



---

Abteilung III  
C-6386/2010

## Urteil vom 20. Januar 2011

---

Besetzung

Richter Michael Peterli (Vorsitz),  
Richter Johannes Frölicher,  
Richter Beat Weber,  
Gerichtsschreiberin Lucie Schafroth.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

---

Gegenstand

Invalidenrente.

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

Die 1959 geborene österreichische Staatsbürgerin A.\_\_\_\_\_ arbeitete in den Jahren 1990 bis 1991 als Serviceangestellte in der Schweiz (act. 1, 3, 11 und 18). In dieser Zeit leistete sie obligatorische Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV; act. 5). Am 4. März 2008 stellte sie beim österreichischen Versicherungsträger ein Gesuch um Gewährung einer Rente der schweizerischen Invalidenversicherung. Dieser leitete das Gesuch in der Folge an die IV-Stelle für Versicherte im Ausland (nachfolgend: IVSTA) weiter (act. 1).

**B.**

Der IVSTA lagen bei der Prüfung des Leistungsbegehrens diverse medizinische Berichte aus den Jahren 2006 bis 2008 vor, welche A.\_\_\_\_\_ im Wesentlichen eine schwere depressive Störung beziehungsweise eine rezidivierende depressive Störung, gegenwärtig schwere Episode (ICD 10 F33.3), eine Polyphobie, eine Rippenblockierung der vierten Rippe rechts (ICD 10 M99.8), eine knotige Hyperplasie der Schilddrüse, einen Zustand nach Schilddrüsenoperation im Jahre 2006, ein autonomes Adenom in Knotenstruma, ein Zervikalsyndrom, eine geringe Spondylosis deformans cervicalis C4 bis C7, thoralis und lumbalis L1 bis L5, eine Streckfehlhaltung der HWS, eine mässige Chondrose der HWS und der LWS sowie eine Arbeitsunfähigkeit von 100% attestierten (act. 12 bis 17 und 22 bis 25).

Gestützt darauf kam Dr. med. B.\_\_\_\_\_ des Regionalen Ärztlichen Dienstes (RAD) Rhone in seiner Stellungnahme vom 10. Oktober 2008 zum Schluss, dass zum Zeitpunkt der Begutachtung durch Dr. med. C.\_\_\_\_\_ vom 5. Mai 2008 "kurz bis mittelfristig" eine Arbeitsunfähigkeit von 100% aus psychiatrischer Sicht vorgelegen habe. Nach Rücksprache mit dem RAD-Psychiater Dr. med. D.\_\_\_\_\_ könne die Diagnose ICD 10 F33.3 anhand der vorliegenden Unterlagen jedoch nicht bestätigt werden und es bestehe kein Beweis einer längerdauernden Arbeitsunfähigkeit (act. 26).

**C.**

Mit Vorbescheid vom 24. Oktober 2008 teilte die IVSTA A.\_\_\_\_\_ mit, dass keine ausreichende durchschnittliche Arbeitsunfähigkeit während eines Jahres vorliege. Trotz der Gesundheitsbeeinträchtigung sei eine dem Gesundheitszustand angepasste gewinnbringende Tätigkeit noch immer in rentenausschliessender Weise zumutbar. Es liege keine Invalidität vor, die einen Rentenanspruch zu begründen vermöge,

weshalb das Leistungsbegehren voraussichtlich abgewiesen werden müsse (act. 27).

**D.**

In ihrem Einwand vom 11. November 2008 beantragte A. \_\_\_\_\_ sinngemäss die Gewährung einer ganzen Invalidenrente, da sie nicht mehr in der Lage sei, irgendeine Tätigkeit auszuüben. Die Pensionsversicherungsanstalt der Landstelle Wien habe ihr denn auch eine vorläufig befristete Invaliditätspension zuerkannt (act. 28).

**E.**

Mit Verfügung vom 2. Dezember 2008 wies die IVSTA im Wesentlichen mit der bereits im Vorbescheid vorgebrachten Begründung das Leistungsbegehren von A. \_\_\_\_\_ ab (act. 30).

**F.**

Am 23. Dezember 2008 wandte sich A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) erneut an den österreichischen Versicherungsträger. Dieser nahm ihre Vorbringen als neues Gesuch um Gewährung einer Rente der schweizerischen Invalidenversicherung entgegen, liess erneut ein Gutachten erstellen und leitete dieses in der Folge an die IVSTA weiter (act. 31, 33 und 34).

Auf entsprechende Anfrage der IVSTA teilte Dr. med. E. \_\_\_\_\_ des IV-ärztlichen Dienstes in seiner Stellungnahme vom 15. Juli 2009 im Wesentlichen mit, durch die neuen medizinischen Unterlagen sei keine wesentliche Änderung des Gesundheitszustandes glaubhaft gemacht worden (act. 35 und 36).

Mit Verfügung vom 23. September 2009 teilte die IVSTA der Beschwerdeführerin mit, sie sei nicht in der Lage, das neue Gesuch zu prüfen, da nicht glaubhaft gemacht worden sei, dass sich der Grad der Invalidität in einer für den Anspruch erheblichen Weise geändert habe (act. 39).

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 13. Oktober 2009 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte sinngemäss die Aufhebung der Verfügung, die Gewährung einer Invalidenrente sowie die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Als Beweismittel reichte sie einen Bericht von Dr. med. F. \_\_\_\_\_, Facharzt für Neurologie und Psychiatrie, vom 13. Oktober 2009 zu den Akten.

Mit Urteil vom 7. September 2010 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gut, hob die angefochtene Verfügung vom 23. September 2009 auf und nahm die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 23. Dezember 2008 als Beschwerde gegen die leistungsabweisende Verfügung vom 2. Dezember 2008 entgegen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6512/2009 vom 7. September 2010).

**G.**

Mit Vernehmlassung vom 22. November 2010 beantragte die IVSTA die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung der angefochtenen Verfügung. Zur Begründung verwies sie insbesondere auf die eingeholte Stellungnahme des RAD Rohne, wonach die vorliegenden medizinischen Unterlagen anhand der Untersuchungsergebnisse vom 5. Mai 2008 zwar eine gänzliche Arbeitsunfähigkeit aus psychiatrischen Gründen darlegen würden, eine gegenwärtige schwere depressive Störung mit Auswirkungen auf eine längerdauernde Arbeitsunfähigkeit jedoch nicht belegt sei. Daran vermöchten auch die im fälschlicherweise neu eingeleiteten Verwaltungsverfahren eingeholten medizinischen Unterlagen nichts zu ändern, gelange doch der beurteilende Arzt ihres ärztlichen Dienstes weiterhin zum Schluss, dass sich keine neuen Sachverhaltselemente ergäben, die der bisherigen arbeitsmedizinischen Einschätzung des RAD Rohne entgegenstünden.

**H.**

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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

**1.1.** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) 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 von Personen im Ausland gegen Verfügungen der IVSTA. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor.

**1.2.** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 37 VGG). Gemäss Art. 3 Bst. d<sup>bis</sup> VwVG bleiben in sozialversicherungsrechtlichen Verfahren die besonderen Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG, SR 830.1) vorbehalten. 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 bis 70 IVG), soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht. Dabei finden nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln in formellrechtlicher Hinsicht mangels anderslautender Übergangsbestimmungen grundsätzlich diejenigen Rechtssätze Anwendung, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2).

**1.3.** Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung, so dass sie im Sinne von Art. 59 ATSG beschwerdelegitimiert ist.

**1.4.** Da die Beschwerde im Übrigen frist- und formgerecht (Art. 60 ATSG und Art. 52 VwVG) eingereicht wurde, ist darauf einzutreten.

## **2.**

**2.1.** Die Beschwerdeführerin ist österreichische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Österreich, weshalb das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedsstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) zu beachten ist. Nach Art. 1 Abs. 1 des auf der Grundlage des Art. 8 FZA ausgearbeiteten und Bestandteil des Abkommens bildenden (Art. 15 FZA) Anhangs II ("Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit") des FZA in Verbindung mit Abschnitt A dieses Anhangs wenden die Vertragsparteien untereinander insbesondere die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (SR 0.831.109.268.1; nachfolgend: Verordnung Nr. 1408/71), und die Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (SR 0.831.109.268.11) oder gleichwertige Vorschriften an. Dabei ist im Rahmen des FZA auch die Schweiz als "Mitgliedstaat" im Sinne dieser

Koordinierungsverordnungen zu betrachten (Art. 1 Abs. 2 Anhang II des FZA).

Nach Art. 40 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1408/71 ist die vom Träger eines Staates getroffene Entscheidung über die Invalidität eines Antragstellers für den Träger eines anderen betroffenen Staates nur dann verbindlich, wenn die in den Rechtsvorschriften dieser Staaten festgelegten Tatbestandsmerkmale der Invalidität in Anhang V dieser Verordnung als übereinstimmend anerkannt sind. Eine solche anerkannte Übereinstimmung besteht für das Verhältnis zwischen einzelnen EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz nicht. Der Invaliditätsgrad bestimmt sich daher auch im Geltungsbereich des FZA nach schweizerischen Rechtsvorschriften resp. des IVG, der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV, SR 832.201), des ATSG sowie der Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV, SR 830.11; vgl. BGE 130 V 253 E. 2.4).

**2.2.** In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (BGE 130 V 329 E. 2.3). Ein allfälliger Leistungsanspruch ist für die Zeit vor einem Rechtswechsel aufgrund der bisherigen und ab diesem Zeitpunkt nach den neuen Normen zu prüfen (*pro rata temporis*; BGE 130 V 445).

Nach der Rechtsprechung stellt das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung einer Streitsache in der Regel auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung (hier: 2. Dezember 2008) eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweisen). Tatsachen, die jenen Sachverhalt seither verändert haben, sollen im Normalfall Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung sein (BGE 121 V 362 E. 1b).

Nachfolgend zu würdigen sind im vorliegenden Verfahren jedoch nebst den ärztlichen Berichten, welche bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung vom 2. Dezember 2008 verfasst wurden, auch der vom österreichischen Versicherungsträger eingeholte ärztliche Bericht von Dr. med. G. \_\_\_\_\_ vom 24. März 2009 und der Bericht von Dr. med. F. \_\_\_\_\_ vom 13. Oktober 2009, da diese mit dem Streitgegenstand in engem Sachzusammenhang stehen und geeignet sind, die Beurteilung im Verfügungszeitpunkt zu beeinflussen (vgl. BGE 116 V 80 E. 6b; ZAK 1989 S. 111 E. 3b mit Hinweisen).

**2.3.** 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; AS 2003 3837) abzustellen. Soweit ein Rentenanspruch ab dem 1. Januar 2008 zu prüfen ist, sind weiter die mit der 5. IV-Revision zu diesem Zeitpunkt in Kraft getretenen Gesetzes- und Ordnungsänderungen zu beachten (AS 2007 5129 und AS 2007 5155).

**2.4.** Die 5. IV-Revision brachte für die Invaliditätsbemessung keine substanziellen Änderungen gegenüber der bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Rechtslage, so dass die zur altrechtlichen Regelung ergangene Rechtsprechung weiterhin massgebend ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts [BGer] 8C\_373/2008 vom 28. August 2008 E. 2.1). Neu normiert wurde dagegen die minimale Beitragsdauer, welche von einem Jahr auf drei Jahre erhöht wurde (Art. 36 Abs. 1 IVG [in der Fassung der 5. IV-Revision]) und der Zeitpunkt des Rentenbeginns, der – sofern die entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen gegeben sind – gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG (in der Fassung der 5. IV-Revision) frühestens sechs Monate nach Geltendmachung des Leistungsanspruchs nach Art. 29 Abs. 1 ATSG entsteht. Ist der Versicherungsfall allerdings vor dem 1. Januar 2008 eingetreten und wurde die Anmeldung bis spätestens am 31. Dezember 2008 eingereicht, so gilt das alte Recht (vgl. auch Rundschreiben Nr. 253 des Bundesamtes für Sozialversicherungen [BSV] vom 12. Dezember 2007 [5. IV-Revision und Intertemporalrecht] und Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] C-5509/2008 vom 2. September 2010 E. 2.2).

### **3.**

**3.1.** Gemäss Art. 8 ATSG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 IVG ist Invalidität die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit als Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall.

Art. 7 ATSG definiert die Erwerbsunfähigkeit als durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachten und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibenden ganzen oder teilweisen Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt.

Arbeitsunfähigkeit ist die durch 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).

**3.2.** Anspruch auf eine ganze Invalidenrente besteht bei einem IV-Grad von mindestens 70%, auf eine Dreiviertelsrente bei mindestens 60%, auf eine halbe Rente bei mindestens 50% sowie auf eine Viertelsrente bei mindestens 40% (Art. 28 Abs. 1 IVG [4. IV-Revision] und Art. 28 Abs. 2 IVG [5. IV-Revision]).

Gemäss Art. 28 Abs. 1<sup>ter</sup> IVG (in den seit 1. Januar 2003 bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassungen) beziehungsweise Art. 29 Abs. 4 IVG (in der seit 1. Januar 2008 gültigen Fassung [5. IV-Revision]) werden Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50% entsprechen, nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt Art. 28 Abs. 1<sup>ter</sup> IVG nicht eine blosse Auszahlungsvorschrift, sondern eine besondere Anspruchsvoraussetzung dar (BGE 121 V 264 E. 6c). Eine Ausnahme von diesem Prinzip gilt seit dem 1. Juni 2002 für Schweizer Bürger und Staatsangehörige der Europäischen Gemeinschaft. Diesen Personen wird bei einem Invaliditätsgrad ab 40% eine Rente ausgerichtet, wenn sie in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft Wohnsitz haben (BGE 130 V 253 E. 2.3 und 3.1), was vorliegend der Fall ist. Die einschlägige Bestimmung der seit 1. Januar 2008 gültigen Fassung (Art. 29 Abs. 4 IVG [5. IV-Revision]) wurde zwar neu formuliert, hat aber inhaltlich keine Änderung erfahren, weshalb die hierzu entwickelte Rechtsprechung übernommen und weitergeführt werden kann.

Der Rentenanspruch nach Art. 28 IVG entsteht nach den Vorschriften der 4. IV-Revision frühestens in dem Zeitpunkt, in dem der Versicherte mindestens zu 40% bleibend erwerbsunfähig (Art. 7 ATSG) geworden ist (Art. 29 Abs. 1 lit. a IVG [4. IV-Revision]) oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40% arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen war (Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG [4. IV-Revision]).

Nach den Bestimmungen der 5. IV-Revision haben Anspruch auf eine Rente Versicherte, die ihre Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wieder herstellen, erhalten oder verbessern können, während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40% arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen sind und nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40% invalid (Art. 8 ATSG) sind (Art. 28 Abs. 1 lit. a - c IVG [5. IV-Revision]).

**3.3.** 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 (sogenanntes Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (sogenanntes Valideneinkommen; Art. 16 ATSG).

Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung (und im Beschwerdeverfahren das Gericht) auf Unterlagen angewiesen, die der Arzt und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben.

Aufgabe des Arztes ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten der Versicherte arbeitsunfähig ist. Im Weiteren sind die ärztlichen Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen dem Versicherten konkret noch zugemutet werden können. Es sind demnach nicht nur die Erwerbsmöglichkeiten im angestammten Beruf, sondern auch in zumutbaren Verweisungstätigkeiten zu prüfen (BGE 115 V 134 E. 2, 114 V 314 E. 3c mit Hinweisen; ZAK 1991 S. 319 E. 1c).

Nicht als Folgen eines Gesundheitsschadens und damit invalidenversicherungsrechtlich nicht als relevant gelten Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit, welche die versicherte Person bei Aufbietung allen guten Willens, die verbleibende Leistungsfähigkeit zu verwerten, abwenden könnte (BGE 131 V 49 E. 1.2 mit Hinweisen). Aufgrund des im gesamten Sozialversicherungsrecht geltenden Grundsatzes der Schadenminderungspflicht ist ein in seinem bisherigen Tätigkeitsbereich dauernd arbeitsunfähiger Versicherter gehalten, innert nützlicher Frist Arbeit in 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 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.).

**3.4.** Die Verwaltung und im Beschwerdefall das Gericht haben die medizinischen Unterlagen nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung – wie alle anderen Beweismittel – frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Dies bedeutet für das Gericht, dass es alle Beweismittel, unabhängig, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden hat, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruches gestatten. Insbesondere darf es 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. 3a, BGE 122 V 157 E. 1c).

Berichten und Gutachten versicherungsinterner Ärzte kommt Beweiswert zu, sofern sie als schlüssig erscheinen, nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei sind und keine Indizien gegen ihre Zuverlässigkeit besteht. Die Tatsache allein, dass der befragte Arzt in einem Anstellungsverhältnis zum Versicherungsträger steht, lässt nicht schon auf mangelnde Objektivität und auf Befangenheit schliessen. Es bedarf vielmehr besonderer Umstände, welche das Misstrauen in die Unparteilichkeit der Beurteilung objektiv als begründet erscheinen lassen (BGE 125 V 351 E. 3b/ee mit Hinweisen).

Auf Stellungnahmen eines RAD oder der ärztlichen Dienste kann indessen nur abgestellt werden, wenn sie den allgemeinen beweisrechtlichen Anforderungen an einen ärztlichen Bericht genügen (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; seit 1. Januar 2007: Bundesgericht] I 694/05 vom 15. Dezember 2006 E. 2). Die RAD-Ärzte müssen sodann über die im Einzelfall erforderlichen persönlichen und fachlichen Qualifikationen verfügen (Urteile des Bundesgerichts 9C\_736/2009 vom 26. Januar 2009 E. 2.1, I 142/07 vom 20. November 2007 E. 3.2.3 und I 362/06 vom 10. April 2007 E. 3.2.1).

#### **4.**

Vorliegend ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls seit wann und in welchem Umfang die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Invalidenrente hat.

**4.1.** Gemäss den vorliegenden medizinischen Unterlagen leidet die Beschwerdeführerin im Wesentlichen an einer schweren depressiven Störung beziehungsweise einer rezidivierenden depressiven Störung, gegenwärtig schwere Episode, einer generalisierten Angststörung mit Panikattacken und Somatisierungstendenz, einer Polyphobie, einer Rippenblockierung der vierten Rippe rechts, einem Zustand nach Schilddrüsenoperation im Jahre 2006, einer knotigen Hyperplasie der Schilddrüse, einem autonomen Adenom in Knotenstruma, einem Colon irritabile, einem Zervikalsyndrom, einer geringen Spondylosis deformans cervicalis C4 bis C7, thoralis und lumbalis L1 bis L5, einer Streckfehlhaltung der HWS sowie an einer mässigen Chondrose der HWS und der LWS (act. 12 bis 17, 22 bis 25 und 34).

**4.2.** Der behandelnde Arzt der Beschwerdeführerin, Dr. med. F.\_\_\_\_\_, Facharzt für Neurologie und Psychiatrie, führte in seinem Bericht vom 15. April 2008 aus, dass bei der Beschwerdeführerin eine schwere depressive Störung mit vegetativen Zeichen, Pseudodemenz und Schlafstörungen bestehe. Die Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit sei "in hohem Grade unwahrscheinlich" (act. 24).

In seinem Bericht vom 13. Oktober 2009 bestätigte Dr. med. F. \_\_\_\_\_ im Wesentlichen die bisher gestellten Diagnosen und führte aus, dass die Beschwerdeführerin bei ihm sowie bei einer Psychotherapeutin in regelmässiger Behandlung stehe. Zwischenzeitlich sei es zu einer weiteren Verschlechterung der Symptome gekommen. Er könne sich nicht vorstellen, dass die Beschwerdeführerin jemals wieder einer Arbeitstätigkeit nachgehen können werde.

**4.3.** In dem im Auftrag der österreichischen Versicherungsanstalt erstellten ärztlichen Bericht vom 5. Mai 2008 attestierte Dr. med. C. \_\_\_\_\_, Facharzt für Neurologie, der Beschwerdeführerin eine rezidivierende depressive Störung, aktuell schwere Episode (ICD 10 F33.3), eine Rippenblockierung der vierten Rippe rechts (ICD 10 M99.8) sowie einen Zustand nach Schilddrüsenoperation im Jahre 2006. Geregelte Tätigkeiten seien "derzeit" nicht mehr zumutbar (act. 25).

**4.4.** Die angefochtene Verfügung der IVSTA vom 2. Dezember 2008 stützt sich auf die Stellungnahme von Dr. med. B. \_\_\_\_\_ des RAD Rhone vom 10. Oktober 2008. Dieser kommt gestützt auf das Gutachten von Dr. med. C. \_\_\_\_\_ vom 5. Mai 2008 zum Schluss, dass zum Zeitpunkt dieser Begutachtung "kurz bis mittelfristig" eine Arbeitsunfähigkeit von 100% aus psychiatrischer Sicht vorgelegen habe. Nach Rücksprache mit RAD-Psychiater Dr. med. D. \_\_\_\_\_ könne die Diagnose ICD 10 F33.3 "anhand der vorliegenden Unterlagen" jedoch nicht bestätigt werden und es bestehe kein Beweis einer längerdauernden Arbeitsunfähigkeit (act. 26).

**4.5.** Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb Dr. med. B. \_\_\_\_\_ der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Begutachtung vom 5. Mai 2008 eine "kurz bis mittelfristige" Arbeitsunfähigkeit von 100% attestierte, die Diagnose ICD 10 F33.3 im Zeitpunkt seiner Stellungnahme vom 10. Oktober 2008 "anhand der vorliegenden Unterlagen" jedoch nicht mehr bestätigen konnte, zumal keine weiteren medizinischen Unterlagen zwischen dem Gutachten vom 5. Mai 2008 und der Stellungnahme von Dr. med. B. \_\_\_\_\_ vom 10. Oktober 2008 aktenkundig sind. Die von Dr. med. B. \_\_\_\_\_ postulierte Arbeitsfähigkeit von 100% erweist sich demnach als nicht rechtsgenügend begründet und ist mit Blick auf die Beurteilungen von Dr. med. C. \_\_\_\_\_ und Dr. med. F. \_\_\_\_\_ auch nicht nachvollziehbar.

**4.6.** Hinsichtlich des Gutachtens durch Dr. med. C. \_\_\_\_\_ ist festzustellen, dass dieser bei der Beurteilung der (Rest-)Arbeitsfähigkeit keinen Unterschied zwischen der Arbeitsunfähigkeit in der angestammten

und in einer leidensadaptierten Tätigkeit machte und sich auch nicht zum Beginn der attestierten Arbeitsunfähigkeit äusserte, sondern einzig ausführte, geregelte Tätigkeiten seien "derzeit" nicht zumutbar.

**4.7.** Anlässlich der fälschlicherweise als Neuanschuldung entgegengenommenen Beschwerde wurde die Beschwerdeführerin erneut begutachtet. Dr. med. G.\_\_\_\_\_, Facharzt für Neurologie, diagnostizierte in seinem Gutachten vom 24. März 2009 eine rezidivierende depressive Störung, aktuell schwere Episode (ICD 10 F32.2), eine generalisierte Angststörung mit Panikattacken und Somatisierungstendenz (ICD 10 F41.1), einen Colon irritabile und einen Zustand nach Schilddrüsenoperation im Jahre 2006 und kam zum Schluss, dass der Beschwerdeführerin "Arbeiten von wirtschaftlichem Wert" vollschichtig lediglich unter geringem Zeitdruck bei geringer psychischer Belastbarkeit und einfachem geistigem Leistungsvermögen zumutbar seien, während auf Nacht- und Schichtarbeit verzichtet werden müsse. Aufgrund der Beschwerden im Bereich der rechten Schulter bestehe zudem eine Einschränkung der körperlichen Belastbarkeit und der Hebe- und Trageleistungen, insbesondere im schweren Bereich. Zwangshaltungen über Kopf, vorgebeugt und gebückt seien lediglich "fallweise" zumutbar (act. 34).

**4.8.** Gestützt darauf führte Dr. med. E.\_\_\_\_\_ des IV-ärztlichen Dienstes in seiner Stellungnahme vom 15. Juli 2009 aus, dass das beschriebene Krankheitsbild identisch geblieben sei. Durch die neuen medizinischen Unterlagen sei keine wesentliche Änderung des Gesundheitszustandes glaubhaft gemacht worden (act. 36).

**4.9.** Dabei verkennt Dr. med. E.\_\_\_\_\_, dass die Diagnose der generalisierten Angststörung mit Panikattacken und Somatisierungstendenz (ICD 10 F41.1) erstmals im Gutachten vom 24. März 2009 auftaucht. Hinzu kommt, dass die IVSTA die Stellungnahme von Dr. med. E.\_\_\_\_\_ anlässlich des fälschlicherweise eingeleiteten Verwaltungsverfahrens betreffend Neuanschuldung eingeholt hat. Dabei forderte sie Dr. med. E.\_\_\_\_\_ gestützt auf Art. 87 Abs. 4 IVV auf, mitzuteilen, ob durch die neuen Unterlagen glaubhaft gemacht werde, dass sich der Invaliditätsgrad in einer für den Anspruch erheblichen Weise geändert habe (act. 35). In seiner Stellungnahme antwortete Dr. med. E.\_\_\_\_\_ denn auch einzig auf diese Frage und führte aus, dass keine wesentliche Änderung des Gesundheitszustandes vorliege. Eine Beurteilung der Restarbeitsfähigkeit gestützt auf die neu

vorliegenden medizinischen Unterlagen erfolgte jedoch nicht, weshalb im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht auf die Stellungnahme von Dr. med. E. \_\_\_\_\_ abgestellt werden kann.

Der Vollständigkeit halber bleibt anzumerken, dass Dr. med. E. \_\_\_\_\_ über den Facharztstitel in Allgemeinmedizin verfügt. Aufgrund der bei der Beschwerdeführerin von verschiedenen Ärzten diagnostizierten psychischen Leiden wäre das Einholen der Stellungnahme bei einem entsprechend ausgebildeten Facharzt notwendig gewesen, um den allgemeinen beweisrechtlichen Anforderungen an medizinische Unterlagen zu genügen (vgl. E. 3.4 hiervor). Die Beantwortung der Frage, ob aufgrund der psychischen Gesundheitsbeeinträchtigung eine länger andauernde Arbeitsunfähigkeit vorliegt, fällt vorliegend in die Kompetenz der entsprechenden Spezialärzte.

**4.10.** Aufgrund der dem Gericht vorliegenden medizinischen Unterlagen lässt sich somit nicht beurteilen, ob, seit wann und in welchem Umfang Anspruch auf eine Invalidenrente besteht. Die angefochtene Verfügung ist daher aufzuheben und die Sache an die IVSTA zurückzuweisen, damit sie ergänzende medizinische Abklärungen (Durchführung einer psychiatrischen Begutachtung der Beschwerdeführerin; medizinisch nachvollziehbar begründete Beurteilung betreffend [Rest-] Arbeitsfähigkeit und massgeblichen Zeitraum) vornehme und anschliessend über den Rentenanspruch neu verfüge. In diesem Sinne ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen.

## **5.**

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

**5.1.** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Eine Rückweisung gilt praxisgemäss als Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (BGE 132 V 215 E. 6), so dass das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege als gegenstandslos abzuschreiben ist. Der Vorinstanz werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

**5.2.** Da der obsiegenden Beschwerdeführerin, welche nicht anwaltlich vertreten war, keine unverhältnismässig hohen Kosten entstanden sind und diese zu Recht keinen entsprechenden Antrag gestellt hat, ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und

Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass die angefochtene Verfügung vom 2. Dezember 2008 aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, damit diese nach erfolgter Abklärung im Sinne der Erwägungen über den Rentenanspruch neu verfügt.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**3.**

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird als gegenstandslos abgeschrieben.

**4.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben mit Rückschein; Beilage: Doppel der Vernehmlassung der Vorinstanz vom 22. November 2010 inkl. Kopie der act. 25, 26, 34 und 36)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ...)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Michael Peterli

Lucie Schafroth

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6005 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 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: