



---

Abteilung III  
C-4134/2008

## Urteil vom 3. Januar 2011

---

Besetzung

Richterin Franziska Schneider (Vorsitz),  
Richter Michael Peterli, Richter Stefan Mesmer,  
Gerichtsschreiberin Sabine Uhlmann.

---

Parteien

X. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Advokatin Dr. iur. Sabine Asprion Stöcklin,  
Advokatur und Mediation im Gundeldinger Feld,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**IV-Stelle für Versicherte im Ausland IVSTA,**  
Vorinstanz

---

Gegenstand

Invalidenrente, Verfügung vom 16. Mai 2008.

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

Die am \_\_\_\_\_ geborene X. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführerin), deutsche Staatsangehörige, gelernte Industriekauffrau, war von 1971 bis 2004 (mit Unterbrüchen) in der Schweiz als Grenzgängerin erwerbstätig (in Teilzeitanstellung und als Selbstständigerwerbende) und hat dabei Beiträge an die Schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung entrichtet (vgl. act. 10). Zuletzt arbeitete sie als kaufmännische Angestellte in Teilzeitanstellung zu 60% bei der F. \_\_\_\_\_ AG in B. \_\_\_\_\_ (per 31. Oktober 2006 wurde ihr gekündigt); daneben war sie selbstständige Geschäftsführerin (act. 32). Mit Gesuch vom 4. Februar 2005 meldete sie sich bei der IV-Stelle Basel-Stadt (eingegangen am 8. Februar 2005) zum Bezug von IV-Leistungen in Form von besonderen medizinischen Eingliederungsmassnahmen. Sie gab an, an beiden Augen an grauem Star zu leiden (act. 1).

Nachdem die IV-Stelle Basel-Stadt zur Prüfung des Leistungsgesuches diverse Unterlagen zu den Akten genommen hatte, erteilte die IV-Stelle für Versicherte im Ausland (nachfolgend: IV-Stelle) gestützt auf den Beschluss der IV-Stelle Basel-Stadt vom 18. März 2005 mit Verfügung vom 23. März 2005 die Kostengutsprache für die Staroperation beidseitig sowie die Nachbehandlung für vier Monate ab 2. März 2005 (act. 12, 15). Mit Verfügungen vom 4. Mai 2005 wurde der Beschwerdeführerin vom 2. bis 9. März 2005 und vom 6. bis 13. April 2005 Taggelder zugesprochen (act. 16). Im Mai 2005 erlitt sie eine Subarachnoidalblutung Hunt & Hess IIa bei einem Aneurysma der A. cerebri media links und Zweitaneurysma der A. cerebri anterior.

**B.**

Mit formlosem Schreiben vom 26. Mai 2006 reichte die Beschwerdeführerin einen Antrag zum Bezug einer Invalidenrente bei der IV-Stelle Basel-Stadt ein (eingegangen am 30. Mai 2006). Sie machte geltend, aufgrund verschiedener gesundheitlicher Beschwerden nicht mehr in der Lage zu sein, ihren Beruf auszuüben (act. 20).

Zur Prüfung des Leistungsgesuchs nahm die IV-Stelle Basel-Stadt insbesondere folgende Unterlagen zu den Akten:

– nicht ausgefülltes Formular Arztbericht für Erwachsene – mit Verweis auf das Protokoll vom 8. Juni 2006 (act. 22);

- Formular Fragebogen für Arbeitgeber, datiert vom 13. Juni 2006 (act. 23);
- Formular Arztbericht für Erwachsene, ausgefüllt von Dr. H.\_\_\_\_\_, datiert vom 29. Juni 2006 (act. 28);
- Meldung Steuerverwaltung vom 8. Juni 2006 (act. 30);
- Bilanz- und Erfolgsrechnungen der letzten fünf Jahre sowie letzte AHV-Verfügung (act. 31);
- Formular Abklärungsbericht Selbständigerwerbende vom 7. August 2007 (act. 35);
- Arztberichte von Prof. Dr. G.\_\_\_\_\_, Universitätsspital B.\_\_\_\_\_, Neurochirurgie, vom 28. Juni 2005, 25. August 2005 und 4. Mai 2006 (act. 37, S. 11 und S. 5-6, act. 45, S. 17);
- Arztberichte von Prof. Dr. S.\_\_\_\_\_, Universitätsspital B.\_\_\_\_\_, Neurologische Klinik, vom 12. September 2005, 21. Februar 2006, 20. August 2007 und 3. Dezember 2007 (act. 37, S. 7-10, act. 45, S. 12-13, act. 45, S. 1-5);
- Formular Arztbericht für Erwachsene, ausgefüllt von Prof. Dr. M.\_\_\_\_\_, Neurochirurgie, datiert vom 21. Mai 2007 (act. 37, S. 1-4);
- undatierter neuropsychologischer Bericht, unterzeichnet von Dr. phil. A.\_\_\_\_\_, Fachpsychologe für Neuropsychologie FSP und Dr. med. C.\_\_\_\_\_, Stv. Chefarzt (act. 39, S. 8-9);
- Psychologischer Kurzbericht von Dr. phil. D.\_\_\_\_\_, Psychotherapeut, vom 19. Juli 2005 (act. 39, S. 7);
- Arztbericht vom 16. August 2005 von Dr. med. C.\_\_\_\_\_, und med. pract. E.\_\_\_\_\_, (act. 39, act. 2-6);
- Arztbericht von Prof. Dr. I.\_\_\_\_\_, Universitätsspital B.\_\_\_\_\_, medizinische Poliklinik, vom 1. Februar 2006 (act. 45, S. 14-16);
- Neuropsychologisches Fachgutachten vom 8. November 2007, unterzeichnet von Prof. Dr. phil. J.\_\_\_\_\_, Leiter L.\_\_\_\_\_, Clinic und K.\_\_\_\_\_, Fachpsychologe für Neuropsychologie FSP (act. 45, S. 6-11).

Mit Vorbescheid vom 15. Januar 2008 wurde der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass sie bei einem ermittelten Invaliditätsgrad von 100% ab 1. Mai 2006 Anspruch auf eine ganze Rente und ab 1. September 2007 bei einem Invaliditätsgrad von 20% keinen Rentenanspruch mehr habe (act. 46).

Mit Eingabe vom 28. Januar 2008 teilte die Beschwerdeführerin mit, dass sie mit dem Vorbescheid nicht einverstanden sei. Die von der IV-Stelle festgestellte Arbeitsfähigkeit von 80% entspreche nicht der Realität (act. 48). Mit weiterer Eingabe vom 14. März 2008, vertreten durch Rechtsanwältin S. Aspion Stöcklin, führte die Beschwerdeführerin aus, bei der Ermittlung des Invaliditätsgrades sei die IV-Stelle von einem falschen Valideneinkommen ausgegangen. Zudem habe sich der Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin nicht verbessert. Ausserdem kündigte sie die Einreichung weiterer ärztlichen Unterlagen an (act. 53, S. 1-2).

### **C.**

Gestützt auf den Beschluss der IV-Stelle Basel-Stadt vom 25. März 2008 erliess die IV-Stelle die Verfügung vom 16. Mai 2008, mit welcher der Beschwerdeführerin vom 1. Mai 2006 bis 31. August 2007 eine befristete ganze Rente zugesprochen wurde (act. 55, act. 59).

Am 29. Mai 2006 reichte die Beschwerdeführerin den psychologischen Abklärungsbericht der Reha Klinik, R.\_\_\_\_\_, unterzeichnet von Prof. Dr. M.\_\_\_\_\_, und Dr. phil N.\_\_\_\_\_, vom 27. Mai 2008 ein (act. 60, S. 3-6).

Mit Schreiben vom 6. Juni 2008 hielt die IV-Stelle Basel-Stadt an ihrer Verfügung vom 16. Mai 2008 fest, der Abklärungsbericht nehme lediglich eine andersartige Wertung eines gleichbleibenden Befundes vor (act. 61).

### **D.**

Mit Eingabe vom 19. Juni 2008 liess die Beschwerdeführerin, wiederum vertreten durch Rechtsanwältin S. Aspion Stöcklin, Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht einreichen. Sie beantragte die Aufhebung der Verfügung, die Ausrichtung einer ganzen Rente und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Bemessung des Invaliditätsgrades. Eventualiter sei die Sache zur ergänzenden Abklärung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie machte geltend, die Vorinstanz habe ihre Verfügung ohne nähere Begründung, insbesondere gestützt auf den Bericht der

neurologisch-neuropsychologischen Poliklinik, erlassen, wonach keine massgebliche Einschränkung der Arbeitsfähigkeit vorliege, obwohl die Rehaklinik R.\_\_\_\_\_ eine 40%-ige Arbeitsunfähigkeit festgestellt habe. Bei dieser Sachlage wäre die IV-Stelle jedoch verpflichtet gewesen, ein Obergutachten erstellen zu lassen. Betreffend Umfang der Arbeitsfähigkeit sei nicht nachvollziehbar, weshalb der Bericht der Poliklinik einerseits von einer zumutbaren Arbeitsfähigkeit von 3 Stunden täglich ausgehe, andererseits daraus schliesse, dass damit ein Arbeitspensum von 80% erreicht werden könne. 3 Stunden am Tag entsprächen einem Pensum von 35%, woraus ein Invalideneinkommen von Fr. 9'909.-- resp. ein Invaliditätsgrad von 65% resultiere. Insgesamt sei der Sachverhalt in dieser Hinsicht ungenügend abgeklärt, weshalb die Sache an die Vorinstanz zur weiteren Abklärung zurückzuweisen sei. Des Weiteren monierte die Beschwerdeführerin, das Valideneinkommen sei nicht korrekt ermittelt worden. Es werde fälschlicherweise von einem Valideneinkommen von Fr. 28'000.-- ausgegangen, anstelle von einem solchen von Fr. 40'000.--, wie der Arbeitgeberbescheinigung der F.\_\_\_\_\_ AG entnommen werden könne, wonach der AHV-pflichtige Gesamtverdienst in den Jahren 2003 bis 2005 stets über Fr. 40'000.-- betragen habe (BVGer act. 1).

#### **E.**

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 14. August 2008 mit Verweis auf die Stellungnahme der IV-Stelle der Basel-Stadt vom 8. August 2008 die Abweisung der Beschwerde und Bestätigung der angefochtenen Verfügung. Diese hielt an der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit durch die L.\_\_\_\_\_ Clinic fest, wonach von einer 80%-igen Arbeitsfähigkeit in einer Verweisungstätigkeit auszugehen sei. Dr. N.\_\_\_\_\_, Reha-Klinik R.\_\_\_\_\_, hingegen spreche in seinem Bericht vom 27. Mai 2008 von einer 40%-igen Arbeitsfähigkeit. Diesbezüglich mache er jedoch widersprüchliche Angaben, einerseits gebe er an, der Gesundheitszustand habe sich seit 2005 nicht grundsätzlich verändert, andererseits erkläre er, dass die Befunde mit der Beurteilung des Berichts der L.\_\_\_\_\_ Clinic (vgl. act. 46) übereinstimmten. Offensichtlich handle es sich bei der Einschätzung durch Dr. N.\_\_\_\_\_ um eine andere Beurteilung der Arbeitsfähigkeit bei an sich übereinstimmendem medizinischem Sachverhalt. Betreffend Invaliditätsberechnung sei festzuhalten, dass auf den Abklärungsbericht Selbstständigerwerbende vom 11. Mai 2007 und auf die Angaben der Steuerverwaltung vom 8. Juni 2006 abgestellt worden sei. Das Einkommen umfasse dabei sowohl Erwerbseinkommen aus der

Teilzeittätigkeit als auch als Selbständigerwerbende. Gemäss den Berichten des Arbeitgebers vom 18. Februar 2005 und 13. Juni 2006 fänden sich jedoch widersprüchliche Angaben für das Jahr 2004. Im Bericht vom 18. Februar 2005 sei ein Einkommen von Fr. 28'900.-- angegeben und in demjenigen vom 13. Juni 2006 ein solches von Fr. 40'600.--. Gemäss Rückfrage beim Arbeitgeber sei diese Diskrepanz mit dem als Selbständigerwerbende erzielten Einkommen von monatlich Fr. 900.-- zu erklären, das separat verbucht worden sei. Massgebend für die Erhebung des Valideneinkommens sowohl bei Unselbständigerwerbenden als auch bei Selbständigerwerbenden seien jedoch die gegenüber der Sozialversicherung abgerechneten Einkommen. Gemäss IK-Auszug seien diese vorliegend nur beschränkt vorhanden. Wenn ein Versicherter nur geringe Einkommen bei der Sozialversicherung deklariert habe, müsse er sich bei der Ermittlung des Valideneinkommens darauf behaften lassen. Somit sei von einem Valideneinkommen von Fr. 28'311.-- und einem Invalideneinkommen von Fr. 22'649.-- auszugehen, was einen Invaliditätsgrad von 20% ergebe (BVGer act. 3).

#### **F.**

Mit Zwischenverfügung vom 20. August 2008 wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, einen Kostenvorschuss von Fr. 400.-- bis zum 22. Oktober 2008 zu leisten. Dieser ging am 16. Oktober 2008 ein (BVGer act. 4/6).

#### **G.**

Mit Replik vom 22. Oktober 2008 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest. Des Weiteren monierte sie, dass betreffend Valideneinkommen die IV-Stelle nur den Lohn berücksichtige, den sie aus ihrer 60%-igen Anstellung erzielt habe, und nicht auch die Arbeitsfähigkeit als Selbständigerwerbende miteinbeziehe. Die Tatsache, dass sie sich keinen Lohn ausbezahlt habe, bedeute nicht, dass sie keinen hätte erzielen können. Insofern sei das Valideneinkommen unzutreffend ermittelt worden. Ebenso habe die Vorinstanz den Invaliditätsgrad mittels allgemeiner Methode ermittelt, anstatt mit der gemischten Methode resp. über den erwerblich gewichteten Betätigungsvergleich. Ausserdem liess die Beschwerdeführerin einen leidensbedingten Abzug aufgrund ihres Alters, der Teilzeitanstellung und ihrer Nationalität beantragen (BVGer act. 7).

**H.**

Mit Verweis auf die Stellungnahme der IV-Stelle Basel-Stadt vom 17. November 2008 beantragte die Vorinstanz mit Duplik vom 20. November 2008 weiterhin die Abweisung der Beschwerde und Bestätigung der angefochtenen Verfügung. Die IV-Stelle Basel-Stadt verwies zur Begründung im Wesentlichen auf die bereits im Rahmen der angefochtenen Verfügung und mit der Vernehmlassung gemachten Ausführungen (BVGer act. 9).

**I.**

Mit Verfügung vom 1. Dezember 2008 wurde der Schriftenwechsel abgeschlossen (BVGer act. 10).

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

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

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf die Beschwerde einzutreten ist (BVGE 2007/6 E.1 mit Hinweisen).

**1.1.** Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 16. Mai 2008 stellt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG zuständig, sofern kein Ausnahmetatbestand erfüllt ist (Art. 31 und Art. 32 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32]). Letzteres ist vorliegend nicht der Fall. Zulässig sind Beschwerden gegen Verfügungen von Vorinstanzen gemäss Art. 33 VGG. Die IV-Stelle für Versicherte im Ausland ist eine Vorinstanz im Sinn von Art. 33 Bst. d VGG (vgl. auch Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung [IVG, SR 831.20]). Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

**1.2.** Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat an deren Aufhebung oder Änderung ein

schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Abs. 1 VwVG; vgl. auch Art. 59 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG, SR 830.1]). Sie ist daher zur Beschwerde legitimiert.

**1.3.** Die Beschwerde wurde im Übrigen frist- und formgerecht (Art. 60 Abs. 1 ATSG und Art. 52 Abs. 1 VwVG) eingereicht und der erhobene Kostenvorschuss fristgerecht einbezahlt, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist.

## **2.**

Streitig und zu prüfen ist vorliegend, ob die Vorinstanz der Beschwerdeführerin zu Recht eine befristete Rente vom 1. Mai 2006 bis zum 31. August 2007 zugesprochen hat, oder ob die Beschwerdeführerin auch nach dem 31. August 2007 Anspruch auf eine Rente hat. Insbesondere wird von der Beschwerdeführerin die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit in Verweisungstätigkeiten sowie die Bemessung des Invaliditätsgrades gerügt.

**2.1.** Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich Über- bzw. Unterschreitung oder Missbrauch des Ermessens), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (Art. 49 VwVG).

**2.2.** Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 212, vgl. BGE 128 II 145 E. 1.2.2, BGE 127 II 264 E. 1b).

## **3.**

Nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2), unter Vorbehalt der spezialgesetzlichen Übergangsbestimmungen.

Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt. Das VwVG findet aufgrund von Art. 3 Bst. d<sup>bis</sup> VwVG jedoch keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das ATSG anwendbar ist. Nach Art. 2 des ATSG sind die Bestimmungen des ATSG anwendbar, soweit die einzelnen Sozialversicherungsgesetze des Bundes dies vorsehen. Nach Art. 1 Abs. 1 IVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die Invalidenversicherung (Art. 1a-26<sup>bis</sup> und 28-70) anwendbar, soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

**3.1.** In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei Erlass der angefochtenen Verfügung vom 16. Mai 2008 in Kraft standen, weiter aber auch solche, die zu jenem Zeitpunkt bereits ausser Kraft getreten waren, die aber für die Beurteilung eines allenfalls früher entstandenen Leistungsanspruchs von Belang sind (BGE 134 V 315 E. 1.2, BGE 130 V 329 E. 2.3).

**3.1.1.** Die Beschwerdeführerin ist deutsche Staatsangehörige und hat dort ihren Wohnsitz, so dass vorliegend die folgenden Erlasse anwendbar sind: das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Freizügigkeitsabkommen, nachfolgend FZA, SR 0.142.112.681), die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (nachfolgend: Verordnung [EWG] Nr. 1408/71; SR 0.831.109.268.1) sowie die Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (nachfolgend: Verordnung [EWG] Nr. 574/72; SR 0.831.109.268.11) (vgl. Art. 80a IVG). Das Freizügigkeitsabkommen setzt die verschiedenen bis dahin geltenden bilateralen Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union insoweit aus, als darin derselbe Sachbereich geregelt wird (Art. 20 FZA).

Soweit dieses Abkommen, insbesondere dessen Anhang II, der die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit regelt (Art. 8 FZA), und dessen Ausführungserlasse keine abweichenden Bestimmungen

vorsehen, ist mangels einer einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen bzw. abkommensrechtlichen Regelung die Ausgestaltung des Verfahrens sowie die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen einer schweizerischen Invalidenrente grundsätzlich Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung (BGE 130 V 253 E. 2.4). Daraus folgt, dass die Verwaltung und im Beschwerdefall das Gericht den Leistungsanspruch des Beschwerdeführers gemäss Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 grundsätzlich nach den für schweizerische Staatsangehörige geltenden Regeln zu beurteilen haben.

**3.1.2.** Ferner sind im vorliegenden Verfahren die Bestimmungen des ATSG in der Fassung vom 6. Oktober 2006 sowie der zugehörigen Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV, SR 830.11) in der Fassung vom 28. September 2007 (5. IVG-Revision, AS 2007 5129 bzw. AS 2007 5155, in Kraft seit 1. Januar 2008) anwendbar. Für die Prüfung des Leistungsanspruchs vor dem 31. Dezember 2007 sind das ATSG in der Fassung vom 6. Oktober 2000 sowie die Verordnung in der Fassung vom 11. September 2002 anwendbar (vgl. auch UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich Basel Genf 2009, Art. 82 Rz. 5).

Das IVG ist grundsätzlich in der Fassung vom 6. Oktober 2006, in Kraft seit dem 1. Januar 2008 anwendbar (5. IV-Revision, AS 2007 5129), bzw. pro rata temporis vom 1. Januar 2004 bis 31. Dezember 2007 in der Fassung vom 21. März 2003 (4. IVG-Revision, AS 2003 3837); ferner seit dem 1. Januar 2008 die zugehörige Verordnung in der Fassung vom 28. September 2007 (5. IV-Revision, AS 2007 5155) bzw. vom 1. Januar 2004 bis 31. Dezember 2007 in der Fassung vom 21. Mai 2003 (4. IV-Revision, AS 2003 3859).

Bezüglich der vorliegend auf Grund von Art. 2 ATSG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 IVG zu berücksichtigenden ATSG-Normen zur Arbeitsunfähigkeit (Art. 6), Erwerbsunfähigkeit (Art. 7), Invalidität (Art. 8) und zur Bestimmung des Invaliditätsgrades (Art. 16) sowie zur Revision der Invalidenrente und anderer Dauerleistungen (Art. 17) hat das Schweizerische Bundesgericht (vormals: Eidgenössisches Versicherungsgericht) erkannt, dass es sich bei den in Art. 3-13 ATSG enthaltenen Legaldefinitionen in aller Regel um eine formellgesetzliche Fassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den entsprechenden Begriffen vor Inkrafttreten des ATSG handelt und sich inhaltlich damit

keine Änderung ergibt, weshalb die hierzu entwickelte Rechtsprechung übernommen und weitergeführt werden kann (vgl. BGE 130 V 343 E. 3).

#### 4.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind für die Bestimmungen des rechtserheblichen Sachverhalts im Beschwerdeverfahren grundsätzlich die tatsächlichen Verhältnisse zur Zeit des Erlasses der angefochtenen Verfügung massgebend (hier: 16. Mai 2008; vgl. auch BGE 132 V 368 E. 6.1 mit Hinweisen, vgl. auch THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage, Bern 2003, S. 489 Rz. 20).

Sachverhaltsänderungen, die nach dem massgebenden Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Entscheides eingetreten sind, können im vorliegenden Beschwerdeverfahren daher grundsätzlich nicht berücksichtigt werden. Allerdings können Tatsachen, die den Sachverhalt seither verändert haben, unter Umständen Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung bilden (BGE 121 V 362 E. 1b mit weiteren Hinweisen).

#### 5.

Gemäss Art. 40 Abs. 2 IVV ist bei Grenzgängern die IV-Stelle, in deren Tätigkeitsbereich der Grenzgänger eine Erwerbstätigkeit ausübt, zur Entgegennahme und Prüfung der Anmeldung zuständig. Dies gilt auch für ehemalige Grenzgänger, sofern sie bei der Anmeldung ihren ordentlichen Wohnsitz noch in der benachbarten Grenzzone haben und der Gesundheitszustand auf die Zeit ihrer Tätigkeit als Grenzgänger zurückgeht. Die Verfügungen werden von der IV-Stelle für Versicherte im Ausland erlassen. Gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung bleibt die einmal begründete Zuständigkeit der IV-Stelle im Verlaufe des Verfahrens erhalten.

Die Beschwerdeführerin übte zur Zeit der Einreichung der Anmeldung als Grenzgängerin eine Erwerbstätigkeit im Tätigkeitsbereich der IV-Stelle Basel-Stadt aus und hatte ihren Wohnsitz im Zeitpunkt der Anmeldung in der benachbarten Grenzzone. Somit war die IV-Stelle Basel-Stadt zuständig für die Entgegennahme und Prüfung des Leistungsgesuches und die IV-Stelle für Versicherte im Ausland zum Erlass der angefochtenen Verfügung.

**6.**

Anspruch auf eine Rente der schweizerischen Invalidenversicherung hat, wer invalid im Sinne des Gesetzes ist (Art. 8 ATSG) und bei Eintritt der Invalidität während der vom Gesetz vorgesehenen Dauer Beiträge an die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV) geleistet hat; d.h. während mindestens eines vollen Jahres gemäss Art. 36 Abs. 1 IVG in der bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen und während mindestens drei Jahren gemäss Art. 36 Abs. 1 IVG in der ab 1. Januar 2008 geltenden Fassung. Diese Bedingungen müssen kumulativ gegeben sein; fehlt eine, so entsteht kein Rentenanspruch.

Die Beschwerdeführerin hat unbestrittenermassen während mehr als eines Jahres, aber auch während mehr als drei Jahren Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung geleistet, so dass die Voraussetzung der Mindestbeitragsdauer für den Anspruch auf eine ordentliche Invalidenrente erfüllt ist (vgl. act. 10, S. 2-5).

**7.**

Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG (in der von 2004 bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung) besteht der Anspruch auf eine ganze Rente, wenn die versicherte Person mindestens 70%, derjenige auf eine Dreiviertelsrente, wenn sie mindestens 60% invalid ist. Bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50% besteht Anspruch auf eine halbe Rente und bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40% ein solcher auf eine Viertelsrente. Hieran hat die 5. IV-Revision nichts geändert (Art. 28 Abs. 2 IVG in der ab 1. Januar 2008 geltenden Fassung).

Gemäss Art. 28 Abs. 1<sup>ter</sup> IVG (in der von 2004 bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung) bzw. Art. 29 Abs. 4 IVG (in der ab 1. Januar 2008 geltenden Fassung) werden jedoch Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50% entsprechen, nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt diese Regelung nicht eine blosse Auszahlungsvorschrift, sondern eine besondere Anspruchsvoraussetzung dar (BGE 121 V 275 E. 6c). Eine Ausnahme von diesem Prinzip gilt ab 1. Juni 2002 für Schweizer Bürgerinnen und Bürger sowie Angehörige von Mitgliedstaaten der Europäischen Union, welche Anspruch auf Viertelsrenten haben, wenn sie in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union Wohnsitz haben. Dies trifft auf den Beschwerdeführer zu.

**7.1.** Gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG (in der von 2004 bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung) entsteht der Rentenanspruch frühestens in dem Zeitpunkt, in dem die versicherte Person mindestens zu 40% bleibend erwerbsunfähig (Art. 7 ATSG) geworden ist (Bst. a) oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40% arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen war (Bst. b).

Eine bleibende Erwerbsunfähigkeit besteht vorliegend nicht. Es handelt sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vielmehr um ein labiles Krankheitsgeschehen, welches frühestens nach Ablauf der gesamten gesetzlichen Wartezeit einen allfälligen Rentenanspruch begründen kann (Urteil des Bundesgerichts [BGer] I 163/2005 vom 30. Mai 2005, BGE 119 V 98 E. 4a).

**7.2.** Nach dem ATSG in Verbindung mit dem IVG ist der Begriff "Invalidität" nicht nach medizinischen Kriterien definiert, sondern nach der Unfähigkeit, Erwerbseinkommen zu erzielen (BGE 132 V 93 E. 4, BGE 110 V 273 E. 4a, BGE 102 V 165) oder sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen. Dabei sind die Erwerbs- bzw. Arbeitsmöglichkeiten nicht nur im angestammten Beruf bzw. in der bisherigen Tätigkeit, sondern auch in zumutbaren Verweisungstätigkeiten zu prüfen.

Nach Art. 8 Abs. 1 ATSG (sowohl in der Fassung vom 6. Oktober 2000, in Kraft vom 1. Januar 2003 bis 31. Dezember 2007 als auch in der Fassung vom 6. Oktober 2006, in Kraft seit 1. Januar 2008) ist die Invalidität die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit. Art. 4 IVG führt dazu aus, dass die Invalidität Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein kann; nach Abs. 2 dieser Norm gilt die Invalidität als eingetreten, sobald sie die für die Begründung des Anspruchs auf die jeweilige Leistung erforderliche Art und Schwere erreicht hat.

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, Fassung vom 6. Oktober 2000, in Kraft vom 1. Januar 2003 bis 31. Dezember 2007). Mit der 5. IV-Revision hält Art. 7 Abs. 2 ATSG neu fest, dass für die Beurteilung des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen

Beeinträchtigung zu berücksichtigen sind. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt zudem nur vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist. Mit dieser neuen Regelung beabsichtigte der Gesetzgeber, dass eine Rente erst dann gesprochen wird, wenn die versicherte Person alle zumutbaren Schritte zur Vermeidung oder Verringerung der Invalidität vorgenommen hat (BBI 2005 4531).

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).

**7.3.** 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 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 273 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-Praxis 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 2009 IV Nr. 8, S. 17, E. 3c; SVR 1996 IV Nr. 70 S. 204 E. 3c, ZAK 1989 S. 322 E. 4).

Zu bemerken ist, dass aufgrund des im gesamten Sozialversicherungsrecht geltenden Grundsatzes der Schadenminderungspflicht ein in seinem bisherigen Tätigkeitsbereich dauernd arbeitsunfähiger Versicherter gehalten ist, innert nützlicher Frist Arbeit in einem anderen Berufs- oder Erwerbszweig zu suchen und anzunehmen, soweit sie möglich und zumutbar erscheint (BGE 133 V 504 E. 4, 113 V 22 E. 4a, 111 V 235 E. 2a). Deshalb ist es am behandelnden Arzt bzw. am Vertrauensarzt einer IV-Stelle zu entscheiden, in welchem Ausmass ein Versicherter seine verbliebene Arbeitsfähigkeit bei zumutbarer Tätigkeit und zumutbarem Einsatz auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt verwerten kann. Diese sogenannte Verweisungstätigkeit 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.

## 8.

Den im vorliegenden Beschwerdeverfahren relevanten medizinischen Unterlagen ist Folgendes zu entnehmen:

Prof. Dr. G.\_\_\_\_\_ stellte im ärztlichen Kurzbericht vom 4. Mai 2006 im Wesentlichen fest, die Berufsfähigkeit sei nicht gegeben, da die Beschwerdeführerin aufgrund von Störungen der Konzentration und Merkfähigkeit den beruflich gestellten Anforderungen nicht mehr gerecht werde (act. 45, S.17).

Prof. Dr. M.\_\_\_\_\_, Neurochirurg, bescheinigte in seinem Arztbericht vom 21. Mai 2007 mit Wirkung ab 3. Mai 2006 eine 100%-ige Arbeitsfähigkeit (act. 37, S. 1-4).

Um die Arbeitsfähigkeit zu beurteilen, wurde die Beschwerdeführerin im Auftrag von Prof. Dr. med. S.\_\_\_\_\_ von Prof. Dr. phil. J.\_\_\_\_\_, Leiter L.\_\_\_\_\_ Clinic – NPZ, und lic. phil K.\_\_\_\_\_, Fachpsychologe für Neuropsychologie FSP, neuropsychologisch abgeklärt. Dem neuropsychologischen Fachgutachten vom 8. November 2007 sind die Diagnosen Subarachnoidalblutung Hunt & Hess IIa, Fisher 3 bei

Aneurysma der A. cerebri media links und Zweitaneurysma der A. cerebri anterior links (Clipping des Aneurysma der A. cerebri media am 27. Mai 2005 und Revision/Kraniotomie und Clipping des Aneurysma der A. cerebri anterior rechts am 30. Mai 2005) zu entnehmen. Die Beschwerdeführerin sei bei einer leichten neuropsychischen Störung in einer einfachen und klar strukturierten Verweisungstätigkeiten zu 80% arbeitsfähig. In den angestammten beruflichen Tätigkeiten als selbständige Geschäftsführerin und als angestellte Leiterin eines Sekretariats bestehe volle Arbeitsunfähigkeit. Eine weitere alltagsrelevante Verbesserung der Symptomatik sei nicht auszuschliessen. Hingegen sei ein Erreichen des früheren beruflichen Leistungsniveaus nicht mehr zu erwarten (act. 45, S. 6-11).

Prof. Dr. med. S.\_\_\_\_\_, neurologisch-neuropsychologische Poliklinik Universitätsspital B.\_\_\_\_\_, nannte im neurologisch-neurochirurgischen Bericht vom 3. Dezember 2007 mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit ebenfalls die Diagnosen Subarachnoidalblutung Hunt & Hess IIa, Fisher 3 bei Aneurysma der A. cerebri media links und Zweitaneurysma der A. cerebri anterior links (Clipping des Aneurysma der A. cerebri media am 27. Mai 2005 und Revision/Kraniotomie und Clipping des Aneurysma der A. cerebri anterior rechts am 30. Mai 2005). Prof. S.\_\_\_\_\_ erachtete die Beschwerdeführerin in ihrer bisherigen Tätigkeit als kaufmännische Angestellte seit dem 27. Mai 2005 zu 100% als arbeitsunfähig. Auf S. 4 gab der Neurologe jedoch an, dass im Rahmen einer klar strukturierten und nicht zu anspruchsvollen Tätigkeit ein Leistungsniveau im Umfang von 80% gegeben sei; auf S. 5 wiederum erachtete er die Ausübung solcher Tätigkeiten zu 3 Stunden täglich als zumutbar (act. 45, S. 1-5).

Dr. O.\_\_\_\_\_, regional ärztlicher Dienst beider B.\_\_\_\_\_ (RAD), erklärte am 10. Dezember 2007 in seiner Stellungnahme, im Gutachten vom 3. Dezember 2007 fänden sich Widersprüchlichkeiten, weshalb darauf nicht abgestellt werden könne. Einerseits werde der Beschwerdeführerin in der bisherigen Tätigkeit eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit attestiert, andererseits werde in der bisherigen Tätigkeit eine Arbeitsfähigkeit im Umfang von 80% als zumutbar erachtet; auf S. 5 wiederum werde die Beschwerdeführerin zu 3 Stunden täglich in alternativen Tätigkeiten als arbeitsfähig erachtet. Vorliegend sei die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit gestützt auf den Bericht der L.\_\_\_\_\_ Clinic vom 8. November 2007 vorzunehmen, wonach die Beschwerdeführerin aufgrund der neurologischen Einschränkung in

einem nicht anspruchsvollen Leistungsniveau zu 80% arbeitsfähig sei (vgl. Protokoll per 8. August 2008, S. 3).

Im von Prof. Dr. M.\_\_\_\_\_, Chefarzt und Dr. phil N.\_\_\_\_\_, Fachpsychologe, unterzeichneten psychologischen Abklärungsbericht vom 27. Mai 2008 sind die gleichen Diagnosen aufgeführt wie im Gutachten vom 3. Dezember 2007. Im Rahmen der testpsychologischen Verlaufsuntersuchung befanden die Ärzte, dass sich weitgehend vergleichbare Ergebnisse wie bei früheren Untersuchungen im Juli/August 2005 fänden, wenn auch teilweise deutliche Leistungsschwankungen zu beobachten seien. Bezüglich der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit schlossen sich die untersuchenden Ärzte der Einschätzung von Prof. S.\_\_\_\_\_, und lic. phil. K.\_\_\_\_\_ an, wonach eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit bestehe. In einer Verweisungstätigkeit erachteten sie die Beschwerdeführerin jedoch höchstens zu 40% arbeitsfähig, da die Belastbarkeitsgrenze nach ca. drei bis dreieinhalb Stunden erreicht sei und danach eine längere Erholungsphase benötigt werde (act. 60, S. 3-6).

Dr. O.\_\_\_\_\_ wiederum zur Stellungnahme aufgefordert, erklärte am 6. Juni 2008, an der Beurteilung, wonach die Beschwerdeführerin zu 80% arbeitsfähig sei, könne festgehalten werden. Seit Ende 2005 habe sich nichts verändert; auf die Durchführung weiterer Abklärungen könne verzichtet werden. Dr. N.\_\_\_\_\_ mache in seinem Bericht vom 5. August 2008 widersprüchliche Angaben. Einerseits erkläre er, der Gesundheitszustand habe sich seit Juli/August 2005 aufgrund der erhöhten Ermüdbarkeit und Verminderung der Impulskontrolle nicht mehr verändert, andererseits gebe er an, die Befunde stimmten mit der Beurteilung von Prof. S.\_\_\_\_\_ und lic. phil K.\_\_\_\_\_ überein. Dennoch schliesse er in Abweichung von deren Beurteilung auf eine 40%-ige Arbeitsfähigkeit. Dr. O.\_\_\_\_\_ kam zum Schluss, dass es sich somit um eine andere Wertung der Arbeitsfähigkeit bei gleichbleibenden Befunden handle, weshalb eine 80%-ige Arbeitsfähigkeit in einer Verweisungstätigkeit vorliege (vgl. Protokoll per 8. August 2008, S. 5).

**8.1.** Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach hat das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet zum einen sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 193 E. 2, BGE 122 V 157 E. 1a, je mit Hinweisen). Zum anderen umfasst die

behördliche und richterliche Abklärungspflicht nicht unbesehen alles, was von einer Partei behauptet oder verlangt wird. Vielmehr bezieht sie sich nur auf den im Rahmen des streitigen Rechtsverhältnisses (Streitgegenstand) rechtserheblichen Sachverhalt. Rechtserheblich sind alle Tatsachen, von deren Vorliegen es abhängt, ob über den streitigen Anspruch so oder anders zu entscheiden ist (GYGI, a.a.O., S. 43 und 273). In diesem Rahmen haben Verwaltungsbehörden und Sozialversicherungsgericht zusätzliche Abklärungen stets vorzunehmen oder zu veranlassen, wenn hiezu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichender Anlass besteht (BGE 117 V 282 E. 4a mit Hinweis; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] I 520/ 99 vom 20. Juli 2000).

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

Der Beweiswert eines ärztlichen Berichts hängt davon ab, 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 medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen begründet sind. Ausschlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Herkunft eines Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder Gutachten, sondern dessen Inhalt (BGE 125 V 351 E. 3a; AHI 2001 S. 113 f. E. 3a; RKUV 2003 U 487 S. 345 E. 5.1).

Die Verwaltung und das Gericht haben die medizinischen Unterlagen – wie auch alle anderen Beweismittel – nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung, d. h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln sowie

umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Dies bedeutet, dass alle Beweismittel objektiv zu prüfen sind – unabhängig davon, von wem sie stammen – und danach zu entscheiden ist, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruchs gestatten. Insbesondere darf das Gericht bei einander widersprechenden medizinischen Berichten den Prozess nicht erledigen, ohne das gesamte Beweismaterial zu würdigen und die Gründe anzugeben, warum es auf die eine und nicht auf die andere medizinische These abstellt. 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 medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen der Expertin oder des Experten begründet sind. Ausschlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Herkunft eines Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder Gutachten (BGE 125 V 351, E. 3, BGE 122 V 157 E. 1).

**8.3.** In Würdigung der medizinischen Unterlagen ist festzustellen, dass die Ärzte hinsichtlich der mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit genannten Diagnosen übereinstimmen.

**8.4.** Näher zu prüfen ist jedoch, die daraus resultierende Arbeitsfähigkeit.

Einig sind sich die Ärzte, dass die Beschwerdeführerin in ihrer zuletzt ausgeübten Tätigkeit als kaufmännische Angestellte und selbständige Geschäftsführerin zu 100% arbeitsunfähig ist.

Unterschiedlich wird jedoch die Arbeitsfähigkeit in einer Verweisungstätigkeit beurteilt.

Im neuropsychologischen Fachgutachten vom 8. November 2007 wird die Beschwerdeführerin in einer Verweisungstätigkeit zu 80% arbeitsfähig erachtet (act. 45, S. 6-11). Dr. O.\_\_\_\_\_, RAD, schliesst sich dieser Einschätzung an.

Prof. Dr. S.\_\_\_\_\_ macht in seinem Bericht vom 3. Dezember 2007 widersprüchliche Angaben. Einerseits befindet er, dass die Beschwerdeführerin in einer nicht zu anspruchsvollen Tätigkeit zu 80% arbeitsfähig sei, andererseits gibt er an, dass die Ausübung von solchen

Tätigkeiten nur im Umfang von 3 Stunden täglich möglich sei. Unklar ist in diesem Zusammenhang, von welcher gesamten Arbeitstätigkeit er ausgeht, wenn er angibt, dass Tätigkeiten 3 Stunden täglich zumutbar seien (act. 45, S. 1-5).

Die Gutachter im von der Beschwerdeführerin in Auftrag gegebenen psychologischen Abklärungsbericht vom 27. Mai 2008 erachten eine Arbeitsfähigkeit in Verweisungstätigkeiten höchstens zu 40% als gegeben, dies insbesondere aufgrund der Tatsache, dass die Belastbarkeitsgrenze nach drei bis dreieinhalb Stunden erreicht sei (act. 60, S. 3-6).

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Vorinstanz auf die Beurteilung des RAD-Arztes abgestellt hat – dieser hat die Beurteilung gestützt auf das neuropsychologische Gutachten vom 8. November 2007 vorgenommen – ohne sich mit der unterschiedlichen Beurteilung der Arbeitsfähigkeit in Verweisungstätigkeiten durch Prof. S.\_\_\_\_\_ auseinanderzusetzen. Die IV-Stelle Basel-Stadt begründete in keiner Weise, weshalb sie nicht der Einschätzung von Prof. S.\_\_\_\_\_ folgte, obwohl sie diesen eingeladen hat, zu den gesundheitlichen Beeinträchtigungen und deren Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit und in Verweisungstätigkeiten Stellung zu nehmen. Insbesondere auch aufgrund der Tatsache, dass Prof. S.\_\_\_\_\_ in seinem Bericht vom 3. Dezember 2007 widersprüchliche Angaben zur Arbeitsfähigkeit machte, wäre die Vorinstanz verpflichtet gewesen, bei Prof. S.\_\_\_\_\_ nachzufragen, und eventuell weitere Abklärungen in dieser Hinsicht vorzunehmen. Zu bemerken ist auch, dass die Ärzte im neuropsychologischen Gutachten vom 8. November 2007 auf ein Hauptgutachten hinweisen, sich in den Akten jedoch kein solches Gutachten befindet.

**8.5.** Das Bundesverwaltungsgericht kommt zum Schluss, dass aufgrund der vorstehenden Erwägungen nach dem im Sozialversicherungsrecht massgeblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht festgestellt werden kann, in welchem Ausmass die Beschwerdeführerin in Verweisungstätigkeiten arbeitsfähig ist.

Bei einer allfälligen Verbesserung des Gesundheitszustandes ist Art. 88a Abs. 1 IVV zu beachten, wonach eine Verbesserung der Erwerbsfähigkeit zu berücksichtigen ist, nachdem sie ohne wesentliche Unterbrechung drei Monate angedauert hat.

**8.6.** Für die Ermittlung des Invaliditätsgrades hat die IV-Stelle Basel-Stadt bei der Bestimmung des Valideneinkommens auf den Durchschnitt der Betriebsergebnisse der Jahre 2001 – 2004 abgestellt. Es fällt auf, dass das im Jahr 2001 erzielte Einkommen weit unter denjenigen der Jahre 2002 – 2004 liegt.

Für die Berechnung des Valideneinkommens ist jedoch praxisgemäss auf den IK-Auszug und auf den indexierten Durchschnitt der letzten drei Jahre abzustellen (Urteile des Bundesgerichts 8C\_576/2008 vom 10. Februar 2009 E. 6.2 und 8C\_9/2009 vom 10. November 2009 E. 3.5). Der Betrag aus dem Jahr 2001 ist bei der Ermittlung nicht heranzuziehen, da dieser weit unter den normalerweise erzielten Einkommen liegt. Eine Parallelisierung der Einkommen drängt sich vorliegend nicht auf, da davon auszugehen ist, dass sich die Beschwerdeführerin freiwillig mit einem tieferen Einkommen zufrieden gab (BGE 135 V 58 E. 3.1). Hingegen ist bei der Festsetzung des Invalideneinkommens aufgrund des Alters, der allenfalls noch in Teilzeit auszuübenden Verweisungstätigkeit und der gesundheitsbedingten Einschränkungen ein leidensbedingter Abzug vorzunehmen (BGE 134 V 322 E. 5.2).

**8.7.** Die Beschwerde ist somit im Sinne der vorstehenden Erwägungen gutzuheissen und die Verfügung vom 16. Mai 2008 aufzuheben. Die Sache ist zur ergänzenden Abklärung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Die Vorinstanz hat insbesondere abzuklären, in welchem Ausmass der Beschwerdeführerin die Ausübung von Verweisungstätigkeiten zumutbar ist. Anschliessend hat sie in Berücksichtigung der in E. 8.6 dargelegten Ausführungen den Invaliditätsgrad zu bestimmen. Gestützt auf diese Abklärungen hat die Vorinstanz eine neue Verfügung zu erlassen.

## **9.**

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

**9.1.** Bei diesem Verfahrensausgang werden der obsiegenden Beschwerdeführerin und der Vorinstanz keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG e contrario und Art. 63 Abs. 2 VwVG). Der bereits geleistete Kostenvorschuss von Fr. 400.-- ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.

**9.2.** Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung für Beschwerdeverfahren umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendigen Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE).

Die Entschädigung der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin wird mangels Einreichung einer Kostennote unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Anwaltsaufwandes auf pauschal Fr. 2'200.-- (inkl. Auslagen) festgesetzt (Art. 14 VGKE) und gemäss Art. 64 Abs. 2 VwVG der Vorinstanz auferlegt. Nicht zu entschädigen ist die Mehrwertsteuer (Art. 5 Bst. b des Bundesgesetzes vom 2. September 1999 über die Mehrwertsteuer [MWSTG, SR 641.20] i. V. m. Art. 14 Abs. 3 Bst. c MWSTG; Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen, und die Verfügung vom 18. Mai 2008 wird aufgehoben. Die Sache wird zur ergänzenden Abklärung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Beschwerdeführerin wird der bereits geleistete Kostenvorschuss von Fr. 400.-- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**3.**

Der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 2'200.-- (inkl. Auslagen) zu Lasten der Vorinstanz zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)

- die Vorinstanz (Ref-Nr. \_\_\_\_\_; Einschreiben)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen
- die "Z. \_\_\_\_\_ Versicherungs-Gesellschaft, U. \_\_\_\_\_ (Einschreiben)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Franziska Schneider

Sabine Uhlmann

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6005 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 Rechtschrift 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 (Art. 42 BGG).

Versand: