



---

Abteilung III  
C-3790/2007/  
{T 0/2}

## **Urteil vom 28. Mai 2010**

---

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),  
Richter Francesco Parrino,  
Richter Stefan Mesmer,  
Gerichtsschreiber Daniel Stufetti.

---

Parteien

**S.**\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Urs Rudolf, Ober-  
Emmenweid 46, Postfach 1846, 6021 Emmenbrücke,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**IV-Stelle Luzern,**  
Landenbergstrasse 35, Postfach, 6002 Luzern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Invalidenrente; Verfügung der IV-Stelle Luzern vom 21.  
Juli 2006.

**Sachverhalt:****A.**

Die am 6. Februar 1948 geborene, verheiratete, schweizerische Staatsangehörige S.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Versicherte oder Beschwerdeführerin) lebte bis August 2005 in der Schweiz und seither in Argentinien. Sie war in den Jahren 1968 – 1971 sowie 1988 – 2005 in der Schweiz erwerbstätig, letztere Zeitspanne selbständig erwerbend als Kosmetikerin, und entrichtete dabei die Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (act. IV 8, act. 10). Am 4. April 2001 erlitt die Versicherte einen Verkehrsunfall. Am 13. Mai 2003 meldete sie sich bei der Schweizerischen Invalidenversicherung zum Bezug einer Invalidenrente an (act. IV 3).

**B.**

Mit Verfügung vom 19. April 2005 wies die IV-Stelle des Kantons Luzern das Leistungsbegehren der Versicherten ab mit der Begründung, aufgrund des Einkommensvergleichs ergebe sich ein Invaliditätsgrad von 20%, welcher kein Rentenanspruch begründe (act. IV 40).

Gegen diese Verfügung erhob die Versicherte am 20. Mai 2005 Einsprache bei der IV-Stelle des Kantons Luzern und beantragte, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei ihr basierend auf einem Invaliditätsgrad von 50% eine halbe Invalidenrente auszurichten. Dies begründete sie damit, dass sie sich ohne Unfall ein Arbeitspensum von 100% in ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit hätte leisten können, wogegen sie unfallbedingt heute aus gesundheitlichen Gründen nur noch ein Arbeitspensum von 50% bewältigen könne. Bei der Berechnung des Valideneinkommens gelte es zu berücksichtigen, dass die Versicherte am kürzlich bezogenen neuen Standort des Kosmetikgeschäfts höhere Erträge hätte erzielen können, als von der kantonalen IV-Stelle angenommen. Bei der Berechnung des Invalideneinkommens habe die kantonale IV-Stelle zu Unrecht auf Verweistätigkeiten abgestellt, nachdem es der Beschwerdeführerin unzumutbar gewesen sei, ihre angestammte Tätigkeit als Kosmetikerin aufzugeben und einer anderen Erwerbstätigkeit im Dienstleistungsbereich nachzugehen, weshalb bei der Festlegung des Invalideneinkommens von einem Ertrag auszugehen sei, den sie bei einem Arbeitspensum von 50% erwirtschaften könne.

**C.**

Mit Einspracheentscheid vom 21. Juli 2006 wies die IV-Stelle des Kantons Luzern die Einsprache der Versicherten ab (act. IV 50). Aufgrund der medizinischen Abklärungen könne davon ausgegangen werden, dass die Versicherte seit 4. April 2001 zu 50% in ihrer Tätigkeit als Kosmetikerin eingeschränkt sei. Bei der Bestimmung des Invalideneinkommens könne der Versicherten zugemutet werden, die selbständige Tätigkeit aufzugeben. Die IV-Stelle habe sich auf die Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik für das Jahr 2002, Sparte Dienstleistungen abgestützt. Bezogen auf ein Pensum von 50% und einem leidensbedingten Abzug von 15% ergebe sich ein Invalideneinkommen von Fr. 24'952.72. Bei der Berechnung des Valideneinkommens sei auf das 1991 – 1996 erzielte, aufindexierte durchschnittliche Einkommen abzustellen. Dass am neuen Standort ein höheres Einkommen erzielt worden wäre, sei nicht erwiesen. Das Valideneinkommen sei daher mit Fr. 31'264.- festgelegt worden, was ungefähr den Branchenzahlen gemäss Gewerbestatistik für den Bereich Kosmetik entspreche. Unter Vergleich dieser beiden Einkommen ergebe sich ein Mindereinkommen von Fr. 6'311.28 und somit ein Invaliditätsgrad von 20.19%, welcher nicht zum Bezug einer Invalidenrente berechtige.

Zur Beurteilung des Leistungsgesuches zog die kantonale IV-Stelle namentlich folgende Unterlagen bei: Arztberichte von Dr. med. L.\_\_\_\_\_ vom 23. September 2003 (act. IV 16/1), Dr. med. M.\_\_\_\_\_ vom 14. Juni 2002 (act. IV 16/5), Dr. med. F.\_\_\_\_\_ vom 4. April 2001 (act. IV 16/10), das Gutachten von Prof. Dr. med. V.\_\_\_\_\_ der Klinik \_\_\_\_\_ vom 22. September 2003 (act. IV 21) mit ergänzender Beurteilung desselben vom 6. April 2004 (act. IV 25/2), den Verlaufsbericht von Dr. L.\_\_\_\_\_ vom 16. November 2004 (act. IV 32) sowie den Bericht von Dr. Z.\_\_\_\_\_ vom 22. August 2005 (act. IV 47/3), sowie den Einkommensvergleich vom 1. April 2005 (act. IV 39).

Die Ärzte diagnostizierten in den obgenannten Unterlagen ein chronisches zervikospondylogenes und zervikocephales Syndrom rechts, posttraumatisch nach Unfall vom 4. April 2001 aufgetreten, mit initialer Comotio cerebri und Rippenkontusion ventral rechts, aktuell: Fehlhaltung (Kopfprotrusion, BWS-Hyperkyphose, HWS-Hyperlordose), muskuläre Dysbalance mit verkürzter Nacken- und Halsmuskulatur, ISG-Dysfunktion rechts; ferner Kopfweg vom

Spannungstyp, Sensibilitätsstörungen der Extremitäten ungeklärter Ätiologie.

Die Vorinstanz unterbreitete die medizinischen Akten dem regionalen ärztlichen Dienst (RAD) zur Beurteilung, welcher zuletzt am 19. Dezember 2005 und 12. Juli 2007 dahingehend Stellung bezog, als von einer Arbeitsfähigkeit von über 50% bezogen auf die angestammten Tätigkeit als Kosmetikerin auszugehen sei. Die medizinisch-theoretische Arbeitsunfähigkeit liege aber bei nur 40%, wenn man daneben die in der Freizeit ausgeübte Tätigkeit als Tangolehrerin mitberücksichtige (act. 9).

#### **D.**

Gegen diesen Einspracheentscheid liess S.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 23. August 2006 (act. 1/1) Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Luzern erheben mit dem Antrag, in Aufhebung der Verfügung vom 19. April 2005 und des Einspracheentscheids vom 21. Juli 2006 (der kantonalen IV-Stelle) sei ihr basierend auf einen Invaliditätsgrad von 50% eine halbe Invalidenrente auszurichten. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, für den Einkommensvergleich sei das effektiv erzielte Einkommen aus dem Jahr 2002 gemäss Jahresrechnung massgebend, woraus hervorgehe, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer 50%-igen Erwerbstätigkeit einen Betriebsgewinn von Fr. 13'511.50 habe erwirtschaften können. Die Beschwerdeführerin habe auch nach Eintritt des Gesundheitsschadens ein Einkommen erzielt, in dem sie die ihr verbleibende Arbeitsfähigkeit voll ausgeschöpft habe. Deshalb sei für die Berechnung des Invalideneinkommens der tatsächlich erzielte Verdienst und nicht der höher liegende Tabellenlohn massgebend. Für die Berechnung des Valideneinkommens sei zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin kurz vor dem erlittenen Unfall ihr Geschäft an einem neuen und lukrativeren Standort eröffnet habe, weshalb davon auszugehen sei, dass sie einen höheren Ertrag hätte erwirtschaften können.

#### **E.**

In ihrer Vernehmlassung vom 18. September 2006 (act. 1/2) beantragte die kantonale IV-Stelle die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung hob sie hervor, die Beschwerdeführerin habe mit ihrer Ausreise nach Argentinien ihr Geschäft und damit ihre selbständige Erwerbstätigkeit in der Schweiz aufgegeben. Damit sei erwiesen, dass

ihr eine andere als die angestammte Tätigkeit zumutbar gewesen sei, weshalb davon auszugehen sei, die Beschwerdeführerin hätte den Tabellenlohn verdienen können.

**F.**

Mit Replik vom 5. Dezember 2006 (act. 1/3) hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen und deren Begründung gemäss ihrer Beschwerde fest.

**G.**

Mit Duplik vom 4. Januar 2007 (act. 1/4) hielt auch die Vorinstanz an ihrer Vernehmlassung vom 18. September 2006 fest und verwies zur Begründung auf die Ausführungen im angefochtenen Einspracheentscheid.

**H.**

Mit Urteil vom 22. März 2007 (act. 1) trat das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern wegen örtlicher Unzuständigkeit auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht ein und überwies die Sache mitsamt den Akten an das Bundesverwaltungsgericht.

**I.**

Mit Verfügung vom 5. Juli 2007 (act. 2) bestätigte das Bundesverwaltungsgericht den Parteien den Eingang der Akten des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern. Gleichzeitig gab es die Zusammensetzung des Spruchkörpers bekannt, wogegen innerhalb der angesetzten Frist keine Ausstandsbegehren eingingen.

**J.**

Mit Verfügung vom 9. April 2010 (act. 7) wurde den Parteien eine Änderung in der Zusammensetzung des Spruchkörpers bekanntgegeben. Auch dagegen sind innerhalb der angesetzten Frist keine Ausstandsbegehren eingegangen.

**K.**

Am 19. April 2010 stellte die Ausgleichskasse Luzern dem Bundesverwaltungsgericht einen Auszug aus dem Individuellen Konto für die Jahre 2002 bis 2005 zu (act. 10).

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist ein Verwaltungsakt der Vorinstanz, nämlich der Einspracheentscheid vom 21. Juli 2006, welcher ohne Zweifel eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) darstellt.

**1.2** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern wie hier keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

**1.3** Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Gemäss Art. 33 Bst. i VGG ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gegen Verfügungen kantonaler Instanzen zulässig, soweit ein Bundesgesetz dies vorsieht. Vorliegend ist eine Verfügung der IV-Stelle des Kantons Luzern angefochten. Es ist daher im Folgenden zu prüfen, ob ein Bundesgesetz die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung der Beschwerden gegen diese Verfügungen vorsieht.

**1.3.1** Nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben, sofern keine spezialgesetzlichen Übergangsbestimmungen zur Anwendung kommen (BGE 130 V 1 E. 3.2).

**1.3.2** Gemäss Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) in der Fassung gemäss Anhang Ziff. 107 des VGG, in Kraft seit 1. Januar 2007, knüpft die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts an die Voraussetzung, dass das Anfechtungsobjekt eine Verfügung der IV-Stelle für Versicherte im Ausland (IVSTA) ist. Den Verfahrensakten lässt sich entnehmen und wird auch nicht bestritten, dass die Beschwerdeführerin ihren Wohnsitz im August 2005, und damit vor dem Erlass des angefochtenen Einspracheentscheids vom 21. Juli 2006, vom Kanton Luzern ins Ausland verlegt hat. Gemäss Art. 40 Abs. 3 der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV, SR 831.201) bleibt die einmal begründete Zuständigkeit der IV-Stelle im Verlauf des Verfahrens erhalten.

**1.3.3** Gemäss Bst. a der Schlussbestimmungen zum IVG zur Änderung vom 16. Dezember 2005 gilt das bisherige Recht für die von der IV-Stelle erlassenen, aber noch nicht rechtskräftigen Verfügungen. Nach der bis am 31. Dezember 2006 geltenden Fassung von Art. 69 Abs. 2 IVG war die Eidgenössische Rekurskommission der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung für die im Ausland wohnenden Personen die zuständige Beschwerdeinstanz bei Beschwerden gegen Verfügungen und Einspracheentscheide "von Personen im Ausland". Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit der Eidgenössischen Rekurskommission war der Wohnsitz der Beschwerdeführerin oder des Beschwerdeführers im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung. Da die Beschwerdeführerin die Schweiz im August 2005 verlassen hatte, die Beschwerde aber erst am 23. August 2006 einreichte, hat das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern mit Urteil vom 22. März 2007 zu Recht festgestellt, es sei zur Beurteilung der Beschwerde nicht zuständig. Daher hätte dieses gemäss Art. 58 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1), wonach die Behörde, die sich als unzuständig erachtet, die Beschwerde ohne Verzug dem zuständigen Versicherungsgericht überweist, die Beschwerde an die Eidgenössische Rekurskommission überweisen müssen. Das kantonale Verwaltungsgericht hat jedoch in einem Zeitpunkt entschieden, in welchem die Eidgenössische Rekurskommission bereits nicht mehr bestand. Diese wurde per 31. Dezember 2006 als Beschwerdeinstanz durch das Bundesverwaltungsgericht ersetzt, das seine Tätigkeit am 1. Januar 2007 aufgenommen und gestützt auf Art. 53 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) die Beurteilung der in diesem Zeitpunkt hängigen Beschwerden übernommen hat. Vorliegend war per 31. Dezember 2006 keine Beschwerde vor der Eidgenössischen Rekurskommission hängig, welche vom Bundesverwaltungsgericht zu übernehmen gewesen wäre.

**1.3.4** In einer gleichen gelagerten Konstellation hat das Bundesgericht erkannt, dass eine solche Lösung, welche sich durch eine enge Auslegung von Art. 53 Abs. 2 VGG ergebe, zu einer Verweigerung der verfassungsmässigen Rechtsweggarantie (Art. 29a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) führen würde. Daher sei diese Bestimmung verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass das Bundesverwaltungsgericht die Beurteilung von Beschwerden übernimmt, sofern es zuständig ist,

welche im fraglichen Zeitpunkt bei der Eidgenössischen Rekurskommission hängig waren *oder hätten anhängig gemacht werden müssen*. Einzig die Bejahung der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts als Nachfolge der Eidgenössischen Rekurskommission vermöge im zu beurteilenden Fall dem Beschwerdeführer die verfassungsmässige Rechtsweggarantie zu gewährleisten (Urteil des Bundesgerichts 9C\_313/2008 vom 6. März 2009, E. 4.2 und 4.3 in SVR 2009 IV Nr. 44).

**1.3.5** Da sich die Ausgangslage als identisch erweist, ist das Bundesverwaltungsgericht vorliegend zur Beurteilung der Beschwerde gegen den besagten Einspracheentscheid der kantonalen IV-Stelle (Vorinstanz) aufgrund von Art. 33 Bst. i VGG zuständig.

**1.4** Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Einspracheentscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, sodass sie im Sinne von Art. 48 Abs. 1 VwVG (vgl. auch Art. 59 ATSG) beschwerdelegitimiert ist.

**1.5** Die Beschwerde wurde im Übrigen frist- und formgerecht eingereicht (Art. 60 ATSG und Art. 52 VwVG).

**1.6** Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

## **2.**

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

**2.2** Nach der Rechtsprechung stellt das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung einer Streitsache in der Regel auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Einspracheentscheides (hier: 21. Juli 2006) eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweis). Soweit die Beschwerdeführerin beschwerdeweise eine nach diesem Zeitpunkt eingetretene Verschlechterung des Gesundheitszustandes geltend macht (vgl. Beschwerde Ziff. 3), kann nicht auf diese Rüge eingetreten werden. Tatsachen, die den dem Einspracheentscheid zu Grunde liegenden Sachverhalt verändert haben,

sollen grundsätzlich Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung sein (BGE 121 V 362 E. 1b).

### **3.**

In materieller Hinsicht streitig ist der Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung.

**3.1** In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten (BGE 130 V 329). Für das vorliegende Verfahren ist deshalb das per 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts anwendbar. Die im ATSG enthaltenen Formulierungen der Arbeitsunfähigkeit, der Erwerbsunfähigkeit, der Invalidität und der Einkommensvergleichsmethode entsprechen den bisherigen von der Rechtsprechung dazu entwickelten Begriffen in der Invalidenversicherung. Demzufolge haben die von der Rechtsprechung dazu herausgebildeten Grundsätze unter der Herrschaft des ATSG weiterhin Geltung (BGE 130 V 343).

Gemäss Art. 2 ATSG sind die Bestimmungen dieses Gesetzes auf die bundesgesetzlich geregelten Sozialversicherungen anwendbar, wenn und soweit die einzelnen Sozialversicherungsgesetze es vorsehen. Nach Art. 1 IVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die Invalidenversicherung anwendbar (Art. 1a – 70), soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

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.

**3.2** Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG). Die Invalidität kann Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein (Art. 4 Abs. 1 IVG). Erwerbsunfähigkeit ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Ein-

gliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (Art. 7 ATSG, in der bis Ende 2007 gültigen Fassung). Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt (Art. 6 ATSG).

**3.3** Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG haben Versicherte Anspruch auf eine Viertelrente, wenn sie zu mindestens 40 Prozent invalid sind, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50 Prozent besteht ein Anspruch auf eine halbe Rente, bei mindestens 60 Prozent auf eine Dreiviertelrente und bei mindestens 70 Prozent auf eine ganze Rente. Laut Abs. 1<sup>ter</sup> dieser Norm werden Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50 Prozent entsprechen, jedoch nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben, soweit nicht völkerrechtliche Vereinbarungen eine abweichende Regelung vorsehen. Eine solche Ausnahme gilt seit dem 1. Juni 2002 für die Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz, sofern sie in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft Wohnsitz haben (siehe BGE 130 V 253 E. 2.3 und E. 3.1).

**3.4** Der Rentenanspruch entsteht gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG frühestens in dem Zeitpunkt, in dem die versicherte Person mindestens zu 40 Prozent bleibend erwerbsunfähig (Art. 7 ATSG) geworden ist (Bst. a) oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40 Prozent arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen war (Bst. b).

Anspruch auf eine ordentliche Rente haben gemäss Art. 36 Abs. 1 IVG die rentenberechtigten Versicherten, die bei Eintritt der Invalidität während mindestens eines vollen Jahres Beiträge an die schweizerische Sozialversicherung geleistet haben. Meldet sich ein Versicherter mehr als zwölf Monate nach Entstehen des Anspruchs an, so werden die Leistungen in Abweichung von Artikel 24 Absatz 1 ATSG lediglich für die zwölf der Anmeldung vorangehenden Monate ausgerichtet (Art. 48 Abs. 2 IVG).

**3.5** Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung (und im Beschwerdefall das Gericht) auf Unterlagen angewiesen, die ärztliche und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes oder der Ärztin ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten die versicherte Person arbeitsunfähig ist. Im Weiteren sind die ärztlichen Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen der versicherten Person noch zugemutet werden können (BGE 125 V 256 E. 4, BGE 115 V 133 E. 2; AHJ-Praxis 2002 S. 62 E. 4b/cc).

**3.6** Bei erwerbstätigen Versicherten ist der Invaliditätsgrad gemäss Art. 16 ATSG in Verbindung mit Art. 28 Abs. 2 IVG aufgrund eines Einkommensvergleichs zu bestimmen. Dazu wird das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (sogenanntes Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (sogenanntes Valideneinkommen). Der Einkommensvergleich hat in der Regel in der Weise zu erfolgen, dass die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen ziffernmässig möglichst genau ermittelt und einander gegenübergestellt werden, worauf sich aus der Einkommensdifferenz der Invaliditätsgrad bestimmen lässt (allgemeine Methode des Einkommensvergleichs; BGE 130 V 343 E. 3.4.2, BGE 128 V 29 E. 1).

Für den Einkommensvergleich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des (hypothetischen) Beginns des Rentenanspruchs massgebend, wobei Validen- und Invalideneinkommen auf zeitidentischer Grundlage zu erheben und allfällige rentenwirksame Änderungen der Vergleichseinkommen bis zum Verfügungserlass respektive bis zum Einspracheentscheid zu berücksichtigen sind (BGE 129 V 222 E. 4).

Insoweit die fraglichen Erwerbseinkommen 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. Unter den Erwerbstätigen gibt es aber auch Fälle, bei denen eine zuverlässige Ermittlung oder Schätzung der beiden hypothetischen Erwerbseinkommen nicht mög-

lich ist. Dies kann insbesondere bei Selbständigerwerbenden zutreffen. Das Bundesgericht (ehemals: Eidgenössisches Versicherungsgericht) hat verschiedentlich festgehalten, dass in solchen Fällen ein Betätigungsvergleich – in Anlehnung an die spezifische Methode für Nichterwerbstätige – vorzunehmen und der Invaliditätsgrad nach Massgabe der erwerblichen Auswirkung der verminderten Leistungsfähigkeit in der konkreten erwerblichen Situation zu ermitteln ist (ausserordentliches Bemessungsverfahren). Der grundsätzliche Unterschied des ausserordentlichen Bemessungsverfahrens zur spezifischen Methode besteht darin, dass die Invalidität nicht unmittelbar nach Massgabe des Betätigungsvergleichs als solchem bemessen wird. Vielmehr ist zunächst anhand des Betätigungsvergleichs die leidensbedingte Behinderung festzustellen; sodann aber ist diese im Hinblick auf ihre erwerbliche Auswirkung besonders zu gewichten. Eine bestimmte Einschränkung im funktionellen Leistungsvermögen einer erwerbstätigen Person kann zwar, muss aber nicht notwendigerweise eine Erwerbseinbusse gleichen Umfangs zur Folge haben. Wollte man bei Erwerbstätigen ausschliesslich auf das Ergebnis des Betätigungsvergleichs abstellen, so wäre der gesetzliche Grundsatz verletzt, wonach bei dieser Kategorie der Versicherten die Invalidität nach Massgabe der Erwerbsunfähigkeit zu bestimmen ist (vgl. Urteile des Bundesgerichts 9C\_324/2008 vom 6. Januar 2009 E. 2; I 463/02 vom 17. Februar 2003 E. 3.2; BGE 128 V 29E.1; Urteil I 69601 vom 4. April 2002 E. 1c; BGE 104 V).

#### **4.**

**4.1** Unbestritten sind vorliegend die durch die Ärzte erhobenen medizinischen Befunde, weshalb hierauf nicht weiter einzugehen ist. Die Beschwerdeführerin rügt in der Beschwerde, der Invaliditätsgrad sei von der Vorinstanz falsch festgelegt worden. Dieser betrage mindestens 50%, unter Berücksichtigung eines deutlich tieferen Invalideneinkommens und eines höheren Valideneinkommens (act. 1.1).

**4.2** Für die Ermittlung des Valideneinkommens ist entscheidend, was die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt des frühestmöglichen Rentenbeginns, im vorliegenden Fall am 1. Mai 2002 (Art. 29 Abs. 1 IVG), 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 Er-

fahrung entspricht, dass die bisherige Tätigkeit ohne Gesundheitsschaden fortgesetzt worden wäre (BGE 135 V 58 E. 3.1; BGE 129 V 222 E. 4.3.1 mit Hinweisen).

**4.2.1** Die Beschwerdeführerin war zuletzt als selbständig erwerbende Kosmetikerin mit eigenem Geschäft tätig. Für die Berechnung des Valideneinkommens ging die Vorinstanz vom Durchschnitt der Einkommen gemäss dem Individuellen Konto der AHV der Jahre 1991 – 1996 aus und rechnete diese unter Berücksichtigung der Teuerung auf das Jahr 2002 (massgebender Zeitpunkt) um. Die Einkommen der Jahre 1997 – 2001 (Unfalljahr) wurden hingegen nicht berücksichtigt, da sich der Umsatz am damaligen Standort des Geschäfts an der (Ortschaft) infolge Schliessung von umliegenden Geschäften verschlechtert gehabt habe. Das habe die Beschwerdeführerin veranlasst, ihr Geschäft im Jahre 2001 an die (Ortschaft) zu verlegen, wo dieses mit unveränderter Grösse und Struktur (Einzelbetrieb ohne Angestellte) betrieben worden und auch eine Vergrösserung nicht geplant gewesen sei. Dementsprechend wurde ein durchschnittliches Einkommen von Fr. 28'422.- ermittelt. Zudem habe sich die Beschwerdeführerin ein neues Lasergerät angeschafft, weil sie ihre Tätigkeit vermehrt in die Haarentfernung habe richten wollen, wodurch sie sich einen Gewinnzuwachs erhofft habe. Dieser wurde von der Vorinstanz in der Grössenordnung von 10% berücksichtigt. Das Valideneinkommen hatte die Vorinstanz somit insgesamt mit Fr. 31'264.- ermittelt. Dieses entspreche laut Vorinstanz denn auch ungefähr dem Betriebsgewinn gemäss Gewerbestatistik für den Bereich Kosmetik für einen Betrieb in der Grösse der Beschwerdeführerin, welcher mit Fr. 30'000.- verzeichnet sei. Da die Beschwerdeführerin zu 100% in ihrem Geschäft als Kosmetikerin erwerbstätig gewesen sei und den Haushalt nebenbei geführt habe, blieb die Tätigkeit als Hausfrau nicht berücksichtigt. Ebenso unberücksichtigt blieb die weitere Tätigkeit der Beschwerdeführerin als Tangolehrerin, da diese unentgeltlich und hobbymässig erfolgt sei.

**4.2.2** Die Beschwerdeführerin bestreitet diese Ermittlung des Valideneinkommens einzig insoweit, als sie geltend macht, sie hätte am neuen Standort an besserer Lage einen höheren Ertrag erwirtschaften können, wäre sie nicht invalid geworden, was die Vorinstanz nicht berücksichtigt habe. Diese Bestreitung wird von der Beschwerdeführerin aber in keiner Weise – weder individuell noch branchenbezogen – substantiiert. Entscheidend für die Bemessung

des Valideneinkommens ist, was die versicherte Person im massgebenden Zeitpunkt des Rentenbeginns nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunde tatsächlich verdienen würde und nicht, was sie bestenfalls verdienen könnte (BGE 135 V 58 E. 3.1, Urteil des Bundesgerichts I 705/05 vom 4. Januar 2007 E. 3.3.1). Da die Beschwerdeführerin die Tätigkeit am neuen Standort erst wenige Monate vor dem Unfall aufgenommen hatte, lässt sich die Auswirkung des Standortfaktors auf das Einkommen nicht hinreichend zuverlässig ermitteln. Damit erscheint die blossе Annahme der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin könne am neuen Standort mindestens das bisherige Einkommen (in den guten Geschäftsjahren) mit einem zusätzlichen Gewinn von 10% erzielen, zu Ungenau und berücksichtigt die voraussichtliche Entwicklung des Geschäfts ohne Eintritt der Invalidität nicht hinreichend.

**4.3** Bei der Bestimmung des Invalideneinkommens hat sich die Vorinstanz auf einen Tabellenlohn bei Unselbständigerwerbenden gemäss Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik (LSE) für das Jahr 2002, TA3, Sektor 3 Dienstleistungen 50-93, Anforderungsniveau 3, aufgerechnet auf 41.8 Wochenstunden, recte 41.7 Wochenstunden (gemäss Berechnungsblatt, act. IV 39 Seite 3), abgestützt, was für ein Vollpensum ein Einkommen von 58'712.-, recte Fr. 58'572.- (gemäss Berechnungsblatt, act. IV 39 Seite 3) ergibt. Bezogen auf das Pensum bzw. die verbleibende Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin von 50% und bei einem leidensbedingten Abzug von 15% ergibt dies ein Invalideneinkommen von Fr. 24'952.72 (vgl. angefochtener Einspracheentscheid E. 3c), recte Fr. 24'893 gemäss Berechnungsblatt (act. IV 39 Seite 3). Demgegenüber verlangt die Beschwerdeführerin die Heranziehung des effektiv erzielten Erwerbseinkommens. Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, die Beschwerdeführerin könne mit ihrer gesundheitlichen Einschränkung mehr verdienen als im angestammten Beruf. Daher sei ihr die Aufgabe der selbständigen Tätigkeit und die Aufnahme einer unselbständigen Verweistätigkeit in derselben Branche zuzumuten.

**4.3.1** Für die Bestimmung des trotz Gesundheitsschädigung zumutbarerweise noch realisierbaren Einkommens (Invalideneinkommen) ist primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher der Versicherte konkret steht. Übt er nach Eintritt der Invalidität eine Erwerbstätigkeit aus, bei der – kumulativ – besonders stabile Arbeitsverhältnisse gegeben sind und anzunehmen ist, dass er die ihm

verbleibende Arbeitsfähigkeit in zumutbarer Weise voll ausschöpfte, sowie das Einkommen aus der Arbeitsleistung als angemessen und nicht als Soziallohn erscheint, gilt grundsätzlich der von ihm tatsächlich erzielte Verdienst als Invalidenlohn (BGE 126 V 75 E. 3b/aa mit Hinweisen).

**4.3.2** Wie aus den Akten sowie den Darlegungen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz hervorgeht, hat die Beschwerdeführerin nach dem Unfall nach anfänglichen ärztlichen und therapeutischen Behandlungen ab dem 1. Mai 2001 ihre bisherige Tätigkeit als selbständig erwerbende Kosmetikerin mit eigenem Geschäft mit einer eingeschränkten Arbeitsfähigkeit von 50% wieder aufgenommen. Auch die anderen bisherigen Tätigkeiten als Hausfrau und als Tangolehrerin konnte die Beschwerdeführerin leidensbeschränkt, erstere mit einer Arbeitsunfähigkeit von 50%, wieder aufnehmen (vgl. Arztberichte Dr. med. L. \_\_\_\_\_ (Hausarzt) vom 25. Mai 2002 [act. IV 21 S. 24] sowie vom 2. Oktober 2001 [act. IV 21 S. 25]; Gutachten Prof. Dr. med. V. \_\_\_\_\_ vom 22. September 2003 [act. IV 21 S. 8]). Was die Erwerbstätigkeit im angestammten Bereich anbelangt, kommt der Gutachter Prof. Dr. med. V. \_\_\_\_\_ zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin grundsätzlich sämtliche Arbeiten als selbständige Kosmetikerin durchführen könne, wenn auch zeitlich reduziert. Es sei davon auszugehen, dass die ISG-Dysfunktionen (nicht als Unfallfolge betrachtet) weiter behandelbar seien, sodass daraus keine dauernde Einschränkung abgeleitet werden könne. Die Beeinträchtigungen seitens der zervikalen Schmerzen seien zu 25% zur gesamten Berufstätigkeit zu gewichten. Der Gutachter hält im Weiteren fest, der Beruf einer Kosmetikerin entspreche idealerweise den Tätigkeiten, welche die Beschwerdeführerin noch durchführen könne (leichte Wechselbelastungen, kein Heben von schweren Gegenständen usw.). Hingegen sei anzunehmen, dass beim Wechsel der Tätigkeiten in eine körperlich belastendere Arbeit die Beschwerden zunehmen würden. Die Beschwerdeführerin nutze in ihrem Beruf als Kosmetikerin ihre Ressourcen idealerweise aus, weshalb die Beurteilung nach anderen entsprechenden Tätigkeiten entfalle. Der Gutachter ergänzte mit Zusatzbericht vom 6. April 2004 seine Beurteilung dahingehend, dass von einer dauerhaften *unfall*bedingten Einschränkung der Arbeitsfähigkeit im Beruf als selbständige Kosmetikerin nunmehr von 15% (und nicht von 25%) auszugehen sei, weil das Tangotanzes im Vergleich zur Tätigkeit als Kosmetikerin als belastender einzustufen sei, weshalb die Tätigkeit als Tangolehrerin hinsichtlich der Einschränkung

der Arbeitsfähigkeit einkalkuliert werden müsse (act. IV 25). In seinem Verlaufsbericht vom 16. November 2004 (act. IV 32) bezeichnet der Hausarzt Dr. L.\_\_\_\_\_ den Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin als stationär bei einer unverminderten Arbeitsunfähigkeit von 50%. Der regionale ärztliche Dienst (RAD) führt in seiner Stellungnahme vom 12. Juli 2006 (wiedergegeben im Protokoll der IV-Stelle Luzern per 16. April 2010, Seite 5 [act. 9]) aus, während der Behandlungsphase habe die Einschränkung als Kosmetikerin sowie als Hausfrau 50% betragen. Unter Berücksichtigung der Tätigkeit als Tangolehrerin, welche belastender für den Nacken als Kosmetik sei, wäre bei reiner Kosmetiktätigkeit das zumutbare Pensum noch höher. So habe die Beschwerdeführerin bereits im Mai 2001 zu einem höheren Pensum als 50% gearbeitet. Daher könne die gesundheitsbedingte Einschränkung der Leistungsfähigkeit medizinisch-theoretisch auf 40% festgesetzt werden. Da die Beschwerdeführerin die Tätigkeit als Tangolehrerin auch nach dem Unfall unentgeltlich verrichtete, ist die Vorinstanz zu Recht von einer einkommensrelevanten Arbeitsunfähigkeit von 50% für die Tätigkeit als Kosmetikerin ausgegangen, was im Übrigen auch von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird.

**4.3.3** Dass die Beschwerdeführerin ihre verbleibende Arbeitsfähigkeit auch tatsächlich ausschöpfte, kann der Entwicklung ihres Einkommens aufgrund des aktenkundigen IK-Auszugs vom 19. April 2010 (act. 10) sowie der Jahresrechnung 2003 (act. IV 28) entnommen werden. So hatte die Beschwerdeführerin nach dem Unfall von 2001 bis zu ihrer Abreise ins Ausland im Jahr 2005 folgende Einkommen erzielt: Fr. 15'200.- (2002), Fr. 8'307.- (2003), Fr. 26'700.- (2004), Fr. 17'800.- (bis Juli 2005). Daraus geht hervor, dass das Einkommen in den Jahren 2002 und auch 2003 noch vom Aufbau des Geschäfts am neuen Standort geprägt war und in den nachfolgenden Jahren 2004 und 2005 (letzteres Jahr bei Umrechnung auf ein Jahreseinkommen von Fr. 30'541.-) kontinuierlich zunahm. Für den Einwand der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe schliesslich ihre selbständige Erwerbstätigkeit im angestammten Tätigkeitsbereich aufgegeben, weil ihr diese nicht länger zumutbar gewesen sei, lassen sich in den Akten keine Grundlagen finden. Vielmehr ergibt sich aufgrund dieser Feststellungen, dass die Beschwerdeführerin als Gesunde ihre selbständigerwerbende Tätigkeit vollzeitlich fortgesetzt hätte.

**4.3.4** Die Heranziehung eines Tabellenlohns für die Bestimmung des Invalideneinkommens erfolgte unter den gegebenen Umständen somit zu Unrecht, weshalb der Einwand der Beschwerdeführerin begründet ist.

**4.3.5** Die Beschwerdeführerin ist von einem Invalideneinkommen von Fr. 13'511.- ausgegangen. Dieses bezog sich zwar auf das Jahr 2002, in welchem der frühestmögliche Zeitpunkt des Rentenbeginns lag (vgl. vorne E. 4.2) und beruhte damit grundsätzlich auf zeitidentischer Grundlage wie das Valideneinkommen. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe gemäss Jahresrechnung 2002 einen effektiven Ertrag in dieser Höhe erwirtschaftet. Dabei lässt sie allerdings unberücksichtigt, dass die Heranziehung von Geschäftsergebnissen bei Selbständigerwerbenden zuverlässige Schlüsse über die invaliditätsbedingte Einbusse im Allgemeinen nicht zulassen, ausser dort, wo mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann, dass Geschäftsergebnisse durch invaliditätsfremde Faktoren beeinflusst worden sind (Urteil des Bundesgerichts I 463/02 vom 17. Februar 2003, E. 3.2). Die Beschwerdeführerin vermag nicht darzutun, dass solche invaliditätsfremde Faktoren mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden können. Ausserdem lässt sie die genannte Einkommensentwicklung unberücksichtigt. Die Heranziehung einzig des Geschäftsergebnisses 2002 für die Bestimmung des Invalideneinkommens fällt daher ausser Betracht.

## **5.**

**5.1** Wie sich die mit 50 % festgelegte restliche Arbeitsfähigkeit auf das Invalideneinkommen auswirkt, ist nach der ausserordentlichen Bemessungsmethode zu ermitteln. Zur Bestimmung des Einkommens, welches die Beschwerdeführerin in ihrer bisherigen Tätigkeit als Kosmetikerin mit eigenem Geschäft noch erzielen könnte, hat die Vorinstanz keine diesbezüglichen Erhebungen getroffen. Auch finden sich in den Akten keine Angaben, welche einen Betätigungsvergleich zur Feststellung der leidensbedingten Behinderung zulassen und ebensowenig solche, die eine erwerbliche Gewichtung der einzelnen Einschränkungen ermöglichen würden (vgl. Kreisschreiben über die Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung [KSIH] Rz 3103 ff.).

**5.2** Die Sache ist daher in Aufhebung der angefochtenen Verfügung der Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie den Invaliditätsgrad nach der

ausserordentlichen Bemessungsmethode ermittle und in der Sache neu entscheide. Dabei hat sie die vorhandenen Arztberichte zu überprüfen und, sofern notwendig, aktualisieren zu lassen.

Die Beschwerde ist aus diesen Gründen teilweise gutzuheissen.

## **6.**

**6.1** In Anwendung von Art. 63 VwVG und Art. 6 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) wird auf die Erhebung von Verfahrenskosten verzichtet.

**6.2** Die teilweise obsiegende und anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) Anspruch auf eine Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz. Diese wird auf Fr. 1'250.- festgesetzt.

Für Leistungen, die von in der Schweiz ansässigen Anwälten für im Ausland wohnende Personen erbracht werden, ist keine Mehrwertsteuer geschuldet (Art. 5 Bst. b i.V.m. Art. 14 Abs. 3 Bst. c des Bundesgesetzes vom 2. September 1999 über die Mehrwertsteuer [Mehrwertsteuergesetz, MWSTG, SR 641.20], weshalb diese gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE nicht entschädigt wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 22. Mai 2003 [I 30/03] E. 6; SVR 2003 IV Nr. 32).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die Verfügung der Vorinstanz (Einspracheentscheid) vom 21. Juli 2006 aufgehoben.

**2.**

Die Sache wird an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit sie im Sinne der Erwägungen (E. 5.2) über den Leistungsanspruch neu entscheide.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**4.**

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 1'250.- zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. \_\_\_\_\_)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Beat Weber

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, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind.

Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: