Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

9C 203/2018

Urteil vom 23. Juli 2018

II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Pfiffner, Präsidentin,
Bundesrichterin Glanzmann, Bundesrichter Parrino,
Gerichtsschreiber Fessler.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Aurelia Jenny,
Beschwerdeführer,

gegen

IV-Stelle des Kantons Zürich, Röntgenstrasse 17, 8005 Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Invalidenversicherung (Invalidenrente),

Beschwerde gegen den Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Januar 2018 (IV.2016.01213).

Sachverhalt:

A.
A._____ musste aufgrund eines Aderhautmelanoms das rechte Auge entfernt werden. Die IV-Stelle des Kantons Zürich leistete Kostengutsprache für Glas-Augenprothesen bis zum 31. Januar 2022 (Mitteilungen vom 9. Oktober 2009 und 17. April 2013). Nach erneuter Anmeldung zum Leistungsbezug im Juni 2013 verneinte die IV-Stelle, u.a gestützt auf die Expertise des ABI Ärztliches Begutachtungsinstitut GmbH vom 23. Mai 2016 mit Verfügung vom 4. Oktober 2016, einen Rentenanspruch.

B.
Die Beschwerde des A._____ wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 10. Januar 2018 ab.

C.
A._____ führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit den Rechtsbegehren, der Entscheid des kantonalen Sozialversicherungsgerichts vom 10. Januar 2018 sei aufzuheben; es sei ihm ab 1. Januar 2014 eine Rente der Invalidenversicherung zuzusprechen; eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz oder an die IV-Stelle zurückzuweisen und diese anzuweisen, den medizinischen Sachverhalt rechtsgenüglich abzuklären. Weiter beantragt er, es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.
Die IV-Stelle des Kantons Zürich ersucht um Abweisung der Beschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherungen verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.
Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann unter anderem die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Die Feststellung des Sachverhalts (durch die Vorinstanz; Art. 105 Abs. 1 BGG) kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig bzw. wie

die Beweiswürdigung willkürlich ist (BGE 142 II 433 E. 4.4 S. 444) oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Artikel 95 beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Eine solche Verletzung von Bundesrecht liegt etwa vor, wenn der angefochtene Entscheid eine entscheidwesentliche Tatfrage, im Streit um eine Rente der Invalidenversicherung namentlich Gesundheitszustand und Arbeitsfähigkeit einer versicherten Person, auf unvollständiger Beweisgrundlage beantwortet (Urteil 9C 558/2016 vom 4. November 2016 E. 3).
Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). In diesem Rahmen prüft es unter Berücksichtigung der Begründungspflicht der Parteien (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG sowie Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 138 I 274 E. 1.6 S. 280; 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254) frei, ob ein medizinisches Gutachten nach Art. 44 ATSG, auf welches die Vorinstanz entscheidend abgestellt hat, Beweiswert hat, d.h. den diesbezüglichen Anforderungen genügt (vgl. dazu BGE 134 V 231 E. 5.1 S. 232; Urteil 9C 526/2017 vom 14. November 2017 E. 2 mit Hinweis).

2.
Streitgegenstand ist der von der Vorinstanz in Bestätigung der Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 4. Oktober 2016 verneinte Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Rente der Invalidenversicherung.

3.
Der Beschwerdeführer rügt, die Beschwerdegegnerin habe seine Vorbringen im Einwand gegen den Vorbescheid vom 22. Juli 2016 in keinster Weise gewürdigt. Damit sei sein Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 42 ATSG verletzt worden. Entgegen der Auffassung des kantonalen Sozialversicherungsgerichts sei der Mangel im vorinstanzlichen Verfahren nicht geheilt worden, da es sich ebenso wenig damit regelrecht auseinandergesetzt habe.

3.1. Im Einwand gegen den Vorbescheid hatte der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend gemacht, der psychiatrische Gutachter des ABI habe die Diagnose der behandelnden Ärzte retrospektiv "auf sehr fragwürdige Weise aufgehoben". Gewisse Schilderungen in der Expertise vom 23. Mai 2016, "wie ich im Alltag arbeiten könne", stünden in Widerspruch zur Realität. Zu diesen Vorbringen nahm die Beschwerdegegnerin in der Verfügung wie folgt Stellung:

"Das Gutachten ist ausführlich, bewertet die Aktenlage, die klinischen Untersuchungen liegen vor. Die Befunde sind plausibel und nachvollziehbar. Es kann auf das Gutachten abgestellt werden.
Mit dem Einwand haben wir keine neuen medizinischen Unterlagen erhalten, welche eine erneute Überprüfung des Anspruchs auf Leistungen der Invalidenversicherung begründen."

3.2. Daraus ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin dem ABI-Gutachten Beweiswert zuerkannte und von weiteren Abklärungen keine neuen Erkenntnisse erwartete, weshalb sie darauf verzichtete. In dieser von der Vorinstanz implizit nicht als bundesrechtswidrig erachteten antizipierten Beweiswürdigung kann keine Verletzung des Gehörsanspruchs erblickt werden (BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236; 119 V 335 E. 3c am Ende S. 344). Im Übrigen macht der Beschwerdeführer - zu Recht - nicht geltend, es sei ihm nicht möglich gewesen, die Verfügung oder den diese bestätigenden vorinstanzlichen Entscheid sachgerecht anzufechten (BGE 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188).

4.
Die Vorinstanz ist in Würdigung der medizinischen Akten zum Ergebnis gelangt, aufgrund des beweiskräftigen Gutachtens des ABI vom 23. Mai 2016 sei der Beschwerdeführer seit April 2014 in der bisherigen Tätigkeit nicht mehr arbeitsfähig. In einer angepassten Tätigkeit in Beachtung des Belastungsprofils bestehe dagegen seit Januar 2015 eine Arbeitsfähigkeit von 80 %. Die Einschränkung sei ophthalmologisch und psychiatrisch bedingt. Die Wartezeit von einem Jahr nach Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG sei im Februar 2014 eröffnet worden, ein allfälliger Rentenanspruch somit frühestens im Februar 2015 entstanden. Die auf diesen Zeitpunkt hin vorgenommene Invaliditätsbemessung durch Einkommensvergleich (Art. 16 ATSG i.V.m. Art. 28a Abs. 1 IVG) ergab einen Invaliditätsgrad von 27 %, was für den Anspruch auf eine Rente nicht ausreicht (Art. 28 Abs. 2 IVG).

5.
Der Beschwerdeführer rügt die vorinstanzliche Beurteilung in verschiedener Hinsicht als bundesrechtswidrig. Seine Vorbringen sind indessen nicht stichhaltig:

5.1. Das kantonale Sozialversicherungsgericht ist gestützt auf den Bericht des behandelnden

Psychiaters und Psychotherapeuten Dr. med. B._____ vom 10. Juni 2014 davon ausgegangen, dass die Wartezeit nach Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG im Februar 2014 eröffnet wurde, was eine Arbeitsunfähigkeit, d.h. eine Einbusse an funktionellem Leistungsvermögen im bisherigen Beruf von mindestens 20 % voraussetzt (Urteil 9C 818/2013 vom 24. Februar 2014 E. 1 mit Hinweisen). An anderer Stelle hat es festgestellt, gemäss dem psychiatrischen Gutachter des ABI könne während den Jahren 2013 und 2014 aufgrund eines andauernden höhergradigen depressiven Zustandsbildes mit mittelgradiger Episode eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit angenommen werden. Nach dieser Einschätzung konnte die einjährige Wartezeit bereits im Januar 2013 begonnen haben und spätestens im Dezember 2014 - nicht erst im Februar 2015 - abgelaufen sein. In diesem Zeitpunkt konnte daher ein Rentenanspruch entstehen, nachdem sich der Beschwerdeführer im Juni 2013 bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug angemeldet hatte (Art. 29 Abs. 1 IVG).
In den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen zum Beginn der Wartezeit nach Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG kann jedoch kein (unauflösbarer) Widerspruch erblickt werden. Die Festlegung der Arbeitsunfähigkeit im ABI-Gutachten für die Jahre 2013 und 2014 erfolgte retrospektiv. Das kantonale Sozialversicherungsgericht hat in E. 6.2 seines Entscheids mit Hinweis auf die Rechtsprechung einlässlich dargelegt, dass für die Eröffnung der Wartezeit echtzeitliche ärztliche Einschätzungen massgebend sind. In (Beweis-) Würdigung entsprechender Arztberichte hat es den Beginn der Wartezeit auf den Februar 2014 festgelegt. Soweit der Beschwerdeführer den Bericht des Dr. med. C._____ vom 18. Oktober 2013 dagegen ins Feld führt, fehlt es an einer hinreichenden (Willkür-) Substanziierung (E. 1).

5.2. Entgegen den Vorbringen in der Beschwerde hat sodann die Feststellung des kantonalen Sozialversicherungsgerichts, wonach seit Januar 2015 aus (ophthalmologischer und) psychiatrischer Sicht von einer Arbeitsfähigkeit von 80 % in einer körperlich leichten wechselbelastenden Tätigkeit auszugehen sei, im ABI-Gutachten vom 23. Mai 2016 eine hinreichende Stütze. Im Rahmen der interdisziplinären Konsensbeurteilung wurde zur Begründung dieses Zeitpunktes zwar lediglich auf die anamnestischen Angaben, die Untersuchungsbefunde, die vorliegenden Dokumente sowie die früher attestierten Arbeitsunfähigkeiten hingewiesen. Indessen kann der Beweiswert der Expertise nicht davon abhängen, dass bei der Fragenbeantwortung nochmals alle Erkenntnisse aufgeführt werden, jedenfalls wenn sich diese leicht nachlesen lassen. Entscheidend ist, dass sich die Einschätzung aufgrund der dargelegten Untersuchungen und der einlässlichen Gesamtbeurteilung nachvollziehen lässt (BGE 125 V 351 E. 3a S. 352). Im Übrigen wird im ABI-Gutachten begründet, weshalb die Einschätzung des Dr. med. B._____ in seinem Bericht vom 14. September 2015 nicht überzeugt. Der Umstand, dass der behandelnde Arzt eine leichte Verbesserung der rezidivierenden depressiven Störung
erst seit Mai 2015 attestierte, vermag die Expertise nicht in Frage zu stellen, zumal eine Konsultation im fraglichen Zeitpunkt nicht aktenkundig ist, was darauf schliessen lässt, dass es sich um eine blosse Wiedergabe der subjektiven Angaben des Beschwerdeführers handelte.

5.3.

5.3.1. Im Weitern zweifelte der psychiatrische Experte des ABI die Diagnose einer rezidivierenden depressiven Störung, zur Zeit mittelgradig bis schwer (ICD-10 F33.2), im Bericht des Dr. med. B._____ vom 10. Juni 2014 damit an, dass "Hinweise für eine schwer depressive Episode wie psychotische Symptome, Hospitalisation oder Suizidversuche nicht bekannt" seien. Der Beschwerdeführer bestritt im Einwand gegen den Vorbescheid, dass psychotische Symptome für die Diagnose nach ICD-10 F33.2 erforderlich seien. Dazu werde im angefochtenen Entscheid nichts gesagt, wie er geltend macht. Indessen bildet hier nicht das Verwaltungsverfahren Überprüfungsobjekt. Abgesehen davon bedarf die Verletzung des rechtlichen Gehörs einer qualifizierten Begründung.

5.3.2. Sodann erwähnte der orthopädische Experte eine erhebliche Diskrepanz zwischen den anamnestischen Schmerzschilderungen einerseits und den objektivierbaren Befunden anlässlich der heutigen Untersuchung andererseits. Inwiefern eine Schmerzverarbeitungsstörung oder eine sonstige psychische Pathologie vorliege, sei im psychiatrischen Teilgutachten abzuhandeln. Eine solche Störung wurde vom Psychiater des ABI weder erwähnt noch diskutiert. Ebenso wenig finden sich dazu Ausführungen in der auf einer interdisziplinären Konsensbesprechung beruhenden Gesamtbeurteilung, wie der Beschwerdeführer geltend macht. Dies vermag indessen den Beweiswert des Gutachtens nicht zu mindern, denn wie er selber vorbringt, hatte er auch anlässlich der psychiatrischen Untersuchung geäussert, unter chronischen Schmerzen zu leiden. Es ist somit davon auszugehen, dass der psychiatrische Experte eine Schmerzverarbeitungsstörung diskutiert und gegebenenfalls diagnostiziert hätte, wenn hiefür genügend Anhaltspunkte bestanden bzw. eine

solche tatsächlich vorlag.

5.3.3. Schliesslich hielt der orthopädische Gutachter fest, dass den früheren Einschätzungen, u.a. derjenigen des Dr. med. D._____ im Bericht vom 9. Juli 2015, wonach wechselbelastende Verrichtungen mit einer Belastungslimite von 10 kg mit einem Pensum von etwa 50 % möglich waren, gefolgt werden könne. Entgegen den Vorbringen in der Beschwerde steht diese Beurteilung nicht in einem (unauflösbaren) Widerspruch dazu, dass der Experte von einer uneingeschränkten Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit ausging. Der Facharzt wies ausdrücklich darauf hin, dass die retrospektive Einschätzung der Arbeitsfähigkeit schwierig sei. Für körperlich leichte Verweistätigkeiten könne jedoch keine längerdauernde Arbeitsunfähigkeit (im Sinne einer invalidisierenden Erkrankung) attestiert werden. Damit kann der Beschwerdeführer auch aus dem Umstand nichts zu seinen Gunsten ableiten, dass die Feststellung der Vorinstanz, Dr. med. D._____ habe kein Belastungsprofil für eine angepasste Tätigkeit erstellt, unrichtig ist.

5.4. Die übrigen Vorbringen und Bestreitungen in der Beschwerde beruhen allesamt auf der Annahme, das ABI-Gutachten vom 23. Mai 2016 sei nicht beweiskräftig, welche Auffassung indessen, wie gezeigt, nicht zutreffend ist. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

6.
Der angefochtene Entscheid verletzt kein (Bundes-) Recht. Die Beschwerde ist unbegründet.

7.
Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer grundsätzlich kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kann jedoch entsprochen werden (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Er hat indessen der Gerichtskasse Ersatz zu leisten, wenn er später dazu in der Lage ist (Art. 64 Abs. 4 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Dem Beschwerdeführer wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt, und Rechtsanwältin MLaw Aurelia Jenny wird als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

3.
Die Gerichtskosten von Fr. 800.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt, einstweilen indessen auf die Bundesgerichtskasse genommen.

4.
Der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers wird aus der Bundesgerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 2'800.- ausgerichtet.

5.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 23. Juli 2018

Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Pfiffner

Der Gerichtsschreiber: Fessler