

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}  
8C\_668/2010

Urteil vom 15. März 2011  
I. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Ursprung, Präsident,  
Bundesrichterin Leuzinger, Bundesrichter Frésard,  
Gerichtsschreiber Jancar.

Verfahrensbeteiligte  
A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwältin Sabine Renker,  
Beschwerdeführer,

gegen

IV-Stelle Bern, Chutzenstrasse 10, 3007 Bern,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Invalidenversicherung (Arbeitsunfähigkeit; Revision),

Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern  
vom 17. Juni 2010.  
Sachverhalt:

A.

Der 1955 geborene A. \_\_\_\_\_ war bis 30. November 1996 bei der S. \_\_\_\_\_ AG angestellt. Im Dezember 1996 meldete er sich bei der Invalidenversicherung an. Mit Verfügung vom 24. September 1999 gewährte ihm die IV-Stelle des Kantons Jura ab 1. Februar 1997 eine ganze Invalidenrente (IV-Grad 70 %). Die später zuständige IV-Stelle Bern zog revisionsweise Gutachten des Rheumatologen Dr. med. R. \_\_\_\_\_ vom 1. März 2006 und des Psychiaters Dr. med. H. \_\_\_\_\_ vom 17. April 2006 mit interdisziplinärer Beurteilung vom 17. April 2006 sowie Ergänzungsberichten vom 29. Mai und 26. Oktober 2006 bei. Mit Verfügung vom 22. November 2006 hob die IV-Stelle die Rente nach Zustellung auf Ende des folgenden Monats auf. Auf Beschwerde des Versicherten beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern hin hob sie diese Verfügung am 21. März 2007 zwecks weiterer medizinischer Abklärungen wiedererwägungsweise auf. Am 30. März 2007 schrieb die Vorinstanz das Verfahren als gegenstandslos ab. Die IV-Stelle holte Gutachten der Dres. med. B. \_\_\_\_\_, FMH Médecine interne, maladies rhumatismales, vom 20. August 2007 und H. \_\_\_\_\_ vom 3. März 2008 sowie eine Stellungnahme des Psychiaters Dr. med. M. \_\_\_\_\_, Chefarzt RAD, vom 19. Juni 2008 ein. Mit Verfügung vom 17.

November 2008 sprach sie dem Versicherten ab 1. Januar 2009 eine halbe Rente zu (IV-Grad 59 %). Mit Schreiben gleichen Datums forderte sie ihn auf, die ärztlich angeordneten Therapien, die zur Verbesserung seiner Arbeitsfähigkeit führen könnten, durchzuführen; in sechs Monaten werde sie sich über deren Resultat erkundigen; wenn er seiner Schadenminderungspflicht nicht nachkomme, werde sie nach Art. 21 Abs. 4 ATSG vorgehen.

B.

Hiegegen erhob der Versicherte bei der Vorinstanz Beschwerde. Diese machte ihn am 25. Februar 2009 auf eine mögliche Schlechterstellung aufmerksam und bot ihm Gelegenheit zur Stellungnahme bzw. zum Beschwerderückzug. Am 25. März 2009 verlangte er eine dreimonatige Verfahrenssistierung und Fristverlängerung; er wolle selber einen Gutachter beauftragen. Am 27. März 2009 schloss die Vorinstanz das Beweisverfahren und gewährte ihm eine Fristverlängerung bis 27. April 2009; die weiteren Begehren wies sie ab. Fristgemäss nahm der Versicherte Stellung. Mit Entscheid vom 17. Juni 2010 wies die Vorinstanz die Beschwerde ab und sprach ihm ab 1. Januar

2009 eine Viertelsrente (IV-Grad 43 %) zu.

C.

Beschwerdeweise beantragt der Versicherte, in Aufhebung des kantonalen Entscheides sei ihm weiterhin eine ganze Invalidenrente auszurichten; eventuell sei die Sache zu weiteren sachdienlichen Abklärungen an die IV-Stelle zurückzuweisen; für das Bundesgerichtsverfahren sei ihm die unentgeltliche Verbeiständung zu gewähren.

Die IV-Stelle schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherungen verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzung nach Art. 95 f. BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es prüft jedoch grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die Rechtsmängel nicht geradezu offensichtlich sind (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG; BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG) und wenn die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Die gestützt auf medizinische Akten gerichtlich festgestellte Gesundheitssituation bzw. Arbeitsfähigkeit der versicherten Person ist Tatfrage (BGE 132 V 393 E. 3.2 S. 397 ff.). Rechtsfragen sind die unvollständige Feststellung rechtserheblicher Tatsachen sowie die Missachtung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 43 Abs. 1, Art. 61 lit. c ATSG) und der Anforderungen an den Beweiswert von Arztberichten (BGE 134 V 231 E. 5.1 S. 232). Die konkrete Beweiswürdigung ist Tatfrage (nicht publ. E. 4.1 des Urteils BGE 135 V 254, in SVR 2009 IV Nr. 53 S. 164 [9C\_204/2009]).

2.

Die Vorinstanz hat die Grundlagen über die Rentenrevision (Art. 17 Abs. 1 ATSG; BGE 134 V 131 E. 3. S. 132) richtig dargelegt. Gleiches gilt betreffend den Einkommensvergleich (Art. 16 ATSG), den invalidisierenden Charakter psychischer Gesundheitsschäden (BGE 131 V 49) und die Aufgabe des Arztes bei der Invaliditätsbemessung (BGE 132 V 93 E. 4 S. 99). Darauf wird verwiesen. Da der Versicherte die Rente bei Inkrafttreten des ATSG am 1. Januar 2003 bereits bezog, sind an sich die davor geltenden Rechtsnormen massgebend (Art. 82 Abs. 1 erster Satz ATSG; BGE 130 V 445 E. 1.2.1 S. 446); doch zeitigt dies keine Folgen, da das ATSG bei der Invaliditätsbemessung keine Änderungen brachte (BGE 135 V 215, 130 V 343 und 393; Urteil 8C\_40/2010 vom 5. März 2010 E. 2).

3.

Der Versicherte wendet ein, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt, da sie das von ihm angekündigte psychiatrische Privatgutachten nicht abgewartet habe. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hat in der Verfügung vom 27. März 2009 das Beweisverfahren geschlossen, da kein gesetzlicher Sistierungsgrund nach Art. 38 des kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetzes vorliege, der medizinische Sachverhalt hinreichend abgeklärt sei, das von der IV-Stelle eingeholte ergänzende psychiatrische Gutachten schlüssig sei und von einer weiteren psychiatrischen Begutachtung keine neuen Erkenntnisse zu erwarten seien. Dies stellt eine rechtsgenügende Begründung dar (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88). Die vorgenommene antizipierte Beweiswürdigung ist auch im Lichte von BGE 122 V 157 E. 1d S. 162 nicht zu beanstanden, weshalb kein Verstoß gegen den Untersuchungsgrundsatz oder den Anspruch auf rechtliches Gehör vorliegt (BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148; nicht publ. E. 4.2.1 des Urteils BGE 129 V 11, veröffentlicht in SVR 2003 AHV Nr. 4 S. 9 [H 26/02]; vgl. auch Urteil 8C\_1030/2009 vom 2. März 2010 E. 4.3).

4.

Zu prüfen ist, ob sich der Gesundheitszustand des Versicherten zwischen der Rentenverfügung vom 24. September 1999 und der Revisionsverfügung vom 17. November 2008 anspruchrelevant verändert hat. Entgegen seiner Auffassung kann als zeitlicher Ausgangspunkt nicht die Mitteilung der IV-Stelle vom 15. Februar 2001 herangezogen werden, wonach keine Änderung eingetreten sei. Denn diese Mitteilung beruhte einzig auf den Angaben des Versicherten vom 30. November 2000 und dem kurzen Bericht des Dr. med. E. \_\_\_\_\_, Spécialiste FMH en médecine Int., vom 8. Dezember 2000, worin er zur Arbeitsfähigkeit des Versicherten nicht Stellung nahm. Insbesondere erfolgte keine

psychiatrische Abklärung. Es handelte sich somit nicht um eine rechtskonforme materielle Rentenprüfung nach BGE 133 V 108.

5.

Die Zusprache der ganzen Rente ab 1. Februar 1997 (Verfügung vom 24. September 1999) stützte sich zum einen auf das Gutachten des Dr. med. V. \_\_\_\_\_, Médecin-chef adjoint, Centre medico-psychologique, service de psychiatrie adultes, vom 9. März 1998. Er diagnostizierte beim Versicherten Folter und einen Autounfall als traumatisierende Ereignisse, die - aufgrund einer zwangshaften Persönlichkeit nach der Klassifikation DSM IV - eine Saturation seiner Defensivmechanismen mit somatischen Auswirkungen hervorgerufen hätten; eine Berentung von mehr als 70 % sei notwendig. Somatischerseits war Verfüngungsgrundlage das Gutachten des Dr. med. B. \_\_\_\_\_ vom 11. April 1998; er diagnostizierte u.a. ein chronisches Zervikalsyndrom (Status nach Beschleunigungstrauma; segmentale Instabilität C3/C4 und C4/C5; Diskusprotrusionen C5/C6 und C6/C7), chronische Lumbalgien und einen Status nach Vagotomie, Pyloroplastik und wahrscheinlich Resektion des Magens nach Billroth 1985 und 1998; aus rheumatologischer Sicht sei dem Versicherten eine leichte bis mittelschwere Arbeit zu 50 % zumutbar.

6.

6.1 Der Rheumatologe Dr. med. R. \_\_\_\_\_ diagnostizierte im Gutachten vom 1. März 2006 ein chronifiziertes zervikales respektive zerviko-brachiales Schmerzsyndrom, ein chronifiziertes lumbales Schmerzsyndrom, unklare linksseitige Thoraxschmerzen sowie einen Status nach Vagotomie und 2/3-Gastrektomie. Aus somatisch-rheumatologischer Sicht sehe er keine Befunde, die eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit begründen könnten. In der ergänzenden Stellungnahme vom 29. Mai 2006 führte er aus, mit den objektivierbaren somatischen Befunden lasse sich eine Arbeitsunfähigkeit von 20 % oder mehr nicht begründen.

Der Psychiater Dr. med. H. \_\_\_\_\_ diagnostizierte im Gutachten vom 3. März 2008 Folgendes: anhaltende somatoforme Schmerzstörung (ICD-10: F45.4), rezidivierende depressive Störung, gegenwärtig leichte Episode (F33.0), Eheschwierigkeiten (Z63), abgeklungene posttraumatische Belastungsstörung (F43.1), leichte Persönlichkeitsänderung nach Extrembelastung (F62.0). Durch Besserung der posttraumatischen Belastungsstörung sei es 2004 zu einer Erhöhung der Arbeitsfähigkeit, dann zu einer Verbesserung der depressiven Störung gekommen, was die Arbeitsfähigkeit nochmals gesteigert habe. Ab Frühjahr 2007 habe sich die Depression verstärkt und die Arbeitsfähigkeit sei auf 70-75 % gesunken. Therapeutisch könne sie auf 80 % erhöht werden.

Die Vorinstanz hat mit einlässlicher Begründung - auf die verwiesen wird - richtig erkannt, dass diese beiden Gutachten die praxismässigen Anforderungen an eine medizinische Beurteilungsgrundlage (BGE 134 V 231 E. 5.1 S. 232) erfüllen. Gestützt hierauf ging sie zu Recht davon aus, dass sich der Gesundheitszustand des Versicherten seit September 1999 mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. BGE 134 V 109 E. 9.5 S. 125 f.) verbessert hat und er bei Erlass der Revisionsverfügung am 17. November 2008 in einer angepassten Erwerbstätigkeit zu 70 % arbeitsfähig war.

6.2 Der Beschwerdeführer erhebt keine Rügen, welche die vorinstanzlichen Feststellungen zum Gesundheitszustand und zur Arbeitsfähigkeit als offensichtlich unrichtig oder als Ergebnis willkürlicher Beweiswürdigung oder als rechtsfehlerhaft nach Art. 95 BGG erscheinen lassen.

Sein Vorbringen, Dr. med. H. \_\_\_\_\_ habe nicht mit dem behandelnden Psychiater Rücksprache genommen, ist unbehelflich. Anfragen beim behandelnden Arzt sind u.a. wertvoll, wenn sie erweiterte Auskünfte über Persönlichkeit und Compliance des Exploranden erwarten lassen (Urteil I 756/05 vom 24. Januar 2006 E. 2.3). Solche Umstände liegen hier nicht vor. Der von Dr. med. H. \_\_\_\_\_ eingeholte Laborbericht deutete auf die mangelhafte Compliance des Versicherten hin, da die von ihm angegebene Medikation im Blut nicht nachweisbar war; weitere diesbezügliche Abklärungen erübrigten sich mithin.

Nicht gefolgt werden kann auch dem Einwand des Versicherten, Dr. med. H. \_\_\_\_\_ habe den gleich geblieben Sachverhalt bloss unterschiedlich beurteilt als Dr. med. V. \_\_\_\_\_ im Gutachten vom 9. März 1998. Zu beachten ist insbesondere, dass der RAD-Psychiater Dr. med. M. \_\_\_\_\_ in seiner überzeugenden Stellungnahme vom 19. Juni 2008 die Einschätzung des Dr. med. H. \_\_\_\_\_ als zutreffend erachtete.

In somatischer Hinsicht ist eine Verschlechterung der Arbeitsfähigkeit des Versicherten seit dem Gutachten des Dr. med. R. \_\_\_\_\_ vom 1. März 2006 bis zum Verfügungserlass am 17. November 2008 nicht ersichtlich. Das vom Versicherten ins Feld geführte Gutachten des Dr. med. B. \_\_\_\_\_ vom 20. August 2007 ist nicht überzeugend, weshalb darauf nicht abgestellt werden kann. Einerseits wurde darin ohne nähere Begründung ausgeführt, aktuell bestehe keine Arbeitsfähigkeit. Widersprüchlich bzw. nicht nachvollziehbar ist es zudem, wenn Dr. med. B. \_\_\_\_\_ einerseits

angab, nach Durchführung der vorgeschlagenen Massnahmen (Korrektur des Vitamin-D-Mangels und Krafttraining) könne die Arbeitsfähigkeit auf 100 % gesteigert werden, wobei die Leistungsfähigkeit zu 50 % eingeschränkt sei, andererseits aber ausführte, die Anerkennung einer Arbeitsunfähigkeit neun Monate ab Beginn dieser Massnahmen dürfe nicht zur Anerkennung einer Invalidität führen.

Bei der gegebenen Aktenlage konnte die Vorinstanz in antizipierter Beweiswürdigung von der Anordnung weiterer medizinischer Abklärungen absehen (BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148).

7.

7.1 Streitig ist weiter das Valideneinkommen (BGE 134 V 322 E. 4.1 S. 325). Die Vorinstanz erwog, gemäss Angaben der früheren Arbeitgeberin vom 3. Februar 1997 habe der Versicherte im Jahre 1996 ohne Behinderung Fr. 58'776.90 verdient (Fr. 4'521.30 x 13). Indexiert ergebe dies für das massgebende Jahr 2008 Fr. 66'745.70. Der Versicherte wendet ein, die Arbeitgeberin habe sein Einkommen auf Stundenlohnbasis errechnet, und er habe jedes Jahr Überstunden geleistet, welche die Vorinstanz zu Unrecht nicht berücksichtigt habe. Als Basis für das Jahr 1996 sei zumindest das Jahreseinkommen 1995 von Fr. 61'545.35, erzielt mit 2056,7 Arbeitsstunden, heranzuziehen.

Die IV-Stelle ging in der Verfügung vom 17. November 2008 als Ausgangsbasis von einem Valideneinkommen von Fr. 58'775.- für das Jahr 1998, mithin sogar von einem tieferen Lohn als die Vorinstanz für das Jahr 1996, aus. Vorinstanzlich beanstandete der Versicherte die IV-Verfügung in diesem Punkt nicht und berief sich nicht auf anzurechnende Überstunden. Diesbezüglich liegt somit eine unzulässige neue Tatsachenbehauptung vor, zumal er keine nach Art. 99 Abs. 1 BGG relevanten Gründe vorbringt (nicht publ. E. 2.3 des Urteils BGE 135 V 163, in SVR 2009 BVG Nr. 30 S. 109 [9C\_920/2008]). Hievon abgesehen legt er nicht substantiiert dar, in welchem Umfang er regelmässig Überstunden geleistet habe und sie als Durchschnittswert anzurechnen seien (SVR 2002 IV Nr. 21 S. 63 E. 3b [I 357/01]) bzw. inwiefern das vorinstanzlich ermittelte Valideneinkommen offensichtlich unrichtig sei. Hiermit hat es demnach sein Bewenden.

7.2

7.2.1 Gestützt auf die Schweizerische Lohnstrukturerhebung (LSE) des Bundesamtes für Statistik für das Jahr 2008 (Tabelle TA1, Bruttolohn für Männer im Anforderungsniveau 4) ermittelte die Vorinstanz bei einer 70%igen Arbeitsfähigkeit des Versicherten ein Invalideneinkommen von Fr. 41'985.20. Weiter veranschlagte sie wegen seiner Nationalität und seiner nunmehr fehlenden Möglichkeit zur Schwerarbeit einen 10%igen Tabellenlohnabzug. Dies ergab Fr. 37'786.70 bzw. verglichen mit dem Valideneinkommen von Fr. 66'745.70 einen Invaliditätsgrad von gerundet 43 % und damit den Anspruch auf eine Viertelsrente. Der Versicherte beanstandet, die Vorinstanz habe beim Tabellenlohnabzug zu Unrecht die Kriterien des Beschäftigungsgrades, des Alters und der Dienstjahre nicht berücksichtigt.

7.2.2 Wird das Invalideneinkommen auf der Grundlage der LSE ermittelt, ist der entsprechende Tabellenlohn allenfalls zu kürzen. Ohne für jedes zur Anwendung gelangende Merkmal separat quantifizierte Abzüge vorzunehmen, ist der Einfluss aller Merkmale auf das Invalideneinkommen (leidensbedingte Einschränkung, Alter, Dienstjahre, Nationalität/Aufenthaltskategorie und Beschäftigungsgrad) unter Würdigung der Umstände im Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen gesamthaft zu schätzen. Der Abzug darf 25 % nicht übersteigen (BGE 134 V 322 E. 5.2 S. 327 f, 126 V 75 E. 5b/bb S. 80; Urteil 8C\_548/2010 vom 23. Dezember 2010 E. 5.1). Rechtsfrage ist, ob ein Leidensabzug vorzunehmen ist. Die Bemessung seiner Höhe ist ein typischer Ermessensentscheid, der nur korrigiert werden kann, wenn das kantonale Gericht das Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hat, also Ermessensüberschreitung, -missbrauch oder -unterschreitung vorliegt (BGE 132 V 393 E. 3.3 S. 399).

Dass die Anzahl Dienstjahre nicht berücksichtigt wurde, lässt den angefochtenen Entscheid mit Blick auf das hier gegebene niedrige Anforderungsprofil bei Verweisungstätigkeiten nicht als rechtsfehlerhaft erscheinen (BGE 126 V 75 E. 5a/cc S. 79; Urteil 8C\_766/2009 vom 6. November 2009 E. 4.4).

Bei Männern, die gesundheitsbedingt nur noch teilzeitlich arbeiten können, wird ein Abzug anerkannt, da bei ihnen statistisch gesehen Teilzeitarbeit in der Regel vergleichsweise weniger gut entlohnt wird als eine Vollzeitstätigkeit (vgl. LSE-Tabelle "Monatlicher Bruttolohn, Privater Sektor und öffentlicher Sektor (Bund), Schweiz 2008 Zentralwert (Median)", abrufbar unter dem Titel "Lohnniveau nach Geschlecht" von der mit der LSE 2008 ausgelieferten CD-ROM; Urteil 8C\_548/2010 E. 5.2.1). Dem Versicherten ist beizupflichten, dass die Vorinstanz in der Begründung zum Tabellenlohnabzug den Umstand, dass er nur noch teilzeitlich zu 70 % arbeiten kann, nicht erwähnte. Hieraus kann er indessen nichts zu seinen Gunsten ableiten. Denn umgekehrt ist zu berücksichtigen, dass er über eine Niederlassungsbewilligung C verfügt, was sich entgegen der vorinstanzlichen Auffassung im Anforderungsniveau 4 lohn erhöhend auswirkt. Gleiches gilt für sein Alter (53 Jahre bei Verfügungserslass; LSE 2008 Tabellen TA9 und TA12; Urteile 9C\_660/2010 vom 20. Oktober 2010 E. 4.2 und 8C\_249/2010 vom 1. Juni 2010 E. 7.3.2). Da hier erst ein 20%iger Abzug vom

Invalideinkommen den Anspruch auf eine halbe Rente (Invaliditätsgrad 49,67 bzw. 50 %; zur Rundung vgl. BGE 130 V 121) ergäbe, dieser Abzug jedoch nicht angemessen ist, ist die vorinstanzliche Berechnung im Ergebnis nicht zu beanstanden.

8.

Der unterliegende Versicherte trägt die Verfahrenskosten (Art. 66 Abs. 1, Art. 68 Abs. 2 BGG). Die unentgeltliche Rechtspflege kann ihm gewährt werden, da die Bedürftigkeit aktenkundig ist, die Beschwerde nicht aussichtslos und die Vertretung notwendig war. Er hat der Gerichtskasse Ersatz zu leisten, wenn er später dazu in der Lage ist (Art. 64 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Dem Beschwerdeführer wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.

3.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

4.

Rechtsanwältin Sabine Renker wird als unentgeltliche Anwältin des Beschwerdeführers bestellt, und es wird ihr für das bundesgerichtliche Verfahren aus der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 2'800.- ausgerichtet.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, der Ausgleichskasse des Kantons Bern und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 15. März 2011

Im Namen der I. sozialrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts  
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Ursprung Jancar