

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}

8C\_940/2015

Urteil vom 19. April 2016

I. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Maillard, Präsident,  
Bundesrichterin Heine, Bundesrichter Wirthlin,  
Gerichtsschreiber Jancar.

Verfahrensbeteiligte  
A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Remo Gilomen,  
Beschwerdeführerin,

gegen

IV-Stelle Bern,  
Scheibenstrasse 70, 3014 Bern,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Invalidenversicherung (Invalidenrente; Revision),

Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern  
vom 20. November 2015.

Sachverhalt:

A.

A.a. Die 1973 geborene A. \_\_\_\_\_ erlitt am 8. Januar 2003 bei einem Velounfall unter anderem ein Schädelhirntrauma. Am 24. März 2004 meldete sie sich bei der IV-Stelle Bern zum Leistungsbezug an. Die IV-Stelle sprach ihr mit Verfügung vom 17. Mai 2005 ab 1. Januar 2004 eine ganze Invalidenrente zu, wobei sie den Invaliditätsgrad von 72 % anhand der gemischten Methode mit den Anteilen von 61 % Erwerb und von 39 % Haushalt ermittelte. Diese Rente bestätigte sie revisionsweise mit Mitteilungen vom 26. September 2008 und 25. Oktober 2013.

A.b. Am 10. Dezember 2013 gebar die Versicherte ihren zweiten Sohn. Die IV-Stelle veranlasste eine Abklärung im Haushalt vom 13. Februar 2014, worüber die Abklärungsperson am 15. August 2014 Bericht erstattete. Weiter holte die IV-Stelle ein Gutachten des Neurologen Dr. med. B. \_\_\_\_\_ und des Psychiaters Dr. med. C. \_\_\_\_\_ vom 7. Juli 2014 ein. Im Rahmen des Vorbescheidverfahrens zog die IV-Stelle eine Entgegnung der Haushalts-Abklärungsperson vom 22. Oktober 2014 bei. Am 7. November 2014 verfügte sie die Herabsetzung der bisherigen ganzen Invalidenrente auf eine Dreiviertelsrente mit Wirkung ab dem ersten Tag des zweiten der Zustellung der Verfügung folgenden Monats; den Invaliditätsgrad von 62 % ermittelte sie anhand der gemischten Methode mit Anteilen von je 50 % im Erwerb und im Haushalt.

B.

Die hiegegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Entscheid vom 20. November 2015 ab.

C.

Mit Beschwerde beantragt die Versicherte, in Aufhebung des kantonalen Entscheides sei ihr weiter

eine ganze Rente auszurichten; vor Bundesgericht sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu erteilen. Die IV-Stelle schliesst auf Beschwerdeabweisung. Das Bundesamt für Sozialversicherungen verzichtet auf Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

Mit der Beschwerde kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 f. BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Dennoch prüft es - offensichtliche Fehler vorbehalten - nur die in seinem Verfahren gerügten Rechtsmängel (Art. 42 Abs. 1 f. BGG; BGE 135 II 384 E. 2.2.1 S. 389). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann ihre Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG). Rechtsfragen sind die vollständige Feststellung erheblicher Tatsachen, die Beachtung des Untersuchungsgrundsatzes bzw. der Beweiswürdigungsregeln nach Art. 61 lit. c ATSG und der Anforderungen an den Beweiswert von Arztberichten (BGE 134 V 231 E. 5.1 S. 232) sowie Abklärungsberichten an Ort und Stelle (BGE 140 V 543 E. 3.2.1 S. 547). Die gestützt auf diese Berichte erfolgten Feststellungen über gesundheitsbedingte Einschränkungen betreffen Tatfragen; Gleiches gilt für die konkrete Beweiswürdigung (nicht publ. E.

1 des Urteils BGE 135 V 306; SVR 2009 IV Nr. 30 S. 85 E. 3.2 [9C\_431/2008]; Urteil 8C\_461/2015 vom 2. November 2015 E. 1).

2.

Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen über die Erwerbsunfähigkeit (Art. 7 ATSG), die Invalidität (Art. 8 Abs. 1 ATSG), die Invaliditätsbemessung bei erwerbstätigen Versicherten nach dem Einkommensvergleich (Art. 16 ATSG; Art. 28a Abs. 1 IVG; BGE 131 V 51; 130 V 343 E. 3.4 S. 348) und bei teilweise erwerbstätigen Versicherten nach der gemischten Methode (Art. 28a Abs. 3 IVG; BGE 137 V 334; 133 V 504; 125 V 146; vgl. auch BGE 141 V 15 E. 3 S. 20) zutreffend dargelegt. Richtig wiedergegeben hat sie auch die Voraussetzungen des Rentenanspruchs (Art. 28 Abs. 2 IVG) und der Rentenrevision (Art. 17 Abs. 1 ATSG; Art. 88bis Abs. 2 IVV; BGE 134 V 131 E. 3 S. 132). Gleiches gilt betreffend den Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGE 138 V 218 E. 6 S. 221) sowie den Beweiswert von Arztberichten und Abklärungsberichten an Ort und Stelle (vgl. E. 1 hievor). Darauf wird verwiesen.

3.

Die Vorinstanz hat geprüft, ob seit der rentenzusprechenden Verfügung vom 17. Mai 2005 bis zur strittigen Verfügung vom 7. November 2014 eine erhebliche Veränderung in den tatsächlichen Verhältnissen eingetreten sei. Ein Revisionsgrund sei die Tatsache, dass sich die Versicherte 2007 von ihrem damaligen Ehemann getrennt habe und damals offenbar auch der 1998 geborene Sohn ausgezogen sei und bei seinem Vater lebe. Einen weiteren Revisionsgrund stelle die Geburt des zweiten Sohnes am 10. Dezember 2013 dar. Aufgrund des Abklärungsberichts Haushalt vom 15. August 2014 wäre die Versicherte ohne gesundheitliche Einschränkungen wegen des am 10. Dezember 2013 geborenen Kindes zu 50 % im Haushalt tätig und zu 50 % erwerbstätig. Gestützt auf das neurologische und psychiatrische Gutachten vom 7. Juli 2014 sei sie aus neurologischer Sicht in jeglicher Tätigkeit ausser Haus zu 100 % eingeschränkt. Diesem Gutachten sei insofern nicht zu folgen, als darin die Einschränkung im Haushalt auf mindestens 30 % festgelegt worden sei; diesbezüglich sei vielmehr auf den Abklärungsbericht Haushalt vom 15. August 2014 abzustellen, wonach diese Einschränkung 24,8 % betrage. Nach dem Gesagten beliefen sich die gewichteten Einschränkungen im Erwerb auf 50 %

(100 % x 0,5) und im Haushalt auf 12,4 % (24,8 % x 0,5), was einen Invaliditätsgrad von gerundet 62 % ergebe. Dies führe zum Anspruch auf eine Dreiviertelsrente.

4.

Die vorinstanzliche Festlegung des Vergleichszeitraums und die Annahme eines Revisionsgrundes wegen der Geburt des zweiten Sohnes der Versicherten am 10. Dezember 2013 sind unbestritten. Da ein Revisionsgrund für ein Sachverhaltselement feststeht, können auch die anderen Elemente der Anspruchsberechtigung frei überprüft werden (BGE 141 V 9 E. 2.3 S. 11 mit Hinweisen).

5.

Gemäss nicht endgültigem Urteil der zweiten Kammer des Europäischen Gerichtshofs für

Menschenrechte (EGMR) Di Trizio gegen die Schweiz vom 2. Februar 2016 (7186/09) verletzte die Anwendung der gemischten Invaliditätsbemessungsmethode in der Invalidenversicherung bei einer Versicherten, welche ohne gesundheitliche Einschränkungen nach der Geburt ihrer Kinder nur noch teilweise erwerbstätig gewesen wäre und deshalb im Rentenrevisionsverfahren ihren Anspruch auf eine Invalidenrente verlor, Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) in Verbindung mit Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens). Es kann an dieser Stelle offen bleiben, welche Auswirkungen dieses Urteil auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Zukunft haben wird. Denn betreffend die Anwendung der gemischten Methode an sich erhebt die Beschwerdeführerin keine Diskriminierungsrüge (Art. 106 Abs. 2 BGG; Urteile 9C\_503/2015 vom 9. März 2016 E. 5.1 und 8C\_633/2015 vom 12. Februar 2016 E. 4.3).

6.

6.1. Strittig ist als Erstes, in welchem Umfang die Versicherte ohne Gesundheitsschaden ausserhäuslich erwerbstätig wäre. Im Wesentlichen geht es darum, ob sie anlässlich der Abklärung im Haushalt gesagt habe, sie würde maximal oder mindestens zu "50 % arbeiten gehen". Dabei macht sie geltend, die IV-Stelle hätte von Amtes wegen einen ausgewiesenen Dolmetscher beiziehen und ein Protokoll vorweisen müssen, um den rechtsstaatlichen Anforderungen zu genügen. Ein Protokoll des Haushaltsberichts sei ihr nie zur Durchsicht vorgelegt worden. Unverständlich und willkürlich sei, weshalb die Vorinstanz davon ausgehe, die bei der Abklärung im Haushalt anwesenden Personen - Herr D.\_\_\_\_\_ und ihr erstgeborener Sohn - hätten entsprechend dem Protokoll der IV-Stelle übersetzt, sie würde "maximal zu 50 % arbeiten". Im Abklärungsbericht fänden sich weder eine unterschriebene Bestätigung noch ein Hinweis darauf, dass sie dies so übersetzt hätten. Es sei von ihrer Aussage auszugehen, mindestens zu "50 % arbeiten zu gehen". Ohne Gesundheitsschaden wäre sie nämlich zu 70-100 % erwerbstätig.

6.2. Der Abklärungsbericht Haushalt vom 15. August 2014 hielt fest, das Gespräch habe mit der Versicherten, Herrn D.\_\_\_\_\_ (Anwalt) und ihrem Sohn stattgefunden. Herr D.\_\_\_\_\_ habe die Frage, ob ohne Behinderung eine Erwerbstätigkeit ausgeübt würde, ins Spanische übersetzt. Die Versicherte habe daraufhin dezidiert Auskunft gegeben, dass sie ohne Baby 100 %, mit Baby lediglich 50 % arbeiten würde. Sie wolle für das Baby da sein. Zu einem späteren Zeitpunkt im Gespräch habe ihr Sohn die Statusfrage für sie nochmals wiederholt. Die Versicherte habe auf Spanisch genauso unvermittelt wie zuvor die Auskunft gegeben, dass sie mit dem Baby maximal zu 50 % erwerbstätig wäre.

Gemäss dem neurologischen und psychiatrischen Gutachten vom 7. Juli 2014 ist die Verständigung der Versicherten in der spanischen Sprache trotz ihrer kognitiven Probleme intakt. Bei der Erhebung der Statusfrage wurde von der Abklärerin "nachgehakt" und die Antwort der Versicherten ausführlich und differenziert protokolliert. Inwiefern unter diesen Umständen die für eine korrekt durchgeführte Abklärung erforderliche Kommunikation nicht gewährleistet und der Beizug eines amtlichen Übersetzers erforderlich gewesen wäre, ist nicht ersichtlich. Dies ist umso weniger der Fall, als die Beschwerdeführerin weder vorgängig noch während der Haushaltsabklärung den Beizug einer anderen Übersetzungsperson verlangte (vgl. auch Urteile 8C\_588/2007 vom 27. August 2008 E. 9.2.2, I 629/06 vom 6. Juli 2007 E. 5.2 und U 473/05 vom 29. Dezember 2006 E. 2.3.4). Eine Befragung ihres Sohnes und des "Anwaltes" D.\_\_\_\_\_ zu den von ihr behaupteten Ungereimtheiten bei der Übersetzung beantragte sie vorinstanzlich ebenfalls nicht. Insgesamt kann somit dem Einwand der mangelhaften Übersetzung während der Haushaltsabklärung nicht gefolgt werden. Unbehelflich ist demnach auch der Einwand der Versicherten, im Abklärungsbericht Haushalt finde sich weder eine unterschriebene Bestätigung noch ein Hinweis darauf, dass die beiden Personen entsprechend übersetzt hätten.

6.3. Demnach hat die Vorinstanz zu Recht auf die Angabe der Versicherten im Rahmen der Haushaltsabklärung vom 13. Februar 2014 abgestellt, sie wäre maximal zu 50 % erwerbstätig. Denn die "Aussagen der ersten Stunde" sind in der Regel unbefangener und zuverlässiger als spätere Schilderungen, die bewusst oder unbewusst von Überlegungen versicherungsrechtlicher oder anderer Art beeinflusst sein können (BGE 121 V 45 E. 2b S. 47; Urteil 8C\_735/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4.3.2).

7.

7.1. Umstritten ist weiter die gesundheitsbedingte Einschränkung der Versicherten im Haushalt. Sie macht im Wesentlichen geltend, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz nicht auf das medizinische Gutachten vom 7. Juli 2014 abgestellt habe, worin von einer Einschränkung im

Haushalt von zumindest 30 % ausgegangen worden sei. Die Einschätzung der Gutachter sei hier höher zu gewichten als der Abklärungsbericht Haushalt vom 15. August 2014, worin die Einschränkung mit 24,8 % bemessen worden sei. Zudem entspreche dieser Abklärungsbericht nicht ihren im vorinstanzlichen Verfahren vorgebrachten Einwänden, wonach beispielsweise ihre Schwester ihr bei der Haushaltsführung, Wohnungspflege und vor allem der Kinderpflege behilflich sei. Es sei rechtswidrig, wenn die Vorinstanz anführe, der anwesende Sohn der Versicherten habe ihre Angaben im Zusammenhang mit den Einschränkungen im Haushalt teilweise ergänzt, und wenn jeder Einwand mit dem Hinweis abgewiesen werde, er und Herr D.\_\_\_\_\_ hätten gesagt, worin die Einschränkungen bestünden. Bei willkürfreier Beweiswürdigung hätte die Vorinstanz Zweifel am Abklärungsbericht Haushalt haben müssen. Sie halte an ihren Ausführungen in der vorinstanzlichen Beschwerde fest, wonach sogar von einer Einschränkung im Haushalt von 55,9 % auszugehen sei; hiermit habe sich die Vorinstanz erst gar nicht auseinandergesetzt.

7.2. Die Vorinstanz hat zur Kritik der Versicherten am Abklärungsbericht Haushalt festgehalten, die Einschränkungen würden von der Versicherten höher eingeschätzt, ohne dass jedoch nachvollziehbar auf die effektiv vorliegenden und medizinisch erhobenen Einschränkungen Bezug genommen würde bzw. auch nur ansatzweise Fehlerhebungen des Abklärungsdienstes belegbar wären. Diese Begründung ist zwar knapp, erfüllt aber die Minimalanforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV (vgl. BGE 138 I 232 E. 5.1 S. 237).

7.3. Das Gutachten vom 7. Juli 2014 hielt fest, im eigenen kleinen Haushalt bestehe eine neurologisch bedingte Beeinträchtigung der Versicherten von zumindest 30 %. Gründe, die Einschränkung in diesem Bereich höher zu veranschlagen, werden letztinstanzlich nicht substantiiert geltend gemacht und sind nicht ersichtlich. Soweit die Versicherte hinsichtlich der von ihr behaupteten Einschränkungen im Haushalt von 55,9 % auf ihre vorinstanzliche Beschwerde verweist, ist dies unzulässig (BGE 134 II 244; SVR 2010 UV Nr. 9 S. 35 E. 6 [8C\_286/2009]; Urteil 8C\_836/2015 vom 26. Februar 2016 E. 3.2).

Bei einer 30%igen Einschränkung im Haushalt resultiert ein Invaliditätsgrad von 65 % ( $[\text{Erwerb: } 100\% \times 0.5] + [\text{Haushalt: } 30\% \times 0.5]$ ) und daraus der Anspruch auf eine Dreiviertelsrente (Art. 28 Abs. 2 IVG). Somit ist der angefochtene Entscheid im Ergebnis rechtens.

8.

Da von weiteren Abklärungen keine entscheiderelevanten Ergebnisse zu erwarten waren, hat die Vorinstanz darauf zu Recht verzichtet. Dies verstösst weder gegen den Untersuchungsgrundsatz (Art. 61 lit. c ATSG) noch gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör bzw. auf Beweisabnahme (Art. 29 Abs. 2 BV; antizipierte Beweiswürdigung; BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236; Urteil 8C\_680/2015 vom 14. Dezember 2015 E. 5.5). Von willkürlicher Beweiswürdigung der Vorinstanz kann keine Rede sein.

9.

Die unterliegende Beschwerdeführerin trägt die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Die unentgeltliche Rechtspflege kann ihr gewährt werden (Art. 64 BGG). Sie hat der Bundesgerichtskasse Ersatz zu leisten, wenn sie später dazu in der Lage ist (Art. 64 Abs. 4 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen. Rechtsanwalt Remo Gilomen wird als unentgeltlicher Anwalt der Beschwerdeführerin bestellt.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 800.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt, indes vorläufig auf die Gerichtskasse genommen.

4.

Dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin wird aus der Bundesgerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 2'800.- ausgerichtet.

5.

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

Luzern, 19. April 2016

Im Namen der I. sozialrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Maillard

Der Gerichtsschreiber: Jancar