



Abteilung III
C-6388/2007/kui
{T 0/2}

Urteil vom 17. November 2009

Besetzung

Richter Stefan Mesmer (Vorsitz),
Richterin Elena Avenati-Carpani,
Richterin Madeleine Hirsig,
Gerichtsschreiberin Ingrid Künzli.

Parteien

B._____,
vertreten durch Advokatin lic. iur. Sarah Brutschin,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

IV, Beschwerde gegen Verfügung vom 20. August 2007.

Sachverhalt:**A.**

Die am ____ 1954 geborene französische Staatangehörige B._____
(*im Folgenden*: Beschwerdeführerin) arbeitete laut Angaben der Vorinstanz (IV-Akten, act. 5) von 1973 bis Ende 1997 als Grenzgängerin in der Schweiz und leistete in dieser Zeit Beiträge an die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV).

B.

Am 30. Oktober 1999 (Eingang am 2. November 1999) meldete sie sich bei der Eidgenössischen Invalidenversicherung (IV), IV-Stelle Basel-Stadt (*im Folgenden*: IV-Stelle Basel) für den Bezug von Leistungen der Invalidenversicherung an (IV-Akten, act. 1).

Im entsprechenden Formular gab die Beschwerdeführerin an, sie sei wegen Rückenschmerzen und anderer orthopädischer sowie psychischer Beschwerden seit 1996 behindert. Seit dem 30. November 1998 sei sie arbeitsunfähig.

C.

Nach Erlass eines Vorbescheides vom 6. November 2001 (IV-Akten, act. 30) wies die hierfür zuständige IV-Stelle für Versicherte im Ausland (*im Folgenden*: IVSTA oder Vorinstanz) mit Verfügung vom 19. Dezember 2001 (IV-Akten, act. 33) gestützt auf einen Invaliditätsgrad von 48% das Rentengesuch ab. Zur Begründung hielt sie fest, Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50% entsprächen, würden nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hätten.

D.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin, vertreten durch Advokation Sarah Brutschin, am 4. März 2002 Beschwerde (IV-Akten, act. 40) bei der Eidgenössischen Rekurskommission der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung für die im Ausland wohnenden Personen (*im Folgenden*: Rekurskommission). Sie beantragte die Aufhebung der Verfügung und gestützt auf einen Invaliditätsgrad von mindestens 66,66% die Zusprechung einer ganzen Invalidenrente ab dem 1. Dezember 1999, eventualiter sei die Sache zur weiteren medizinischen Abklärung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin liess namentlich geltend machen, die Vorinstanz

habe den Invaliditätsgrad zu Unrecht aufgrund der gemischten Methode berechnet und die Arbeitsfähigkeit sowie das Invalideneinkommen zu hoch eingeschätzt. Zudem gab sie zwei Berichte der Rheumaklinik Bad Säckingen vom 5. Dezember 2000 und 10. Januar 2002 zu den Akten (IV-Akten, act. 40).

E.

Mit Urteil vom 24. Februar 2003 hiess die Rekurskommission die Beschwerde gut und wies die Sache zur Vornahme weiterer Sachverhaltsabklärungen an die Vorinstanz zurück (IV-Akten, act. 62). In den Erwägungen hielt die Rekurskommission fest, die Vorinstanz müsse die Auswirkungen der Leiden der Beschwerdeführerin auf deren Arbeits- und Erwerbsfähigkeit abklären, sinnvollerweise sei dazu eine Oberbegutachtung durchzuführen. Deren Ergebnisse seien anschliessend im Kontext mit den übrigen medizinischen Unterlagen zu würdigen. Je nach Beweisergebnis und unter Berücksichtigung der Invaliditätsbemessung nach der gemischten Methode werde die IVSTA über den Invaliditätsgrad und die Rentenbemessung neu zu verfügen haben.

F.

Am 28. Januar 2004 erliess die IVSTA eine neue Verfügung (IV-Akten, act. 73) und sprach der Beschwerdeführerin ab dem 1. Juni 2002 eine ganze Invalidenrente und ab dem 1. Januar 2004 eine Dreiviertelrente zu, beides aufgrund eines festgestellten Invaliditätsgrades von 67%. Zur Begründung führte sie aus, gestützt auf das Gutachten des Zentrums für medizinische Begutachtung, medizinische Abklärungsstelle der Eidgenössischen Invalidenversicherung (MEDAS) Basel (*im Folgenden: ZMB Basel*) vom 13. Mai 2003 (IV-Akten, act. 66) habe sich der Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin seit März 2002 verschlechtert, weshalb sie in der Ausübung sowohl ihrer früheren Tätigkeit als Verkäuferin und Näherin als auch in zumutbaren Verweistätigkeiten zu 70% arbeitsunfähig sei. In der Haushaltsführung sei sie zu 40% eingeschränkt.

G.

Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin am 1. März 2004 eine Einsprache (IV-Akten, act. 76) ein. Sie beantragte, die Verfügung vom 28. Januar 2004 sei teilweise aufzuheben und es sei ihr ab dem 1. November 1999 eine ganze Invalidenrente zuzusprechen, eventualiter seien weitere medizinische Abklärungen vorzunehmen.

Zur Begründung führte sie aus, die IVSTA habe entgegen der Empfehlung im Urteil der Rekurskommission auf die Einholung eines Obergutachtens verzichtet. Das Gutachten des ZMB Basel äussere sich lediglich zum aktuellen Zustand. Der Grad der Arbeitsunfähigkeit vor März 2002 sei nach wie vor ungeklärt. Zudem hätte ein aktueller Betätigungsvergleich durchgeführt werden müssen. Die verbleibende Restarbeitsfähigkeit von 30% sei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aus wirtschaftlicher Sicht nicht verwertbar, zudem sei bei Teilzeiterwerbstätigkeit mit einem unterdurchschnittlichen Lohn zu rechnen.

H.

Mit Entscheid vom 3. August 2004 hiess die Vorinstanz die Einsprache (IV-Akten, act. 86) teilweise gut. Sie hielt fest, aus den Akten ergebe sich, dass das von der Rekurskommission angeordnete Vorgehen zur weiteren Sachverhaltsabklärung nicht beachtet worden sei, weshalb die Sache diesbezüglich an die IV-Stelle zurückgewiesen werde. Da die vorliegenden Akten nicht den Schluss zuliesse, dass die Beschwerdeführerin ab November 1999 Anspruch auf eine ganze Rente habe, könne die Einsprache in diesem Punkt nicht gutgeheissen werden. Der Antrag auf Parteientschädigung wurde abgewiesen.

I.

Am 14. September 2004 wurde gegen den Einspracheentscheid Beschwerde bei der Rekurskommission erhoben (IV-Akten, act. 88). Die Beschwerdeführerin beantragte die teilweise Aufhebung der Verfügung vom 28. Januar 2004 und des Einspracheentscheides vom 3. August 2004 sowie die Zusprechung einer ganzen Rente ab dem 1. November 1999. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, der Zeitpunkt der angenommenen Verschlechterung des Gesundheitszustandes sei ungenügend begründet und nicht nachvollziehbar. Die Vorinstanz sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung für das Einspracheverfahren zu entrichten, da die Nichtbeachtung des Urteils der Rekurskommission die Einsprache erst nötig gemacht habe, eventualiter sei eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen.

J.

Mit Urteil vom 21. März 2006 (IV-Akten, act. 106) hiess die Rekurskommission die Beschwerde vom 14. September 2004 teilweise gut und hob den Einspracheentscheid vom 3. August 2004 auf. Die Sache

wurde an die IVSTA zur weiteren Sachverhaltsabklärung und zum Erlass eines neuen Einspracheentscheides zurückgewiesen. Bezüglich der geltend gemachten Parteienschädigung für das Einspracheverfahren wurde die Beschwerde abgewiesen.

K.

Mit Schreiben vom 22. Februar 2007 (IV-Akten, act. 114) teilte die IV-Stelle Basel der Beschwerdeführerin mit, sie beabsichtige eine *reformatio in peius* der dem vorliegenden Einspracheverfahren zugrunde liegenden Verfügung vom 28. Januar 2004, mit welcher eine ganze Rente ab dem 1. Juni 2002 zugesprochen worden sei. Es sei beabsichtigt, diese Verfügung zu Ungunsten der Beschwerdeführerin zu ändern, da im Gutachten der MEDAS, Medizinische Abklärungsstelle, Inselspital, Universitätsspital Bern (*im Folgenden: MEDAS Inselspital; IV-Akten, act. 112*) vom 1. Februar 2007 schlüssig und in allen Teilen nachvollziehbar begründet werde, dass zu keiner Zeit eine relevante Arbeitsunfähigkeit bestanden habe. In Betracht zu ziehen sei nur eine um 20% bis höchstens 25% reduzierte Leistungsfähigkeit in jeder Tätigkeit. Der Beschwerdeführerin wurde Frist gesetzt zur Mitteilung, ob sie die Einsprache zurückziehen wolle. Zugleich wurde sie darauf aufmerksam gemacht, dass auch im Falle eines Rückzuges eine neue Verfügung erlassen werden könne.

L.

Die Beschwerdeführerin vertrat zunächst mit Schreiben vom 14. März 2007 (IV-Akten, act. 117) die Ansicht, der Rückzug der Einsprache sei – nach Erlass des Urteils der Rekurskommission vom 21. März 2006, welches in Rechtskraft erwachsen sei – aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht mehr möglich. Nachdem ihr durch die IV-Stelle Basel nochmals eine Frist (IV-Akten, act. 118) angesetzt worden war, zog die Beschwerdeführerin jedoch die Einsprache mit Eingabe vom 18. April 2007 (IV-Akten, act. 119) zurück.

M.

Mit Entscheid vom 7. Juni 2007 (IV-Akten, act. 121) schrieb die IVSTA das Einspracheverfahren als gegenstandslos geworden ab.

N.

Nach Zustellung des Vorbescheids vom 13. Juni 2007 (IV-Akten, act. 122) erliess die IVSTA am 20. August 2007 eine neue Verfügung (IV-Akten, act. 126). In dieser stellte sie fest, die Beschwerdeführerin habe keinen Anspruch auf eine Invalidenrente. Die Rente werde nach Zu-

stellung der Verfügung auf Ende des folgenden Monats aufgehoben. Einer Beschwerde werde die aufschiebenden Wirkung entzogen.

Zur Begründung dieser Anordnungen führte die IVSTA aus, die Verfügung vom 28. Januar 2004 werde in Anwendung von Art. 53 Abs. 1 ATSG in Revision gezogen. Aufgrund der Ergebnisse des Gutachtens der MEDAS Inselehospital sei einerseits ein Einkommensvergleich vorgenommen worden, der lediglich eine Lohneinbusse von 22% ausweise, andererseits ein Betätigungsvergleich, der eine Einschränkung von 33% in Hausarbeiten ergebe. Daraus resultiere eine rentenausschliessende Gesamtinvalidität von 23%. Selbst eine hypothetisch vollumfängliche Einschränkung im Aufgabenbereich vermöge keinen höheren IV-Grad zu begründen.

O.

Am 21. September 2007 erhob die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung vom 20. August 2007. Sie beantragte, es sei ihr weiterhin eine Dreiviertelrente auszurichten. Zur Begründung ihres Antrags hielt sie fest, dass mit dem Rückzug der Einsprache vom 1. März 2004 die Verfügung vom 28. Januar 2004 in Rechtskraft erwachsen sei. Die Revisionsvoraussetzungen im Sinne von Art. 53 Abs. 1 ATSG seien nicht erfüllt, da das Aktengutachten der MEDAS Inselehospital bereits zu einem früheren Zeitpunkt hätte beigebracht werden können und deshalb nicht als neu im Sinne des Gesetzes gelten könne. Dem Gutachten komme ohnehin kein Beweiswert zu, da es sich einzig auf die bereits vorhandenen früheren Gutachten stütze.

P.

Im Rahmen der Vernehmlassung reichte die IVSTA am 23. November 2007 eine Stellungnahme der IV-Stelle Basel vom 20. November 2007 ein und beantragte die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung der angefochtenen Verfügung.

Die IV-Stelle Basel schloss ebenfalls auf Abweisung der Beschwerde und führte aus, das Aktengutachten der MEDAS Inselehospital lege ausführlich, nachvollziehbar und unter Berücksichtigung sämtlicher Akten dar, dass bei der Beschwerdeführerin zu keiner Zeit eine rentenrelevante Arbeitsunfähigkeit bestanden habe. Diese Beurteilung sei auch ohne persönliche Untersuchung zulässig. Es handle sich nicht um eine andere – im Laufe der Zeit verschärfte – Einschätzung der Arbeitsfähigkeit bei gleichbleibendem Gesundheitsschaden. Liege

keine invalidisierende Beeinträchtigung der Gesundheit vor, dürfe es der Verwaltung nicht untersagt sein, die ungerechtfertigte Ausrichtung der Rente für die Zukunft zu unterbinden. Bezüglich der gesundheitlichen Einschränkungen sei keine neue Abklärung nötig gewesen, da keine Verschlechterung geltend gemacht worden sei. Abschliessend verweist sie auf das Urteil der Rekurskommission vom 21. März 2006 in welchem eine vollständige Abklärung der Arbeitsfähigkeit verlangt werde.

Q.

In ihrer Replik vom 25. Februar 2008 hielt die Beschwerdeführerin an den gestellten Rechtsbegehren und deren Begründung fest. Sie bemängelte, dass sich die Vorinstanz und die IV-Stelle Basel nicht zu den revisionsrechtlichen Voraussetzungen äusserten, womit sie zu anerkennen schienen, dass diese nicht erfüllt seien. Weiter rügte sie, dass die Vorinstanz während Jahren das in den Urteilen der Rekurskommission angeordnete Vorgehen nicht umgesetzt habe und nun aufgrund eines Aktengutachtens eine für die Beschwerdeführerin nachteilige Verfügung erlasse.

R.

Die Vorinstanz hielt in ihrer Duplik vom 2. April 2008 an der beantragten Abweisung der Beschwerde fest und verwies auf die Ausführungen der IV-Stelle Basel vom 1. April 2008.

Diese führte aus, die Schärfe der Formulierungen in der Replik solle darüber hinweg täuschen, dass der Beschwerdeführerin sachliche Argumente fehlten. Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin habe im vorinstanzlichen Verfahren weder gegen das Aktengutachten noch die damit beauftragte Stelle opponiert. Nachdem nun aber das Gutachten zu Ungunsten der Beschwerdeführerin ausgefallen sei, werden die Rechtsstaatlichkeit des Handels der IV-Stelle Basel in Frage gestellt. Die Erstellung eines Aktengutachtens habe sich aufgedrängt, da Sachverhaltsfragen abzuklären waren, welche bereits weit zurücklagen. Eine aktuelle persönliche Untersuchung hätte diese Fragen nicht beantworten können.

S.

Mit Verfügung vom 9. April 2008 wurde der Schriftenwechsel geschlossen.

T.

Mit Verfügung vom 23. Juli 2009 wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, sich zur Möglichkeit zu äussern, dass das Bundesverwaltungsgericht die Streitsache allenfalls nicht aufgrund der von den Parteien geltend gemachten revisionsrechtlichen Bestimmungen beurteilen, sondern den Anspruch auf eine Invalidenrente gesamthaft im Rahmen der Erstanmeldung vom 30. Oktober/2. November 1999 prüfen könnte.

U.

In ihrer Eingabe vom 17. August 2009 verwies die Vorinstanz auf die Stellungnahme der IV-Stelle Basel vom 14. August 2009, welche sich mit einer allfälligen Prüfung des Rentenanspruchs im Rahmen der Erstanmeldung einverstanden erklärte.

V.

Die Beschwerdeführerin fasste in ihrer Stellungnahme vom 2. Oktober 2009 zunächst die Verfahrensgeschichte seit Dezember 2001 zusammen. Sie stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass die Verfügung vom 28. Januar 2004 infolge des Rückzugs der Einsprache in Rechtskraft erwachsen sei. Es bestehe daher keine Möglichkeit den Rentenanspruch gesamthaft ab Erstanmeldung zu überprüfen, vielmehr seien die revisionsrechtlichen Bestimmungen anzuwenden. Weiter stellt sie sich auf den Standpunkt, eine Neuurteilung des Rentenanspruchs gestützt auf die Erstanmeldung vom 30. Oktober/2. November 1999 müsse im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren vor der IV-Stelle und nicht im Beschwerdeverfahren erfolgen, da ansonsten ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt würde. Abschliessend hielt sie fest, dass ihr zur Zeit keine Leistungen ausbezahlt würden. Die durch die lange Verfahrensdauer bedingte Unsicherheit belaste sie schwer und wirke sich ungünstig auf ihre persönliche und gesundheitliche Situation aus.

W.

Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Die eidgenössische IV-Stelle für Versicherte im Ausland ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen dieser IV-Stelle ist zudem in Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) ausdrücklich vorgesehen.

Angefochten ist eine Verfügung der IVSTA. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

1.1 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Vorbehalten bleiben gemäss Art. 3 Bst. d^{bis} VwVG die besonderen Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1).

Als Adressatin ist die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 59 ATSG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 38 ff. und Art. 60 ATSG) ist daher einzutreten.

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

1.3 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 aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheis-

sen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 212).

2.

Nach der Rechtsprechung stellt das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung einer Streitsache in der Regel auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verwaltungsverfügung (hier: 20. August 2007) eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweis). Weiter sind in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten (BGE 130 V 329). Das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene ATSG ist anzuwenden.

Die Änderungen des IVG und des ATSG vom 6. Oktober 2006 (5. IV-Revision, AS 2007 5129, in Kraft seit 1. Januar 2008) sind im vorliegenden Verfahren nicht anwendbar, da die angefochtene Verfügung vor Inkrafttreten der entsprechenden Bestimmungen ergangen ist (vgl. auch UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich Basel Genf 2009, Art. 82 Rz. 5 und 6 [*im Folgenden: KIESER, ATSG*]).

2.1 Anspruch auf eine Rente der schweizerischen Invalidenversicherung hat, wer invalid im Sinne des Gesetzes ist (Art. 8 ATSG) und beim Eintritt der Invalidität während mindestens eines vollen Jahres Beiträge an die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV) geleistet hat (Art. 36 Abs. 1 IVG). Diese Bedingungen müssen kumulativ gegeben sein; fehlt eine, so entsteht kein Rentenanspruch, selbst wenn die andere erfüllt ist.

Die Beschwerdeführerin hat unbestrittenermassen während mehr als einem Jahr Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung geleistet, so dass die Voraussetzung der Mindestbeitragsdauer für den Anspruch auf eine ordentliche Invalidenrente zweifellos erfüllt ist. Zu prüfen bleibt damit, ob und gegebenenfalls ab wann und in welchem Umfang der Beschwerdeführer invalid im Sinne des Gesetzes ist.

2.2 Laut Art. 8 Abs. 1 ATSG ist unter dem Begriff der Invalidität die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit zu verstehen. 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 Eingliederung 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).

2.3 Bis zum 31. Dezember 2003 bestand der Anspruch auf eine ganze Rente, wenn die versicherte Person mindestens zu zwei Dritteln, derjenige auf eine halbe Rente, wenn sie mindestens zur Hälfte und derjenige auf eine Viertelsrente, wenn sie mindestens zu 40% invalid war (Art. 28 Abs. 1 IVG in der bis zum 31. Dezember 2003 geltenden Fassung). Seit dem 1. Januar 2004 besteht der Anspruch auf eine ganze Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 70%, derjenige auf eine Drei-Viertels-Rente bei einem solchen von mindestens 60%, derjenige auf eine halbe Rente ab einem Grad der Invalidität von 50% und derjenige auf eine Viertelsrente ab einem solchen von 40%. Gemäss Art. 28 Abs. 1^{ter} IVG werden Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50% entsprechen, nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt Art. 28 Abs. 1^{ter} IVG nicht eine blosse Auszahlungsvorschrift, sondern eine besondere Anspruchsvoraussetzung dar (BGE 121 V 275 E. 6c). Eine Ausnahme von diesem Prinzip gilt seit dem 1. Juni 2002 für Schweizer Bürger und Staatsangehörige der Europäischen Gemeinschaft, denen bei einem Invaliditätsgrad ab 40% eine Rente ausgerichtet wird, wenn sie in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft Wohnsitz haben (BGE 130 V 252 E. 2.3 und 3.1).

3.

Im vorliegenden Verfahren ist umstritten, ob die Vorinstanz zu Recht die Verfügung vom 28. Januar 2004 in Anwendung von Art. 53 Abs. 1 ATSG in Revision gezogen und festgestellt hat, die Beschwerdeführerin habe keinen Anspruch auf eine Invalidenrente.

3.1 Gemäss Art. 53 Abs. 1 ATSG müssen formell rechtskräftige Verfügungen und Einspracheentscheide in Revision gezogen werden, wenn die versicherte Person oder der Versicherungsträger nach deren Erlass erhebliche neue Tatsachen entdeckt oder Beweismittel auffindet, deren Beibringung zuvor nicht möglich war (sog. prozessuale Revision). Darüber hinaus gilt auch die Einwirkung auf einen Entscheid durch ein Verbrechen oder Vergehen als Grund für eine Revision von Amtes wegen (Art. 66 Abs. 1 VwVG; vgl. KIESER, ATSG, Art. 53 Rz. 11).

Aus revisionsrechtlicher Sicht gelten Tatsachen als neu entdeckt, wenn sie im Zeitpunkt des zu revidierenden Entscheides zwar bereits bestanden, aber noch nicht bekannt waren oder unverschuldet übersehen wurden (vgl. KIESER, ATSG, Art. 53 Rz. 12 und 14; Urteil des Bundesgerichts C_119/06 vom 24. April 2007 E. 3.2). Keinen Revisionsgrund können allerdings neu vorgebrachte Sachverhaltselemente bilden, welche bloss eine neue Würdigung bereits bekannter Tatsachen darstellen (vgl. BGE 127 V 353 E. 4a). Erheblich sind neue Tatsachen, wenn sie geeignet sind, zu einem von der ursprünglichen Verfügung abweichenden Entscheid zu führen (vgl. KIESER, ATSG, Art. 53 Rz. 13).

Auch Beweismittel sind revisionsrechtlich nur dann relevant, wenn sie neu sind, also bei Erlass der zu revidierenden Verfügung noch nicht bekannt waren (vgl. KIESER, ATSG, Art. 53 Rz. 17). Selbst Beweismittel, die erst nachträglich entstanden sind, können eine Revision rechtfertigen, wobei ausschlaggebend ist, dass das Beweismittel nicht bloss der Sachverhaltswürdigung, sondern der Sachverhaltsermittlung dient. Es genügt nicht, dass ein neues Gutachten bloss den bereits bekannten Sachverhalt anders bewertet (vgl. BGE 110 V 138 E. 2). Immerhin kommt eine Revision aufgrund neuer Beweismittel nur dann in Betracht, wenn diese vor Erlass der zu revidierenden Verfügung nicht hätten beigebracht werden können.

3.2 Vorab ist zu prüfen, ob die Verfügung vom 28. Januar 2004 formell rechtskräftig geworden ist.

3.2.1 Die Beschwerdeführerin hatte sich bereits am 30. Oktober 1999 bei der IV-Stelle Basel für den Bezug von Leistungen der Invalidenversicherung angemeldet (IV-Akten, act. 1). Die IV-Stelle wies das Gesuch mit Verfügung vom 19. Dezember 2001 ab (IV-Akten, act. 33). Eine hiegegen erhobene Beschwerde hiess die Rekurskommission mit Urteil vom 24. Februar 2003 gut und wies die Sache an die Vorinstanz

zurück (IV-Akten, act. 62). Am 28. Januar 2004 sprach die IVSTA der Beschwerdeführerin ab dem 1. Juni 2002 eine ganze Rente und ab dem 1. Januar 2004 eine Dreiviertelrente zu, beides gestützt auf einen Invaliditätsgrad von 67% (IV-Akten, act. 76). In ihrer Einsprache vom 1. März 2004 beantragte die Beschwerdeführerin, die Verfügung vom 28. Januar 2004 der IV-Stelle Basel sei teilweise aufzuheben und der Beschwerdeführerin sei bereits ab dem 1. November 1999 eine ganze Invalidenrente zuzusprechen, eventualiter seien weitere medizinische Abklärungen in Auftrag zu geben (IV-Akten, act. 76). Mit Einspracheentscheid vom 3. August 2004 wurde die Einsprache teilweise gutgeheissen und die Sache an der IV-Stelle Basel überwiesen, damit diese den Sachverhalt vollständig abkläre (IV-Akten, act. 86). Mit Eingabe vom 14. September 2004 gelangte die Beschwerdeführerin an die Rekurskommission mit den Anträgen, es seien die Verfügungen vom 28. Januar 2004 und der Einspracheentscheid vom 3. August 2004 teilweise aufzuheben und es sei ihr mit Wirkung ab dem 1. November 1999 eine ganze Invalidenrente zu sprechen (IV-Akten, act. 88). Mit Urteil vom 21. März 2006 hob die Rekurskommission in teilweiser Guttheissung der Beschwerde den Einspracheentscheid vom 3. August 2004 auf und wies die Sache an die Vorinstanz zurück (IV-Akten, act. 106). Nachdem die IVSTA das Einspracheverfahren wieder aufgenommen und der Beschwerdeführerin am 22. Februar 2007 eine *reformatio in peius* angedroht hatte (IV-Akten, act. 114), zog die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 18. April 2007 ihre Einsprache vom 1. März 2004 zurück (IV-Akten, act. 119). In der Folge schrieb die IVSTA das Einspracheverfahren mit Verfügung vom 7. Juni 2007 als gegenstandslos ab (IV-Akten, act. 121).

3.2.2 Aus diesem Verfahrensablauf wird deutlich, dass die Verfügung vom 28. Januar 2004 (nachträglich) in formelle Rechtskraft erwachsen ist. Diese Verfügung schloss das mit Leistungsbegehren vom 30. Oktober 1999 eingeleitete Verfahren ab. Infolge teilweiser Anfechtung durch Einsprache und anschliessender Beschwerde trat die Rechtskraft allerdings nicht unmittelbar ein. Vielmehr wurde die Verfügung erst dadurch rechtskräftig, dass die Einsprache nach der Rückweisung der Sache durch die Rekurskommission zurückgezogen wurde. Dies war zur Vermeidung einer *reformatio in peius* durchaus angezeigt und auch möglich, hatte die Rekurskommission in ihrem Urteil vom 21. März 2006 doch ausdrücklich nur den Einspracheentscheid aufgehoben und in den Erwägungen – auf welche das Dispositiv verweist – festgehalten, die Sache gehe "zum Erlass eines neuen Einsprache-

entscheidungs an die IV-Stelle" zurück. Die Verfügung vom 28. Januar 2004 blieb durch das Urteil der Rekurskommission also unberührt, und das Verfahren befand sich erneut in der Phase der Beurteilung der Einsprache vom 1. März 2004.

Dieses Vorgehen entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichts, gemäss welcher sich ein Einspracheentscheid gemäss Art. 52 ATSG nicht darauf beschränken darf, die angefochtene Verfügung infolge der Notwendigkeit weiterer Abklärungen aufzuheben. Wenn nach der Erhebung der Einsprache festgestellt wird, dass die Entscheidungsgrundlagen unvollständig sind, ist der Sachverhalt im Einspracheverfahren unter Wahrung der Parteirechte zu vervollständigen und das Verwaltungsverfahren mit einem Einspracheentscheid abzuschliessen (vgl. BGE 131 V 407).

Durch den Rückzug der Einsprache fiel das Objekt des Einspracheverfahrens dahin, weshalb dieses wegen Gegenstandslosigkeit abzuschreiben war und die Verfügung vom 28. Januar 2004 nachträglich in Rechtskraft erwuchs (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 242f., ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 183 Rz. 3.200).

3.2.3 Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob die Verfügung vom 28. Januar 2004 allenfalls bereits vor dem Rückzug der Einsprache teilweise in Rechtskraft erwachsen ist, weil mit der Einsprache bloss die teilweise Aufhebung der Verfügung beantragt worden war. Entscheidend ist allein, dass die Verfügung im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Revisionsverfügung vom 20. August 2007 vollumfänglich in formeller Rechtskraft stand. Unter diesen Umständen besteht auch kein Anlass dafür, den Rentenanspruch der Beschwerdeführerin umfassend, aufgrund ihrer Erstanmeldung vom 30. Oktober/2. November 1999 und ohne Berücksichtigung der Verfügung vom 28. Januar 2004 zu beurteilen, wie sich dies das Bundesverwaltungsgericht in der Verfügung vom 23. Juli 2009 noch vorbehalten hatte.

3.3 Damit ist im Folgenden zu prüfen, ob ein ausreichender Grund für die Revision der rechtskräftigen Verfügung vom 28. Januar 2004 vorliegt, ob also nach deren Erlass erhebliche neue Tatsachen entdeckt oder Beweismittel aufgefunden worden sind, deren Beibringung zuvor nicht möglich war.

Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, eine Revision der Verfügung vom 28. Januar 2004 und die Aufhebung der der Beschwerdeführerin zugesprochenen Rente sei zulässig, weil das im Rahmen des Einspracheverfahrens eingeholte Gutachten der MEDAS Inselspital vom 1. Februar 2007 (IV-Akten, act. 112) als neues, bei Erlass der Verfügung vom 28. Januar 2004 noch nicht vorliegendes Beweismittel zu gelten habe, welches neue Tatsachen enthalte.

Im Folgenden ist vorab der massgebliche, insbesondere medizinische Sachverhalt, wie er sich bei Erlass der Verfügung vom 28. Januar 2004 aus den Akten ergab, darzustellen. Vor diesem Hintergrund ist danach zu prüfen, ob das Gutachten der MEDAS Inselspital als zuvor nicht bebringbares Beweismittel bzw. als neue Tatsache zu gelten hat.

3.3.1 Die Vorinstanz stützte ihre Verfügung vom 28. Januar 2004 hauptsächlich auf das Gutachten des ZMB Basel vom 13. Mai 2003 (IV-Akten, act. 66), welches in Kenntnis der vorhergehenden medizinischen Unterlagen und aufgrund eigener Untersuchungen der Beschwerdeführerin erstellt worden war. Das Gutachten des ZMB Basel war bereits am 16. Oktober 2002 – also noch vor dem Urteil der Rekurskommission vom 24. Februar 2003 (IV-Akten, act. 62) – durch die IV-Stelle Basel in Auftrag gegeben worden (IV-Akten, act. 63).

Die beurteilenden Ärzte führten im Wesentlichen aus, es bestünden seit Jahren panvertebral lokalisierte Rückenschmerzen sowie seit drei bis vier Jahren linksseitige Schulterschmerzen. Im Weiteren seien auch die brennenden Schmerzen im Bereiche des Gesässes beidseits, mit entsprechender Ausstrahlung ausgeprägter geworden. Das Schmerzsyndrom sei bisher therapieresistent. Geplant sei eine Acromioplastik der linken Schulter. Aus rheumatologischer Sicht sollte regelmässig eine adäquate Kräftigungsgymnastik erfolgen, die geplante Acromioplastik bringe wahrscheinlich keine wesentliche Verbesserung. Die bisher durchgeführten bildgebenden Untersuchungen hätten keine wesentlichen Läsionen des Bewegungsapparates gezeigt. Bezüglich der psychologischen Begutachtung wurde festgehalten, vergleiche man den psychiatrischen Befund vom Dezember 2000 mit dem heutigen, so lasse sich eine ähnliche Problematik feststellen. Heute zeige sich etwas deutlicher die psychosomatische Komponente, die als Hintergrund eindeutig eine neurotische Depression habe, welche sich zwischenzeitlich leicht verschlechtert habe. Es bestehe eine vorwiegend apathisch-gehemmte Symptomatik und eine psychische

Überlagerung der somatischen Symptome mit multiplen Symptomen, die eindeutig für eine psychosomatische Entwicklung sprächen.

Folgende Diagnose mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit wurde gestellt:

Somatoforme Störung mit/bei

- panvertebralem Schmerzsyndrom
- schmerzhaftem Schultersyndrom links bei Periathropathia humero-scapularis tendinotica
- Epicondylopathie humeri lateralis und medialis links
- muskuläre Dysbalance im Bereiche des Beckengürtels
- Dysthymia (neurotische Depression)

Als Nebendiagnosen ohne Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit wurden genannt:

- Status nach Hysterektomie 1992
- Status nach Hämorrhoidenoperation 2000

Bezüglich des Grades der Arbeitsfähigkeit im bisherigen Arbeitsverhältnis bzw. Aufgabenbereich stellten sich die beurteilenden Ärzte auf den Standpunkt, die Beschwerdeführerin sei in ihrer früheren Tätigkeit als Näherin und Verkäuferin zu 70% eingeschränkt. In Verweisungstätigkeiten körperlich leichter und mittelschwerer Natur sei sie in gleichem Masse eingeschränkt. Bei den aktuellen Untersuchungen stehe eine sich bereits im Jahre 2001 abzeichnende psychosomatische Entwicklung im Vordergrund, die Grundlage eines panvertebralen Schmerzsyndroms im Sinne eines Weichteilrheumatismus sei. Eine eigentliche Fibromyalgie habe aber nicht diagnostiziert werden können. Weiter bestehe eine deutlich apathisch-gehemmte Depression, welche im Rahmen einer neurotischen Persönlichkeitsstruktur zu verstehen sei und bei der heutigen Ausprägung auch Krankheitswert habe. Insgesamt bestehe gegenüber der Voruntersuchung vom 2001 eine Verschlechterung des gesamten Gesundheitszustandes, dies sowohl auf der Ebene der somatischen Beschwerden im Sinne einer eindeutig vorliegenden psychosomatischen Entwicklung wie auch der depressiven Symptomatik. Der psychosomatischen Entwicklung müssen nach einem Verlauf von wahrscheinlich sieben Jahren auch eine Chronifizierung zugemessen werden.

Auf Rückfrage der IV-Stelle Basel hin verwies das ZMB Basel auf ihre früheren Berichte und bestätigte die bisherigen Aussagen (IV-Akten,

act. 96). Der Eintritt der Verschlechterung des Gesundheitszustandes sei ungefähr auf März 2002 festzulegen.

3.3.2 Mit Verfügung vom 20. August 2007 hob die IVSTA die bisher gewährte Rente auf. Der Entscheid wurde im Wesentlichen auf das Gutachten der MEDAS Inselspital vom 1. Februar 2007 (IV-Akten, act. 112) gestützt, wonach bei der Beschwerdeführerin nie eine relevante Arbeitsunfähigkeit bestanden habe. Dieses Gutachten war am 12. Juni 2006 in Auftrag gegeben worden, nachdem die Rekurskommission in ihrem Rückweisungsentscheid vom 21. März 2006 (IV-Akten, act. 106) festgestellt hatte, die bereits im Urteil vom 24. März 2003 (IV-Akten, act. 62) aufgezeigten, ungeklärten Fragen seien immer noch nicht beantwortet. Das Gutachten des MEDAS Inselspital stützt sich auf die bereits vorhandenen Unterlagen und würdigt diese im Sinne einer Oberbegutachtung. Es wurden keine persönlichen Untersuchungen der Beschwerdeführerin durchgeführt.

Die Gutachter der MEDAS Inselspital hielten im Wesentlichen fest, bei der Beschwerdeführerin habe sich – bei nicht fassbarer Ursache – ausgehend von Rücken- und Nackenschmerzen ein zunehmend ausgedehnteres, therapierefraktäres, unspezifisches Beschwerdebild entwickelt, für das sich weder klinisch noch bildgebend ein objektives Korrelat finde. Weiter führten sie aus, aufgrund der vorliegenden medizinischen Unterlagen sei zwischen Dezember 2000 und April 2003 keine Verschlechterung des Gesundheitszustandes ausgewiesen. Ohne Berücksichtigung krankheitsfremder Faktoren könne von einer weitgehend erhaltenen Arbeitsfähigkeit ausgegangen werden, und zwar während des ganzen Zeitraums vom 1. Dezember 1998 bis zur Erstellung des Obergutachtens. Der Gesundheitszustand habe sich zwischenzeitlich nicht verschlechtert. Nach der erfolgreichen Schulteroperation vom Mai 2006 müssten sich insbesondere die Schulterschmerzen links zurückgebildet haben. Zudem habe auch eine Partialruptur der Rotatorenmanschette keine dauerhafte Arbeitsunfähigkeit zur Folge.

Da die Symptomatik keiner definierten Erkrankung zugeordnet werden könne und in der Regel als absolut therapierefraktär beschrieben werde, sei verständlich, dass das ZMB Basel die in seinem zweiten Gutachten vom 13. Mai 2003 postulierte massgebliche Verschlechterung des Gesundheitszustandes nicht in nachvollziehbarer Weise habe datieren können. Weiter wurde bemängelt, dass sich bereits das

Gutachten des ZMB Basel vom 9. Januar 2001 (IV-Akten, act. 16) in erster Linie auf die von der Versicherten geschilderten psychischen Befindlichkeit gestützt habe. Es sei zu bedenken, dass bei Beschwerden, die auf somatischer Ebene kein objektives Korrelat fänden, nicht direkt auf eine eigenständige psychische Störung von arbeitsrelevantem Krankheitswert geschlossen werden dürfe. Eine krankheitswertige Störung müsse gutachterlich transparent aus den Kriterien der anerkannten Diagnosecodes ICD 10 und DSM IV hergeleitet werden. Die so diagnostizierte Erkrankung müsse eine Dauer und einen Schweregrad aufweisen, welche eine länger anhaltende Arbeitsunfähigkeit zu begründen vermöge. Zudem sei eine suffiziente psychiatrische Behandlung zu verlangen. Letztlich hätten die Ärzte – sowohl des ZMB Basel als auch der Rheumaklinik Säckingen – bei ihrer Bemessung der Arbeitsunfähigkeit übersehen, dass die Versicherte über erhaltene körperliche und geistige Funktionen sowie eine durchschnittliche psychische Belastbarkeit verfüge und nach geltender Rechtsprechung Schmerzangaben der versicherten Person allein keine Arbeitsunfähigkeit begründeten.

Die Gutachter der MEDAS Inselspital hielten abschliessend fest, es bestehe keine Diagnose mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit. Ohne Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit seien die Diagnosen einer leichten Minderbelastbarkeit der Schulter links, die chronifizierten, linksbetonten Schmerzen im Bewegungsapparat ohne objektives Korrelat (erstmalig 1986 beschrieben und seit 1994 [Steissbeinkontusion] verstärkt, seit 1996 kontinuierlich exazerbierend geklagt), eine Epicondylitis humeri radialis et ulnaris links sowie der Zustand nach Hysterektomie 1992. Die leichte Minderbelastbarkeit der dominanten linken Schulter verbiete ausserhäusliche und häusliche Aktivitäten mit dem Erfordernis repetitiver Überkopfarbeiten. Durch die chronifizierten Schmerzen im Bewegungsablauf erfahre die Beschwerdeführerin auf unabsehbare Zeit in jeder Tätigkeit eine Minderung ihrer Leistungs-, nicht aber ihrer Arbeitsfähigkeit. Auf der psychisch-geistigen Ebene sowie im sozialen Bereich bestünden keine Beeinträchtigungen. Die bisherigen Tätigkeiten als Verkäuferin/Näherin könnten unter Verzicht auf repetitive Überkopfarbeiten uneingeschränkt ganztags ausgeführt werden. Die Verminderung der Leistungsfähigkeit betrage 20% bis maximal 25%. Eine medizinisch begründete Arbeitsunfähigkeit von 20% oder mehr habe nie für längere Zeit bestanden. Objektiv sei der Grad der Arbeitsfähigkeit konstant geblieben. Der Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin habe sich seit der orthopädischen Begut-

achtung durch Dr. O. _____ anfangs 2000 (IV-Akten, act. 9) nicht in rentenrelevantem Ausmass verschlechtert.

3.3.3 Beim Gutachten der MEDAS Inselfpital, welches nach Erlass der leistungszusprechenden Verfügung vom 28. Januar 2004 erstellt wurde, handelt es sich um ein reines Aktengutachten; eigene Untersuchungen wurden durch die Gutachter nicht durchgeführt. Es wurde allein aufgrund der medizinischen Unterlagen erstellt, welche der Vorinstanz grösstenteils bereits bei Erlass des Entscheides vom 28. Januar 2004 zur Verfügung standen. Die Rekurskommission hatte bereits in seinem Rückweisungsurteil vom 24. Februar 2002 die Vorinstanz aufgefordert, ein Obergutachten aufgrund der vorhandenen Unterlagen erstellen zu lassen, da sich die medizinischen Beurteilungen teilweise widersprächen. Die Vorinstanz hatte es in der Folge unterlassen, vor Erlass ihrer Verfügung vom 28. Januar 2004 bzw. des Einspracheentscheides vom 3. August 2004 dieses Gutachten in Auftrag zu geben und dessen Ergebnisse abzuwarten. Der Auftrag wurde erst am 12. Juni 2006 erteilt. Beim Gutachten der MEDAS Inselfpital handelt es sich daher keinesfalls um ein Beweismittel, dessen Beibringung vor Erlass der Verfügung und im nachfolgenden Verfahren – bei hinreichender Sorgfalt – nicht möglich gewesen wäre (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_655/2007 vom 4. Januar 2008). Ebensowenig gehen daraus neue erhebliche Tatsachen hervor, wurde doch offensichtlich bloss eine andere Beurteilung des gleichen medizinischen Sachverhaltes und keine neue Sachverhaltsabklärung vorgenommen (vgl. BGE 110 V 138 E. 2; zum ganzen E. 3.1 hiavor).

Die Voraussetzungen für ein Rückkommen auf die Verfügung vom 28. Januar 2004 – im Sinne einer prozessualen Revision gemäss Art. 53 Abs. 1 ATSG – sind daher nicht erfüllt.

4.

Im Folgenden bleibt zu prüfen, ob sich ein Rückkommen auf die Verfügung vom 28. Januar 2004 gestützt auf einen andern Rechtstitel rechtfertigte, was im Rahmen einer substituierten Begründung zu beachten wäre.

4.1 Tritt nach dem Erlass einer ursprünglich fehlerfreien Verfügung eine anspruchsrelevante Änderung des Sachverhalts ein (nachträgliche tatsächliche Unrichtigkeit), hat gegebenenfalls eine Anpassung im Rahmen einer Rentenrevision nach Art. 17 Abs. 1 ATSG stattzufinden (vgl. E. 4.2 hiernach). Falls die Verfügung auf einer fehler-

haften Rechtsanwendung beruht (anfängliche rechtliche Unrichtigkeit), ist ein Rückkommen unter dem Titel der Wiedererwägung gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG zu prüfen (vgl. E. 4.3 hiernach). Nicht gesetzlich geregelt ist der Tatbestand der nachträglichen rechtlichen Unrichtigkeit infolge einer nach dem Verfügungserlass eintretenden Änderung der massgebenden Rechtsgrundlagen (vgl. E. 4.4 hiernach; vgl. zum Ganzen etwa die Urteile des Bundesgerichts 8C_502/2007 vom 26. März 2009 E. 5.1 und 9C_1009/2008 vom 1. Mai 2009 E. 4.1, je mit Hinweisen).

4.2 Als erstes ist zu prüfen, ob die Verfügung vom 28. Januar 2004 allenfalls gestützt auf Art. 17 ATSG in Revision gezogen werden könnte.

4.2.1 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung setzt eine revisionsrechtliche Rentenherabsetzung oder -aufhebung im Sinne von Art. 17 ATSG eine anspruchserhebliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse voraus. Relevant sind eine objektive Verbesserung des Gesundheitszustands mit entsprechend gesteigerter Arbeitsfähigkeit oder geänderte erwerbliche Auswirkungen einer im Wesentlichen gleich gebliebenen Gesundheitsbeeinträchtigung. Demgegenüber stellt eine bloss andere, abweichende Beurteilung eines im Wesentlichen gleich gebliebenen Sachverhalts keine revisionsrechtlich relevante Änderung dar (BGE 112 V 371 S. 372 unten; SVR 2004 IV Nr. 5 S. 13 E. 2, I 574/02; Urteile des Bundesgerichts 9C_603/2008 vom 4. Februar 2009 E. 2.2, mit weiteren Hinweisen, und 9C_149/2009 vom 14. Juli 2009). Grundsätzlich identisch gebliebene Diagnosen schliessen eine revisionsrechtlich erhebliche Steigerung des tatsächlichen Leistungsvermögens (Arbeitsfähigkeit) – sei es aufgrund eines objektiv geminderten Schweregrades ein- und desselben Leidens, sei es aufgrund einer verbesserten Leidensanpassung der versicherten Person – nicht aus. Ob eine derartige tatsächliche Änderung oder aber eine revisionsrechtlich unbeachtliche abweichende ärztliche Einschätzung eines im Wesentlichen gleich gebliebenen Gesundheitszustands vorliegt, bedarf – auch mit Blick auf die mitunter einschneidenden Folgen für die versicherte Person – einer sorgfältigen Prüfung (vgl. etwa ULRICH MEYER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, Zürich 1997, S. 259). Dabei gilt auch hier der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit; die blossе Möglichkeit einer Verbesserung tatsächlicher Art genügt nicht.

4.2.2 Gemäss den vorliegenden Akten hat sich zwischen dem Erlass der Verfügung vom 28. Januar 2004 und der Renten aufhebenden Verfügung vom 20. August 2007 – soweit dazu überhaupt Ergebnisse ärztliche Untersuchungen vorliegen – der Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin nicht wesentlich verändert. Dies wird auch im Gutachten der MEDAS Inselspital bestätigt, das grösstenteils retrospektiv und aufgrund der früheren Berichte erstellt wurde. Die Vorinstanz macht denn auch zu Recht keine Besserung des Gesundheitszustands der Beschwerdeführerin geltend.

Die unterschiedlichen Aussagen zur Arbeitsfähigkeit, insbesondere im Gutachten des ZMB Basel vom 13. Mai 2003 einerseits und im Aktengutachten der MEDAS Inselspital vom 1. Februar 2007 andererseits, beruhen auf einer abweichenden medizinischen Einschätzung des gleichgebliebenen Sachverhalts. So haben denn auch die Gutachter der MEDAS Inselspital ausgeführt, objektiv sei der Grad der Arbeitsfähigkeit (über die gesamte Dauer des Verfahrens) gleich geblieben. Weiter wurde festgehalten, nach der im Zeitpunkt der Begutachten vom 1. Februar 2007 geltenden Rechtsprechung könne aus den Schmerzangaben der Beschwerdeführerin allein nicht auf eine Arbeitsunfähigkeit geschlossen werden. Die Gutachter beriefen sich augenscheinlich auf die durch das Bundesgericht in seiner Entscheidung vom 12. März 2004 (BGE 130 V 352) konkretisierten Kriterien zur Beurteilung von Schmerzstörungen ohne objektives Korrelat und deren Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit eines Versicherten. Von einer tatsächlichen Änderungen, insbesondere einer massgeblichen Besserung des Gesundheitszustandes der Beschwerdeführerin wird im Obergutachten nicht gesprochen. Es ist offensichtlich, dass im Gutachten der MEDAS Inselspital bloss eine revisionsrechtlich unbeachtliche abweichende ärztliche Einschätzung des im Wesentlichen gleich gebliebenen Gesundheitszustands erfolgte.

Weiter bestehen keine Hinweise darauf, dass sich der rechtlich relevante Sachverhalt in anderer Weise verändert haben könnte. Unter diesen Umständen scheidet eine Rentenrevision gemäss Art. 17 Abs. 1 ATSG aus.

4.3 Weiter ist abzuklären, ob die Verfügung vom 28. Januar 2004 allenfalls gestützt auf Art. 53 Abs. 2 ATSG in Wiedererwägung gezogen werden könnte.

4.3.1 Gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG kann der Versicherungsträger auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Eine zweifellose Unrichtigkeit liegt nicht nur vor, wenn die in Wiedererwägung zu ziehende Verfügung auf Grund falscher oder unzutreffender Rechtsregeln erlassen wurde, sondern auch, wenn massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden (BGE 126 V 333 E. 2a/bb). Die Unrichtigkeit kann sich sowohl auf die Rechtsanwendung als auch auf die Sachverhaltsfeststellung beziehen (BGE 127 V 10 E. 4b), nicht aber auf eine unzutreffende Ermessensbetätigung (THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage, Bern 2003, S. 470 Rz. 16). Ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Wiedererwägung besteht nicht; das Zurückkommen auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide beim Fehlen eigentlicher Revisionsgründe liegt im Ermessen des Versicherungsträgers (BGE 133 V 50 E. 4.1).

4.3.2 Vorliegend lässt sich eine Änderung der mit rechtskräftiger Verfügung vom 28. Januar 2004 gewährten Leistungen auch nicht auf den Rückkommenstitel der Wiedererwägung stützen, da die ursprüngliche Rentenzusprechung nicht als zweifellos unrichtig bezeichnet werden kann.

Bei der Begutachtung eines Versicherten ist es Aufgabe des Arztes, den Gesundheitsschaden zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang, ab welchem Zeitpunkt und bezüglich welcher Tätigkeiten der Versicherte arbeitsunfähig ist. Im Weiteren sind die ärztlichen Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen dem Versicherten noch zugemutet werden können (vgl. BGE 115 V 134 E. 2, BGE 114 V 314 E. 3c mit Hinweisen; ZAK 1991 S. 319 E. 1c).

Der oben dargestellte, in Kenntnis der bestehenden Akten und aufgrund eigener Untersuchungen erstellte Bericht des ZMB Basel und die darin bestimmte Arbeitsunfähigkeit sind – im Lichte der damaligen Rechtsprechung (vgl. BGE 102 V 165) – durchaus nachvollziehbar. Der Bericht genügt den bundesgerichtlichen Anforderungen an ärztliche Gutachten, wonach entscheidend ist, 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 (vgl. BGE 125 V 351 E. 3a, BGE 122 V 157 E. 1c). Die Gewährung einer Rente aufgrund eines Invaliditätsgrades von 67% (korrekterweise in Anwendung der gemischten Methode bestimmt) ab dem 1. Juni 2002 ist nicht als zweifellos unrichtig zu qualifizieren. Die genügende Abklärung des Sachverhaltes für die Rentenzusprechung ab dem 1. Juni 2002 bis zum 1. Januar 2004 ist denn durch die Rekurskommission mit Urteil vom 21. März 2006 bestätigt worden. Bemängelt wurde in diesem Urteil nur, dass der vorhergehende Zeitraum nicht genügend abgeklärt war und Unklarheiten über die Restarbeitsfähigkeit ab Januar 2004 bestünden, weshalb der Fall damals an die Vorinstanz zurückgewiesen wurde.

4.4 Auch der Anpassungsgrund der veränderten Rechtsgrundlage scheidet vorliegend aus. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 8C_502/2007 vom 26. März 2009 festgehalten, dass die Änderung der Rechtsprechung zur somatoformen Schmerzstörung (BGE 130 V 352) keinen hinreichenden Anlass bildet, um unter dem Titel der Anpassung an eine geänderte Gerichtspraxis auf Rentenentscheide zurückzukommen, welche zu einem früheren Zeitpunkt mittels formell rechtskräftiger Verfügung zugesprochen wurden. Dasselbe gilt für den vorliegend nicht anwendbaren, am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Art. 7 Abs. 2 ATSG (Urteil des Bundesgerichts 9C_1009/2008 vom 1. Mai 2009).

5.

Zusammenfassend ergibt sich, dass für die auf Ende September 2007 verfügte Rentenaufhebung keine hinreichender Anpassungstitel besteht. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und die angefochtene Verfügung der IVSTA vom 20. August 2007 in Bestätigung der Verfügung vom 28. Januar 2004 aufzuheben.

6.

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

6.1 Weder der teilweise obsiegenden Beschwerdeführerin noch der Vorinstanz sind Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 *e contrario* und Abs. 2 VwVG). Der bereits geleistete Verfahrenskostenvorschuss ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils rückzuerstatten.

6.2 Der obsiegenden Partei kann nach Massgabe ihres Erfolges von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Im vorliegenden Verfahren ist der Beschwerdeführerin auf Grund ihres Obsiegens eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen, die von der Vorinstanz zu bezahlen ist (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE). Die Höhe der Entschädigung ist nach pflichtgemäsem Ermessen aufgrund der Akten zu bestimmen, hat doch die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin keine Kostennote eingereicht (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Das Anwaltshonorar ist nach dem notwendigen Zeitaufwand der Vertreterin zu bemessen wobei der Stundenansatz mindestens Fr. 200.- und höchstens Fr. 400.- beträgt. In diesen Stundenansätzen ist die Mehrwertsteuer nicht enthalten (Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE). Vorliegend ist allerdings keine Mehrwertsteuer geschuldet und somit auch nicht zu entschädigen (vgl. Art. 5 lit. b in Verbindung mit Art. 14 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes vom 2. September 1999 über die Mehrwertsteuer [MWSTG, SR 641.20]; Urteil des EVG I 30/03 vom 22. Mai 2003 E. 6.4). Unter Berücksichtigung dieser Bestimmungen und des angezeigten und sich aus den Akten ergebenden Vertretungsaufwandes erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung (inklusive Auslagenersatz) von insgesamt Fr. 2'500.- als angemessen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung vom 20. August 2007 wird in Bestätigung der Verfügung vom 28. Januar 2004 aufgehoben.

2.

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

3.

Die IV-Stelle für Versicherte im Ausland wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin innert 30 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'500.-- auszurichten.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. _____)
- Bundesamt für Sozialversicherungen

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Stefan Mesmer

Ingrid Künzli

Rechtsmittelbelehrung:

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

Versand: