



Urteil vom 20. Juni 2011

Besetzung

Richter Michael Peterli (Vorsitz),
Richter Vito Valenti,
Richterin Elena Avenati-Carpani,
Gerichtsschreiberin Sandra Tibis.

Parteien

X. _____, Österreich,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

IV (Rente).

Sachverhalt:**A.**

Die am (...) 1946 geborene, geschiedene, österreichische Staatsangehörige X._____ lebt in Österreich (IV-act. 4). Sie arbeitete in den Jahren 1988 bis 2008 in der Schweiz als Service-Angestellte (Grenzgängerstatus) und entrichtete dabei Beiträge an die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (IV-act. 1 und 9). Am 15. Oktober 2008 stellte sie bei der Sozialversicherungsanstalt St. Gallen (nachfolgend: SVA SG) einen Antrag auf Ausrichtung von Leistungen der Invalidenversicherung (IV-act. 4).

B.

Mit Verfügung vom 29. Dezember 2009 (IV-act. 45) wies die IV-Stelle für Versicherte im Ausland (nachfolgend: IVSTA oder Vorinstanz) das Leistungsbegehren von X._____ ab, da eine leidensangepasste Tätigkeit zu 100% zumutbar sei und keine Leistungseinbusse resultiere.

Die IVSTA zog zur Beurteilung des Gesuchs namentlich folgende Unterlagen bei: die Berichte von Dr. med. A._____, Facharzt für Orthopädie und orthopädische Chirurgie, vom 7. November 2008 (IV-act. 13), vom 20. März 2009 (IV-act. 27) und vom 8. Oktober 2009 (IV-act. 41), den Bericht von Dr. med. B._____, Gemeindefacharzt/Allgemeinmediziner, vom 23. Januar 2009 (IV-act. 21), die medizinischen Stellungnahmen von Dr. med. C._____ des regionalen ärztlichen Dienstes (RAD), Facharzt für Orthopädie, vom 7. Januar 2009 (IV-act. 17), vom 29. Januar 2009 (IV-act. 22) und vom 26. März 2009 (IV-act. 30).

Die Ärzte stellten bei X._____ im Wesentlichen folgende Diagnosen: Hallux valgus rechts, Hammerzehe (Dig. II, rechts), chronische Lumbalgie, Periarthritis humeroscapularis rechts, Osteoporose, Coxarthrose beidseits, Tarsaltunnelsyndrom mit zugehöriger Metatarsalgie, minimal aktivierte Retropatellararthrose, Morbus Scheuermann bei Th7 und Th5 mit deutlichen Schmorl'schen Hernien, Myokardiopathie, Vertigo, Tinnitus, Cephalaea sowie Wetterfühligkeit.

C.

Gegen die Verfügung vom 29. Dezember 2009 erhob X._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 5. Februar 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte sinngemäss

die Zusprache einer Invalidenrente und die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, sie sei in ärztlicher Behandlung und müsse wöchentlich zur Therapie, damit sie als Service- und Küchenangestellte arbeiten könne.

D.

Am 11. März 2010 reichte die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht das ausgefüllte Formular "Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege" und am 7. März 2010 (recte: 7. April 2010) die vom Instruktionsrichter einverlangte Ergänzung zu den gemachten Angaben ein.

E.

Mit Vernehmlassung vom 10. Juni 2010 beantragte die IVSTA unter Hinweis auf die Stellungnahme der SVA SG vom 20. Mai 2010 die Abweisung der Beschwerde. Die SVA SG führte im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführerin sei trotz ihrer gesundheitlichen Einschränkungen in der Lage, einer angepassten Tätigkeit nachzugehen; es bestehe daher keine Invalidität in rentenbegründendem Ausmass.

F.

Die Beschwerdeführerin liess sich nicht mehr vernehmen.

G.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien sowie die eingereichten Beweismittel ist – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) in Verbindung mit Art. 33 lit. d VGG und Art. 69 Abs. 1 lit. 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 IV-Stelle für Versicherte im Ausland. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor.

1.2. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Gemäss Art. 3 lit. d^{bis} bleiben in sozialversicherungsrechtlichen Verfahren die besonderen Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (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 26^{bis} und Art. 28 bis 70), 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 Abs. 1 ATSG und Art. 52 Abs. 1 VwVG) eingereicht wurde, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.

2.1. Die Beschwerdeführerin ist österreichische Staatsangehörige, so dass vorliegend das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681), insbesondere dessen Anhang II betreffend Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, anzuwenden ist (Art. 80a IVG). Nach Art. 3 Abs. 1 der 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 (Verordnung Nr. 1408/71, SR 0.831.109.268.1), haben die in den persönlichen Anwendungsbereich der Verordnung fallenden, in einem

Mitgliedstaat wohnenden Personen aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

2.2. Soweit das FZA beziehungsweise die auf dieser Grundlage anwendbaren gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakte keine abweichenden Bestimmungen vorsehen, richtet sich die Ausgestaltung des Verfahrens – unter Vorbehalt der beiden Grundsätze der Gleichwertigkeit sowie der Effektivität – sowie die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen einer schweizerischen Invalidenrente grundsätzlich nach der innerstaatlichen Rechtsordnung (BGE 130 V 257 E. 2.4). Entsprechend bestimmt sich vorliegend der Anspruch der Beschwerdeführerin auf eine Rente der Invalidenversicherung ausschliesslich nach dem innerstaatlichen schweizerischen Recht, insbesondere nach dem IVG sowie der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201).

3.

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

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

3.3. Weiter sind in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten (BGE 132 V 220 E. 3.1.1, 131 V 11 E. 1). Daher ist ein allfälliger Leistungsanspruch für die Zeit bis zum 31. Dezember 2007 aufgrund der bisherigen und ab diesem Zeitpunkt nach den neuen Normen zu prüfen (pro rata temporis; BGE 130 V 445).

Die 5. IV-Revision brachte für die Invaliditätsbemessung keine substantziellen 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, AS 2007 5129]) 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. Hat das Wartejahr allerdings vor dem 1. Januar 2008 zu laufen begonnen 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).

4.

Vorab ist zu prüfen, ob die IVSTA angesichts des bei der SVA SG eingereichten Gesuchs die zuständige Verfügungsbehörde war.

4.1. Die örtliche Zuständigkeit der IV-Stelle richtet sich in der Regel nach dem Wohnsitz des Versicherten im Zeitpunkt der Anmeldung (Art. 55 IVG). Zuständig zur Entgegennahme und Prüfung der Anmeldung von Grenzgängern ist die IV-Stelle in deren Tätigkeitsgebiet der Grenzgänger eine Erwerbstätigkeit ausübt. Dies gilt auch für ehemalige Grenzgänger, sofern sie bei der Anmeldung ihren ordentlichen Wohnsitz noch in der benachbarten Grenzzone haben und der Gesundheitsschaden auf die Zeit ihrer Tätigkeit als Grenzgänger zurückgeht. Die Verfügungen werden von der IV-Stelle für Versicherte im Ausland erlassen (Art. 40 Abs. 2 IVV).

4.2. Die Beschwerdeführerin war Grenzgängerin und hatte ihre letzte Arbeitsstelle im Kanton St. Gallen; sie wohnt zudem noch im Grenzgebiet. Sie hat sich somit zu Recht bei der SVA SG zum Leistungsbezug angemeldet. Der Erlass der Verfügung durch die IVSTA ist gemäss obenstehenden Ausführungen nicht zu beanstanden.

5.

5.1. Vorliegend hat die Beschwerdeführerin die gemäss der seit 1. Januar 2008 in Kraft stehenden Regelung geltende dreijährige

Mindestbeitragszeit aufgrund der zwischen 1988 und 2008 geleisteten Beiträge zweifellos erfüllt. Ob die Wartefrist noch vor dem 1. Januar 2008 zu laufen begann und daher noch das alte Recht anzuwenden ist, wird gegebenenfalls nach der Würdigung der medizinischen Akten zu prüfen sein.

5.2. Versicherte haben Anspruch auf eine Viertelsrente, wenn sie zu mindestens 40 Prozent invalid sind, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50 Prozent besteht ein Anspruch auf eine halbe Rente, bei mindestens 60 Prozent auf eine Dreiviertelsrente und bei mindestens 70 Prozent auf eine ganze Rente (Art. 28 Abs. 1 IVG [4. IV-Revision] respektive Art. 28 Abs. 2 IVG [5. IV-Revision]). Gemäss Art. 28 Abs. 1^{ter} IVG werden Renten, die einem Invaliditätsgrad von weniger als 50 Prozent entsprechen, jedoch nur an Versicherte ausgerichtet, die ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben, soweit nicht völkerrechtliche Vereinbarungen eine abweichende Regelung vorsehen, was für Staaten der EU der Fall ist.

5.3. Der Rentenanspruch nach Artikel 28 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, AS 2003 3837]) 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 bis c IVG [5. IV-Revision]).

5.4. Gemäss Art. 8 Abs. 1 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. Erwerbsunfähigkeit ist gemäss Art. 7 ATSG 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.

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).

5.5. Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung (und im Beschwerdefall das Gericht) auf Unterlagen angewiesen, die ärztliche und gegebenenfalls andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes im schweizerischen Invalidenverfahren ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und gegebenenfalls bezüglich welcher Tätigkeiten der Versicherte arbeitsunfähig ist. Die ärztlichen Auskünfte sind sodann eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen dem Versicherten konkret noch zugemutet werden können (BGE 125 V 256 E. 4, 115 V 134 E. 2; AHI-Praxis 2002, S. 62, E. 4b/cc).

5.5.1. Das Bundesrecht schreibt nicht vor, wie die einzelnen Beweismittel zu würdigen sind. Für das gesamte Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Danach haben Versicherungsträger und Sozialversicherungsgerichte die Beweise frei, das heisst ohne 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.

5.5.2. Bezüglich 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 Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen der Experten begründet sind. Ausschlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Herkunft des Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen

Stellungnahme als Bericht oder als Gutachten (vgl. dazu das Urteil des BGer I 268/2005 vom 26. Januar 2006 E. 1.2 mit Hinweis auf BGE 125 V 352 E. 3a).

Gleichwohl erachtet es die Rechtsprechung mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung als vereinbar, Richtlinien für die Beweiswürdigung in Bezug auf bestimmte Formen medizinischer Berichte und Gutachten aufzustellen (vgl. hierzu BGE 125 V 352 E. 3b; AHI 2001 S. 114 E. 3b; Urteil des BGer I 128/98 vom 24. Januar 2000 E. 3b). So ist den im Rahmen des Verwaltungsverfahrens eingeholten Gutachten externer Spezialärzte, welche aufgrund eingehender Beobachtungen und Untersuchungen sowie nach Einsicht in die Akten Bericht erstatten und bei der Erörterung der Befunde zu schlüssigen Ergebnissen gelangen, bei der Beweiswürdigung volle Beweiskraft zuzuerkennen, solange nicht konkrete Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen (BGE 125 V 353 E. 3b/bb, mit weiteren Hinweisen). Berichte der behandelnden Ärzte schliesslich sind aufgrund deren auftragsrechtlicher Vertrauensstellung zum Patienten mit Vorbehalt zu würdigen (BGE 125 V 353 E. 3b/cc). Dies gilt für den allgemein praktizierenden Hausarzt wie auch für den behandelnden Spezialarzt (Urteil des BGer I 655/05 vom 20. März 2006 E. 5.4 mit Hinweisen; vgl. aber Urteil des BGer 9C_24/2008 vom 27. Mai 2008 E. 2.3.2).

5.5.3. 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 bestehen. 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).

6.

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die IVSTA das Leistungsbegehren der Beschwerdeführerin zu Recht abgewiesen hat.

6.1. In den Berichten von Dr. med. A._____, Facharzt für Orthopädie und orthopädische Chirurgie, vom 7. November 2008 und vom 20. März 2009 sind folgende Diagnosen erwähnt: Hallux valgus rechts, Hammerzehe (Dig. II, rechts), chronische Lumbalgie, Periarthritis

humeroscapularis rechts, Tarsaltunnelsyndrom links mehr als rechts mit zugehöriger Metatarsalgie, minimal aktivierte Retropatellararthrose rechts mehr als links, beginnende mediale Gonarthrose beidseits, Gonalgie, Trochanterdynie beidseits, Chondrose L4/5 bei circumferentiell ausgewaltem Diskus, Einriss im Anulus fibrosus L4/5 mit Duralsackkompression auf 9 mm, Kontakt zu beiden Nervenwurzeln L5, Ischialgie rechts L5/S1, ausgeprägter Kompressionswirbel Th8, Th9, Th6 und Kompressionswirbel Th11, Th10, minimaler Keilwirbel Th7 und Th5, Morbus Scheuermann bei Th11/12 mit deutlichen Schmorl'schen Hernien, verstärkte BWS-Kyphose und Osteoporose. Der beurteilende Arzt erachtete die Beschwerdeführerin für ihre bisherige Tätigkeit als Servicemitarbeiterin als nicht mehr geeignet, da Gehen, Stehen und das Tragen von Lasten schmerzauslösend seien. Leichte Tätigkeiten seien während acht Stunden täglich möglich.

6.2. Dem Bericht von Dr. med. B._____, Gemeindefeuerarzt/Allgemeinmedizin, vom 23. Januar 2009 sind folgende Diagnosen mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit zu entnehmen: Osteoporose, Lumbago, Coxarthrose beidseits, Periarthritis humeroscapularis links, Hallux valgus rechts, Krallenzehe (Dig. II, links). Als Diagnosen ohne Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit nannte er eine Myokardiopathie, Vertigo, Tinnitus, Cephalaea und Wetterfühligkeit. Aufgrund der diagnostizierten gesundheitlichen Einschränkungen erachtete er die Beschwerdeführerin in der bisherigen Tätigkeit als Kellnerin als zu 100% arbeitsunfähig. Das Vorhandensein einer Arbeitsfähigkeit für leichte Tätigkeiten verneinte er mit der Begründung "mit 62 ½ Jahren und körperlichen Beschwerden".

6.3. Dr. med. C._____ des RAD, Facharzt für Orthopädie, bestätigte im Wesentlichen die von den beiden untersuchenden Ärzten gestellten Diagnosen. Betreffend die Arbeitsfähigkeit führte er aus, es sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin, welche noch bis April 2008 in ihrer bisherigen Tätigkeit gearbeitet habe, frühestens seit Mai 2008 für diese Arbeit vollständig arbeitsunfähig sei, zumal ihr aufgrund der belastungsabhängigen, degenerativen Beschwerden längeres Stehen und das Tragen von Lasten nicht mehr möglich sei. Leichte, wechselbelastende, vorwiegend sitzende Tätigkeiten mit der Möglichkeit zum Stellungswechsel, ohne Heben und Tragen von Lasten über 5 kg, Überkopparbeiten, repetitive Bewegungen im rechten Schultergelenk, längere Gehstrecken oder Überwinden von Höhendifferenzen (Treppen, Leitern, Gerüste) seien – in Übereinstimmung mit den Ausführungen von

Dr. med. A. _____ – seines Erachtens ganztags möglich. Die abweichende Beurteilung von Dr. med. B. _____ stütze sich vorwiegend auf IV-fremde Gründe wie Alter oder gehäufte Krankheitsabwesenheiten, was vorliegend jedoch nicht zu berücksichtigen sei.

6.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die beiden untersuchenden Ärzte und der stellungnehmende RAD-Arzt sowohl in Bezug auf die Diagnosen als auch in Bezug auf die gesundheitlichen Einschränkungen und die daraus resultierende volle Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit als Kellnerin im Wesentlichen einig sind. Strittig ist aber die Einschränkung der Arbeitsfähigkeit in Verweistätigkeiten. Dr. med. A. _____ und Dr. med. C. _____ halten die Beschwerdeführerin für leichte, wechselbelastende, vorwiegend sitzende Tätigkeiten mit der Möglichkeit zum Stellungswechsel unter Berücksichtigung eines negativen Leistungskatalogs (Heben und Tragen von Lasten über 5 kg, Überkopfarbeiten, repetitive Bewegungen im rechten Schultergelenk, längere Gehstrecken oder Überwinden von Höhendifferenzen) für voll arbeitsfähig. Dr. med. B. _____ erachtet die Beschwerdeführerin hingegen für jegliche Arbeiten als voll arbeitsunfähig. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass sich seine Beurteilung der Arbeitsfähigkeit im Wesentlichen auf invaliditätsfremde Gründe wie Alter oder Angebot auf dem Arbeitsmarkt bezieht (vgl. seine Ausführung "mit 62½ Jahren und körperlichen Beschwerden"). Dies sind Gründe, die bei der Beurteilung des Invaliditätsgrades, bei welchem vom theoretischen Begriff des ausgeglichenen Arbeitsmarkts auszugehen ist, gemäss herrschender Rechtsprechung grundsätzlich nicht respektive nur im Rahmen eines leidensbedingten Abzuges zu berücksichtigen sind. Erwerbslosigkeit aus invaliditätsfremden Gründen vermag keinen Rentenanspruch zu begründen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 13. November 2007 [9C_382/2007 E. 4.3]; BGE 107 V 17 E. 2c). Der negative Leistungskatalog in der Einschätzung von Dr. med. A. _____ und Dr. med. C. _____ steht der vollzeitlichen Ausübung einer leichten Tätigkeit nicht entgegen. Ferner ergeben sich aus den Beurteilungen der beiden Spezialisten im Fachgebiet Orthopädie auch sonst keine Unstimmigkeiten, weshalb ihren Einschätzungen gegenüber der Beurteilung des Allgemeinmediziners den Vorzug zu geben ist, zumal es sich bei den die Arbeitsfähigkeit limitierenden Beschwerden ausschliesslich um orthopädische Probleme handelt. Aus diesen Gründen ist in Bezug auf die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit der

Beschwerdeführerin auf die überzeugenden Ausführungen von Dr. med. A. _____ und Dr. med. C. _____ abzustellen.

7.

Zu prüfen bleibt noch der von der IVSTA ermittelte Invaliditätsgrad.

7.1.

7.1.1. Der Einkommensvergleich hat in der Regel in der Weise zu erfolgen, dass die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen ziffernmässig möglichst genau ermittelt und einander gegenübergestellt werden, worauf sich aus der Einkommensdifferenz der Invaliditätsgrad bestimmen lässt. Insoweit die fraglichen Erwerbseinkommen ziffernmässig nicht genau ermittelt werden können, sind sie nach Massgabe der im Einzelfall bekannten Umstände zu schätzen und die so gewonnenen Annäherungswerte miteinander zu vergleichen (allgemeine Methode des Einkommensvergleichs; BGE 128 V 29 E. 1, 104 V 135 E. 2a und b; ZAK 1990 S. 518 E. 2; RKUV 1989 U 69 S. 176 E. 1).

Für eine korrekte Invaliditätsbemessung nach der Einkommensvergleichsmethode ist unabdingbar, dass die dafür notwendigen Einkommens- oder Prozentzahlen konkret und sorgfältig ermittelt und die massgebenden Zahlen in den Akten festgehalten werden, damit die versicherte Person in Erfahrung bringen kann, aufgrund welcher erwerblicher Annahmen die Verwaltung auf einen bestimmten Invaliditätsgrad erkannt hat (BGE 114 V 310 E. 3a; AHJ 1998 S. 253 E. 3a).

7.1.2. Für die Ermittlung des Einkommens, welches die versicherte Person ohne Invalidität erzielen könnte (Valideneinkommen), ist entscheidend, was sie im Zeitpunkt des frühestmöglichen Rentenbeginns nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunde tatsächlich verdient hätte. Dabei wird in der Regel am zuletzt erzielten, nötigenfalls der Teuerung und der realen Einkommensentwicklung angepassten Verdienst angeknüpft (BGE 134 V 322 E. 4.1, 129 V 222 E. 4.3.1; RKUV 2006 U 568 S. 66 E. 2).

Bezog eine versicherte Person aus invaliditätsfremden Gründen (z.B. geringe Schulbildung, fehlende berufliche Ausbildung, mangelnde Sprachkenntnisse, beschränkte Anstellungsmöglichkeiten wegen Saisonierstatus) ein deutlich unterdurchschnittliches Einkommen, ist

diesem Umstand bei der Invaliditätsbemessung nach Art. 16 ATSG Rechnung zu tragen, sofern keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie sich aus freien Stücken mit einem bescheideneren Einkommensniveau begnügen wollte. Nur dadurch ist der Grundsatz gewahrt, dass die auf invaliditätsfremde Gesichtspunkte zurückzuführenden Lohneinbussen entweder überhaupt nicht oder aber die beiden Vergleichseinkommen gleichmässig zu berücksichtigen sind. Diese Parallelisierung der Einkommen kann praxisgemäss entweder auf Seiten des Valideneinkommens durch eine entsprechende Heraufsetzung des effektiv erzielten Einkommens oder aber auf Seiten des Invalideneinkommens durch eine entsprechende Herabsetzung des statistischen Wertes erfolgen (vgl. BGE 135 V 58 E. 3.1 sowie BGE 135 V 297 E. 5.1, je mit Hinweis auf BGE 134 V 322 E. 4.1 mit wiederum weiteren Hinweisen). Die Grundüberlegung dieser Rechtsprechung ist die folgende: Wenn eine versicherte Person in derjenigen Tätigkeit, die sie als Gesunde ausgeführt hat, einen deutlich unterdurchschnittlichen Lohn erzielt, weil ihre persönlichen Eigenschaften die Erzielung eines Durchschnittslohnes verunmöglichen, dann ist nicht anzunehmen, dass sie mit einer gesundheitlichen Beeinträchtigung behaftet einen (anteilmässig) durchschnittlichen Lohn erzielen könnte (vgl. BGE 135 V 297 E. 5.1 und BGE 135 V 58 E. 3.4.3). Ein Abweichen vom Regelfall, wonach das Valideneinkommen grundsätzlich anhand des zuletzt verdienten Lohnes zu bestimmen ist, kommt erst dann in Frage, wenn – unter anderem – der tatsächlich erzielte Verdienst deutlich unter dem branchenüblichen Tabellenlohn gemäss den vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Lohnstrukturerhebungen (LSE) liegt (vgl. BGE 135 V 297 E. 6.1.1). Der Erheblichkeitsgrenzwert dieser Abweichung, ab welchem sich eine Parallelisierung der Vergleichseinkommen (im Sinne von BGE 134 V 322 a.a.O.) rechtfertigen kann, wurde vom Bundesgericht auf 5% festgesetzt. Dabei ist nur in dem Umfang zu parallelisieren, in welchem die prozentuale Abweichung diesen Erheblichkeitsgrenzwert übersteigt (vgl. BGE 135 V 297 E. 6.1.2 und 6.1.3).

7.1.3. Für die Bestimmung des trotz Gesundheitsschädigung zumutbarerweise noch realisierbaren Einkommens (Invalideneinkommen) ist primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher die versicherte Person konkret steht (BGE 129 V 472 E. 4.2.1, 126 V 75 E. 3b aa). Hat die versicherte Person nach Eintritt des Gesundheitsschadens keine oder jedenfalls keine ihr an sich zumutbare neue Erwerbstätigkeit aufgenommen, so können nach der

Rechtsprechung LSE-Tabellenlöhne herangezogen werden (BGE 129 V 472 E. 4.2.1, 126 V 75 E. 3b bb; RKUV 1999 U 343 S. 412 E. 4b aa). Für die Bestimmung des Invalideneinkommens anhand von Tabellenlöhnen bei Versicherten, die nach Eintritt des Gesundheitsschadens lediglich noch leichte und intellektuell nicht anspruchsvolle Arbeiten verrichten können, ist in der Regel vom durchschnittlichen monatlichen Bruttolohn für Männer oder Frauen bei einfachen und repetitiven Tätigkeiten (Anforderungsniveau 4 des Arbeitsplatzes) auszugehen. Dabei sind in erster Linie die Lohnverhältnisse im privaten Sektor massgebend (SVR 2002 UV Nr. 15 E. 3c cc). Da den Tabellenlöhnen generell eine Arbeitszeit von 40 Wochenstunden zu Grunde liegt, ist eine Umrechnung auf eine betriebsübliche durchschnittliche Wochenarbeitszeit erforderlich (BGE 126 V 75 E. 3b bb).

Es gilt zu berücksichtigen, dass gesundheitlich beeinträchtigte Personen, die selbst bei leichten Hilfsarbeitstätigkeiten behindert sind, im Vergleich zu voll leistungsfähigen und entsprechend einsetzbaren Arbeitnehmern lohnmässig benachteiligt sind und deshalb in der Regel mit unterdurchschnittlichen Lohnansätzen rechnen müssen. Diesem Umstand ist mit einem Abzug vom Tabellenlohn Rechnung zu tragen (BGE 124 V 321 E. 3b bb; SVR 2007 IV Nr. 11 S. 41 E. 3.2; RKUV 2003 U 494 S. 390 E. 4.2.3). Die Frage, ob und in welchem Ausmass Tabellenlöhne herabzusetzen sind, hängt von sämtlichen persönlichen und beruflichen Umständen des konkreten Einzelfalles ab (leidensbedingte Einschränkung, Alter, Dienstjahre, Nationalität/Aufenthaltskategorie und Beschäftigungsgrad). Der Einfluss sämtlicher Merkmale auf das Invalideneinkommen ist nach pflichtgemäsem Ermessen gesamthaft zu schätzen, wobei der Abzug auf insgesamt höchstens 25% zu begrenzen ist (BGE 129 V 472 E. 4.2.3, 126 V 75 E. 5b bb und cc; AHI 2002 S. 69 ff. E. 4b).

7.2. Gemäss Angaben der Beschwerdeführerin sowie gemäss den Einträgen im individuellen Konto verdiente sie als Service-Angestellte Fr. 3'000.-- pro Monat. Die IVSTA ist von einem Valideneinkommen von Fr. 36'576.-- pro Jahr (entspricht Fr. 3'048.-- pro Monat) ausgegangen, was mangels Begründung durch die IVSTA zwar nicht nachvollziehbar ist, aber – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – auf das Ergebnis keinen Einfluss hat.

Beim Valideneinkommen ist vorliegend zu beachten, dass das im Jahr 2008 zuletzt effektiv erzielte Einkommen von Fr. 3'000.-- pro Monat im Vergleich zum Tabellenlohn gemäss LSE 2008, Tabelle TA1, Gastgewerbe, Niveau 4 von Fr. 3'647.-- (entspricht Fr. 3'829.35 bei 42 betriebsüblichen Wochenstunden) um 21,66% niedriger ist, weshalb eine Parallelisierung des Valideneinkommens durchzuführen ist (vgl. E. 7.1.2 hiavor). Nach Durchführung der Parallelisierung (Erhöhung des Valideneinkommens von Fr. 3'000.-- um 16,66% [21,66% - 5%]) ist demzufolge von einem Valideneinkommen von Fr. 3'499.80 auszugehen.

7.3. Das Invalideneinkommen als Mitarbeiterin für leichte Verweistätigkeiten, welche ihr gemäss medizinischer Einschätzung noch zumutbar sind, ist durch die Ermittlung des Durchschnitts für verschiedene Tätigkeiten gemäss LSE-Tabellen 2008, Tabelle TA1, Niveau 4, Zentralwert Frauen festzulegen. Es beträgt Fr. 4'116.-- bei einem Pensum von 40 Wochenstunden und ist auf die durchschnittliche betriebliche Arbeitszeit aller Branchen im 2008 auf 41,6 Wochenstunden aufzurechnen, was Fr. 4'281.-- entspricht. Unter Berücksichtigung des Alters der Beschwerdeführerin sowie des Umstandes, dass diese nur angepasste und leichte Tätigkeiten verrichten kann, ist ihr ein leidensbedingter Abzug zu gewähren. Bei Berücksichtigung des maximal möglichen leidensbedingten Abzugs von 25% (vgl. E. 7.1.3 hiavor) würde somit ein Invalideneinkommen von (mindestens) Fr. 3'211.-- resultieren.

7.4. Der Vergleich von Valideneinkommen (Fr. 3'499.80) und Invalideneinkommen (Fr. 3'211.--) ergäbe lediglich einen Invaliditätsgrad von (maximal) 8%, was keinen Anspruch auf eine Rente begründen würde. Somit kann vorliegend offenbleiben, ob der leidensbedingte Abzug im konkreten Fall auf 25% oder weniger festzusetzen ist.

7.5. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die IVSTA das Leistungsbegehren der Beschwerdeführerin mangels rentenrelevanter Invalidität zu Recht abgewiesen hat. Die angefochtene Verfügung vom 12. Januar 2010 ist somit zu bestätigen und die Beschwerde ist abzuweisen.

8.

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

8.1. Die Verfahrenskosten sind in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die unterliegende Beschwerdeführerin hat ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung eingereicht, welches aufgrund der Akten gutzuheissen ist. Es werden daher keine Verfahrenskosten erhoben.

8.2. Der obsiegenden Partei kann von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben Bundesbehörden und, in der Regel, andere Behörden, die als Parteien auftreten (Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die IVSTA hat somit keinen Anspruch auf Parteientschädigung.

Die nicht vertretene und unterliegende Beschwerdeführerin hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben, und es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

3.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben mit Rückschein)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ...)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Michael Peterli

Sandra Tibis

Rechtsmittelbelehrung:

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

Versand: