ohne Wechsel- oder Nachschichten, ohne Akkordbedingungen, ohne häufige eigenverantwortliche Entscheidungen ausüben, und zwar dreistündig bis unter sechsstündig. Einer vollschichtigen leichten beruflichen Tätigkeit könne sie auch unter Berücksichtigung einer zumutbaren Willensanstrengung nicht nachgehen.

I.

Am 19. Januar 2006 beantragte die IVSTA unter Hinweis auf eine Stellungnahme von Dr. A._____ vom 22. Dezember 2005 die Abweisung der Beschwerde.

Dr. A._____ hatte dargelegt, dass kein sozialer Rückzug stattgefunden habe, die Beschwerdeführerin mit einem Mann zusammenlebe, Musik höre und spiele und auch gerne lese. Sie stehe indes in psychiatrischer Behandlung, und Rehabilitationsmassnahmen fehlten. Es liege eine somatoforme Schmerzstörung mit reaktiver depressiver Verstimmung vor.

J.

Mit Entscheid vom 10. Februar 2006 verfügte das Landessozialgericht für das Saarland, dass B._____ ab 21. Dezember 2002 eine Rente wegen voller Erwerbsminderung zuzusprechen sei. Die Ausrichtung der Rente wurde in der Folge bis zum 30. Juni 2008 verlängert.

Mit Eingabe vom 21. Februar 2006 hielt B._____ unter Hinweis auf dieses Urteil an ihrer Beschwerde fest.

K.

Am 29. März 2006 hielt die IVSTA ihrerseits am Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest. Dem eingereichten ausländischen Urteil komme keine präjudizierende Wirkung zu, und die strengen Kriterien, unter denen somatoforme Schmerzstörungen nach der Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichts als invalidisierend anerkannt würden, seien nicht erfüllt.

L.

Mit Eingabe vom 12. April 2006 hielt B._____ erneut an der Beschwerde fest und machte geltend, schweizerische Ärzte wären zu gleichen Ergebnissen gelangt. Die Kriterien der deutschen Rechtsprechung seien ebenso streng.

M.

Am 7. März 2007 teilte das Bundesverwaltungsgericht, welches per 1. Januar 2007 an die Stelle der bisherigen Eidgenössischen Rekurs- und Schiedskommissionen und der Beschwerdedienste der Departemente getreten ist, den Parteien die Zusammensetzung des Spruchkörpers bekannt. Es sind keine Ausstandsgründe geltend gemacht worden.

N.

Am 2. August 2007 hielt die IVSTA noch einmal an ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest, worauf das Instruktionsverfahren am 8. August 2007 geschlossen wurde.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht übernimmt, sofern es zuständig ist, die Beurteilung der am 1. Januar 2007 bei den Eidgenössischen Rekurs- oder Schiedskommissionen oder bei den Beschwerdediensten der Departemente hängigen Rechtsmittel; die Beurteilung erfolgt nach neuem Verfahrensrecht (Art. 53 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [VGG], SR 173.32).

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

1.3 Nach Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das VGG nichts anderes bestimmt.

Indes findet das Verwaltungsverfahrensgesetz aufgrund von Art. 3 Bst. d^{bis} VwVG keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des

Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) anwendbar ist (vgl. auch hinten, Erwägung 2.1.2).

Gemäss Art. 1 Abs. 1 IVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die Invalidenversicherung (Art. 1a-26^{bis} und 28-70) anwendbar, soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

1.4 Die Beschwerdeführerin ist nach Art. 59 ATSG offenkundig beschwerdelegitimiert. Da die Beschwerde im Übrigen auch frist- und formgerecht eingereicht wurde (Art. 60 ATSG und Art. 52 VwVG), ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.

2.1 Einleitend ist darzulegen, welche Rechtsnormen im vorliegenden Verfahren zur Anwendung gelangen.

2.1.1 Die Beschwerdeführerin ist Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft (EU), 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 mit ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681), insbesondere dessen Anhang II, der die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit regelt, anwendbar ist (Art. 153a, in Kraft seit dem 1. Juni 2002, des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG, SR 831.10]). 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 Voraussetzungen für die Ausrichtung schweizerischer Invalidenrenten richten sich indes unter Berücksichtigung des erwähnten Anspruchs auf Gleichbehandlung von Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaates der EU wohnen ausschliesslich nach dem schweizerischen Recht, insbesondere dem IVG sowie der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201).

2.1.2 Weil in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben, und weil ferner die Gerichte im Bereiche der Sozialversicherung bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den im Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Verwaltungsaktes, hier des Einspracheentscheids vom 27. Oktober 2005, eingetretenen Sachverhalt abstellen (BGE 130 V 329, BGE 129 V 4 E. 1.2 mit Hinweisen), sind hier die ab 1. Januar 2003 geltenden Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) anwendbar. Das Gleiche gilt für das IVG, welches in der Fassung vom 31. März 2003 [4. IVG-Revision], anwendbar ist (in Kraft seit 1. Januar 2004).

2.1.3 Meldet sich ein Versicherter erst mehr als zwölf Monate nach dem Entstehen des Anspruchs auf eine Invalidenrente, so werden die Leistungen nur für die zwölf der Anmeldung vorangegangenen Monate ausgerichtet (Art. 48 Abs. 2 IVG). Da vorliegend die Anmeldung am 3. März 2003 bei der IVSTA eingegangen ist, wird im Folgenden geprüft, ob die Beschwerdeführerin im Zeitraum vom 1. März 2002 bis zum 27. Oktober 2005 in rentenbegründendem Umfang erwerbsunfähig war.

Nach dem massgebenden Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Entscheids (hier der 27. Oktober 2005) eingetretene Rechts- und Sachverhaltsänderungen können im derzeitigen Verfahren grundsätzlich nicht berücksichtigt werden; Tatsachen, die jenen Sachverhalt seither verändert haben, haben grundsätzlich Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung zu bilden (BGE 121 V 366 E. 1b mit Hinweisen).

Gutachten, welche nach dem massgeblichen Zeitpunkt erstellt wurden, sind indes beachtlich, wenn sie gesicherte Auskunft über den im dargelegten Beurteilungszeitraum massgeblichen Sachverhalt geben.

3.

3.1 Invalidität ist nach schweizerischem Recht 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).

Anspruch auf eine ganze Invalidenrente besteht gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG (in der seit 1. Januar 2004 geltenden Fassung) bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 70%, derjenige auf eine Drei-Viertels-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%.

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 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 (vgl. BGE 128 V 30 E. 1, 104 V 136 E. 2a und b; ZAK 1990 S. 518 E. 2). Erwerbsunfähigkeit ist damit, vereinfacht ausgedrückt, die durch einen Gesundheitsschaden verursachte Unfähigkeit, durch zumutbare Arbeit Geld zu verdienen (ALFRED MAURER, Bundessozialversicherungsrecht, Basel 1993, S. 140).

3.2 Der Begriff der Invalidität ist demnach nicht nach medizinischen Kriterien definiert, sondern nach der Unfähigkeit, Erwerbseinkommen zu erzielen (BGE 110 V 275 E. 4a, 102 V 166) oder sich (z.H. Hausfrauen) 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.

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, 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, obliegt dagegen der Verwaltung und im Beschwerdefall dem Gericht.

3.3 Aufgrund des im gesamten Sozialversicherungsrecht geltenden Grundsatzes der Schadenminderungspflicht sind Versicherte, die nicht völlig arbeitsunfähig sind, gehalten, innert nützlicher Frist Arbeit im angestammten oder einem anderen Berufs- oder Erwerbszweig zu suchen und anzunehmen, soweit sie möglich und zumutbar erscheint (BGE 113 V 28 E. 4a, 111 V 239 E. 2a). Deshalb ist es am behandelnden beziehungsweise am begutachtenden Arzt sowie den Vertrauensärzten der IV-Stellen zu beurteilen, in welchem Ausmass ein Versicherter seine verbliebene Arbeitsfähigkeit bei zumutbarer Tätigkeit und zumutbarem Einsatz auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt verwerten kann. Diese Erwerbsmöglichkeit hat sich der Versicherte anrechnen zu lassen.

3.4 Der Begriff des ausgeglichenen Arbeitsmarktes 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 sie ein rentenausschliessendes Einkommen zu erzielen vermag oder nicht (vgl. BGE 110 V 276 E. 4b, ZAK 1991 S. 320 E. 3b, THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Aufl., Bern 2003, S. 124). 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 (vgl. AHI 1998 s. 291 E. 3b).

3.5 Für das gesamte Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Danach haben Versicherungsträger und Sozialversicherungsgerichte die Beweise frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen.

Für das vorliegende Beschwerdeverfahren bedeutet dies, dass alle Beweismittel, unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen sind. Danach ist zu entscheiden, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruchs gestatten, und wenn dies der Fall ist aufgrund des als massgeblich befundenen Ergebnisses zu entscheiden.

Hinsichtlich des Beweiswertes eines Arztberichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Darlegung der Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen der Expertinnen und Experten begründet sind. Bestehen Zweifel an der Zuverlässigkeit und Schlüssigkeit der ärztlichen Feststellungen, sind ergänzende Abklärungen vorzunehmen. Dabei hat das Sozialversicherungsgericht grundsätzlich die Wahl, ob es die Sache zur weiteren Beweiserhebung an die verfügende Instanz zurückweisen oder die erforderlichen Instruktionen insbesondere durch Anordnung eines Gerichtsgutachtens selber vornehmen will (BGE 125 V 352 Erw. 3a mit Hinweisen; AHI 2001 S. 113 Erw. 3a; RKUV 1999 Nr. U 332 S. 193 Erw. 2a/bb und 1998 Nr. U 313 S. 475 Erw. 2a). 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 (KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Bern 1984, S. 136). Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit

zu fällen: Der Richter und die Richterin haben jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die sie von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigen (BGE 126 V 360 Erw. 5b, 125 V 195 Erw. 2, je mit Hinweisen). Kommt das Gericht bei pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung, ein bestimmter Sachverhalt sei als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten und es könnten weitere Beweismassnahmen an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern, so ist auf die Abnahme weiterer Beweise zu verzichten (antizipierte Beweiswürdigung; KIESER, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, S. 212, Rz 450; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., S. 39, Rz 111 und S. 117, Rz 320; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., S. 274; vgl. auch BGE 122 II 469 Erw. 4a, 122 III 223 Erw. 3c, 120 Ib 229 Erw. 2b, 119 V 344 Erw. 3c mit Hinweis). In einem solchen Vorgehen liegt kein Verstoss gegen das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV (SVR 2001 IV Nr. 10 S. 28 Erw. 4b; zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangene, weiterhin geltende Rechtsprechung: BGE 124 V 94 Erw. 4b, 122 V 162 Erw. 1d mit Hinweis).

4.

Vorab wird geprüft, ob die Beschwerdeführerin aus somatischer Sicht erwerbsunfähig ist.

4.1 Das letzte fachorthopädischen Gutachten von Dr. M._____ vom 21. Oktober 2004 (act. 45), in welchem das frühere Gutachten von Dr. H._____ vom 11. Oktober 2003 als im Wesentlichen noch zutreffend bezeichnet wurde, hielt folgende Diagnose fest: Degenerative Veränderungen der Wirbelsäule mit Wirbelsäulensyndrom bei Bandscheibenvorfällen C4 bis C7 und Bandscheibenvorfall L4/L5. Dysplasiehüften beidseits mit initialen arthrotischen Veränderungen. Gonarthrose. Zustand nach Ganglionoperation rechtes Handgelenk und Carpaltunneloperation linkes Handgelenk und Reizzustand rechtes Handgelenk. Diese medizinische Beurteilung erscheint dem Bundesverwaltungsgericht aufgrund der ihm vorliegenden medizinischen Unterlagen auch heute noch als massgeblich.

4.2 Aufgrund der erwähnten Diagnosen schloss der Gutachter Dr. M._____, dass die Beschwerdeführerin aus fachorthopädischer Sicht leichte Arbeiten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt noch zu 6 Stunden und mehr verrichten kann, dass dabei aber Überkopfarbeiten, Arbeiten in Zwangsstellungen, im Knien oder in der Hocke und das

Tragen und Heben von Lasten zu vermeiden sind. Diese Beurteilung wurde vom IV-Stellenarzt Dr. A. _____ übernommen.

Auch die aus der fachorthopädischen Diagnose abgeleiteten Schlussfolgerungen von Dr. M. _____ betreffend die Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt erscheinen dem Bundesverwaltungsgericht schlüssig.

5.

Im Weiteren wird geprüft, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Beschwerdeführerin aufgrund somatoformer Schmerzstörungen erwerbsunfähig ist.

5.1 Der vom Landessozialgericht für das Saarland beauftragte Gutachter Dr. H. _____ vom Klinikum S. _____, stellte in seinem schmerzmedizinischen Gutachten vom 22. Juni 2005 fest, dass die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Beschwerden durch die orthopädischen Befunde nicht vollständig erklärt werden können. Formal seien die ACR-Kriterien eines Fibromyalgie-Syndroms (Anzahl der Schmerzorte, Dauer der Schmerzsymptomatik, Anzahl positiver Tenderpoints) erfüllt; es liege ein mittelschweres Fibromyalgie-Syndrom vor. Zusätzlich sei die Diagnose einer somatoformen Schmerzstörung gerechtfertigt, einerseits da die vorgebrachten Schmerzen nicht erklärt werden könnten, andererseits weil sich die Schmerzsymptomatik im Rahmen eines schwerwiegenden psychosozialen Arbeitsplatzkonflikts generalisiert habe. Die negativen sozialen Folgen der Schmerzsymptomatik seien als chronifizierende Faktoren anzusehen. 2003 habe die Probandin die letzte ambulante nervenärztliche Behandlung abgebrochen, weil der Arzt sich gegen die Diagnose einer Polyneuropathie ausgesprochen habe. Dr. M. _____ stellte neben der anhaltenden somatoformen Schmerzstörung ein chronisches HWS-, BWS- und LWS-Syndrom bei degenerativen Veränderungen der Halswirbelsäule, Dysfunktion der Lendenwirbelsäule ohne radikuläre Reiz- oder Ausfallerscheinungen mit maladaptiver Schmerzbewältigung (inadäquates Schonungsverhalten), sowie Retropatellararthrose beidseits und ängstlich-depressive Entwicklung (leichtgradige psychische Störung) fest. Die Gesundheitsstörungen seien dauerhafter Natur und liessen sich durch Heilmassnahmen weder beheben noch wesentlich bessern. Durch konsequente ambulante konfliktbezogene Psychotherapie sowie schmerzbezogene psycho- und physiotherapeutische Massnahmen

liesse sich innerhalb von 6 Monaten eine leichte bis mässige Besserung der Leistungsfähigkeit erreichen.

Aufgrund der körperlichen Dekonditionierung und des inadäquaten Schonungsverhaltens sei noch ein mehr als halbschichtiges Leistungsvermögen (3 bis 6 Stunden täglich) zumutbar. Leichte körperliche Arbeiten in temperierten Räumen und an Mischarbeitsplätzen seien noch möglich. Nicht mehr möglich seien schwere und mittelschwere Arbeiten sowie leichte Arbeiten in Zwangshaltung, insbesondere des Nackens und Überkopfarbeiten. Das Datum, ab welchem die Beurteilung gelte, wird vom Gutachter als schwer bestimmbar bezeichnet. Eine Schwerzsymptomatik habe bereits ab Oktober 2002 vorgelegen.

5.2 Der IV-Arzt Dr. A._____ verneinte am 12. Oktober 2005 eine psychiatrische Komorbidität von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer und bezeichnete die leicht depressive Verstimmung als reaktiv. Somatisch begründete Erklärungen für die Schmerzen gebe es nicht, und ein sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens habe nicht stattgefunden. Weder Behandlungen noch Rehabilitationen hätten zudem in ausreichender Form stattgefunden.

5.3 Aufgrund von Untersuchungen, welche am 15. und 18. November 2005, das heisst nach dem Erlass der Einspracheverfügung vom 27. Oktober 2005 stattfanden, erstellte im Auftrag des Landesozialgerichts für das Saarland Frau Dr. W._____, Fachärztin für Neurologie und Psychiatrie, ein nervenärztliches Gutachten. Die Leistungseinschätzung stimmt mit jener von Dr. H._____ überein. Die Gutachterin wies auf die starke Abwehr der Probandin gegenüber psychotherapeutischen Behandlungen hin, welche eine adäquate Therapie verunmöglichten. Neue relevante Sachverhalte aus der Zeitraum vor dem Erlass des Einspracheentscheids werden mit diesem neuen Gutachten daher nicht belegt.

5.4 Nach schweizerischer Rechtsprechung (BGE 131 V 49 Erw. 1.2, 130 V 352) begründet die Diagnose einer somatoformen Schmerzstörung noch keine Invalidität. Vielmehr besteht die Vermutung, dass die somatoforme Schmerzstörung und ihre Folgen mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar sind. Bestimmte Umstände, welche die Schmerzbewältigung intensiv und konstant behindern, können den Wiedereinstieg in den Arbeitsprozess unzumutbar machen, weil die versicherte Person alsdann nicht über

die für den Umgang mit den Schmerzen notwendigen Ressourcen verfügt. Ob ein solcher Ausnahmefall vorliegt, entscheidet sich im Einzelfall anhand verschiedener Kriterien. Im Vordergrund steht die Feststellung einer psychischen Komorbidität von erheblicher Schwere, Ausprägung und Dauer. Massgebend sein können auch weitere Faktoren, wie chronische körperliche Begleiterkrankungen, ein mehrjähriger, chronifizierter Krankheitsverlauf mit unveränderter oder progredienter Symptomatik ohne länger dauernde Rückbildung, ein sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens, ein verfestigter, therapeutisch nicht mehr beeinflussbarer innerseelischer Verlauf einer an sich missglückten, psychisch aber entlastenden Konfliktbewältigung (primärer Krankheitsgewinn; "Flucht in die Krankheit"), das Scheitern einer konsequent durchgeführten ambulanten oder stationären Behandlung (auch mit unterschiedlichem therapeutischem Ansatz) trotz kooperativer Haltung der versicherten Person (BGE 130 V 354 Erw. 2.2.3). Je mehr dieser Kriterien zutreffen und je ausgeprägter sich die entsprechenden Befunde darstellen, desto eher sind - ausnahmsweise - die Voraussetzungen für eine zumutbare Willensanstrengung zu verneinen (MEYER-BLASER, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit und seine Bedeutung in der Sozialversicherung, in: Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen 2003, S. 77). Beruht die Leistungseinschränkung auf Aggravation oder einer ähnlichen Konstellation, liegt regelmässig keine versicherte Gesundheitsschädigung vor (siehe MEYER-BLASER, a.a.O., S. 92 f.). Eine solche Ausgangslage ist etwa gegeben, wenn eine erhebliche Diskrepanz zwischen den geschilderten Schmerzen und dem gezeigten Verhalten oder der Anamnese besteht, intensive Schmerzen angegeben werden, deren Charakterisierung jedoch vage bleibt, keine medizinische Behandlung und Therapie in Anspruch genommen wird, demonstrativ vorgetragene Klagen auf den Sachverständigen unglaublich wirken; schwere Einschränkungen im Alltag behauptet werden, das psychosoziale Umfeld jedoch weitgehend intakt ist (BGE 131 V 49 Erw. 1.2 mit Hinweisen).

5.5 Wie der IV-Stellen-Arzt Dr. A. _____ zutreffend dargelegt hat, sind die Voraussetzungen, unter denen somatoforme Schmerzstörungen nach schweizerischem Recht als invaliditätsbegründend betrachtet werden, hier nicht erfüllt.

Die Beschwerdeführerin hat sich keineswegs aus dem sozialen Leben zurückgezogen, und ihre Weigerung, sich den von den Gutachtern

empfohlenen psychotherapeutischen Behandlungen zu unterziehen, stellt nach schweizerischen Recht eine rentenausschliessende Verweigerung der Kooperation dar.

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist es der Beschwerdeführerin zumutbar, sich den empfohlenen Behandlungen zu unterziehen. Das Bundesverwaltungsgericht sieht keinen Anlass, der Argumentation der Beschwerdeführerin zu folgen, welche ihre eigenen Diagnosen stellt, ihre Schmerzen – entgegen allen Gutachtern – als ausschliesslich somatische Unfallfolge ansieht, empfohlene Behandlungen ablehnt und aus der daraus resultierenden Situation dann Ansprüche an die Invalidenversicherung stellt.

6.

6.1 Für die Berechnung der Erwerbseinbusse stellte die IVSTA auf den anlässlich der Verfügung vom 17. Mai 2005 durchgeführten Einkommensvergleich ab, welcher auf den Schlussfolgerungen des Gutachtens Dr. H._____ und damit auf einer vollen Erwerbstätigkeit beruhte. Als Verweisungsberufe für die genannten leichteren Tätigkeiten berücksichtigte die IVSTA Tätigkeiten wie Verkäuferin in einem Warenhaus oder Kiosk, Kassiererin oder Billetverkäuferin und gelangte in Berücksichtigung eines leidensbedingten Abzugs von 15% zu einem Invaliditätsgrad von 20.76 % (act. 39).

6.2 Das fachorthopädische Gutachten Dr. M._____ geht davon aus, dass die Beschwerdeführerin aus fachorthopädischer Sicht leichte Tätigkeiten noch zu 6 Stunden oder mehr, das heisst vollschichtig, ausüben kann, sofern Überkopfarbeiten, Arbeiten in Zwangsstellungen, im Knien oder in der Hocke und das Tragen und Heben von Lasten vermieden werden können, was bei den von der IVSTA beim erwähnten Einkommensvergleich berücksichtigten Verweisungsberufen der Fall ist.

Das Bundesverwaltungsgericht schliesst sich daher dem von der IVSTA aus fachorthopädischer bzw. somatischer Sicht erstellten Einkommensvergleich und dem daraus resultierenden Invaliditätsgrad von 20.76% an.

Die wegen der somatoformen Schmerzstörung geltend gemachten weiteren Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit sind nicht zu berücksichtigen.

7.

7.1 Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

7.2 Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

7.3 Der unterliegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteienschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Der Beschwerdeführerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil wird eröffnet:

- der Beschwerdeführerin (Einschreiben mit Rückschein)
- der Vorinstanz
- dem Bundesamt für Sozialversicherungen

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Eduard Achermann

Daniel Stufetti

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: