Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess {T 7}
I 462/05

Urteil vom 16. August 2006
IV. Kammer

Besetzung
Präsident Ursprung, Bundesrichterin Widmer und Bundesrichter Frésard; Gerichtsschreiberin Hofer

Parteien
IV-Stelle Bern, Chutzenstrasse 10, 3007 Bern, Beschwerdeführerin,

gegen

S._____, 1947, Beschwerdegegner, vertreten durch Fürsprecher Dr. Michael Weissberg, Zentralstrasse 47, 2502 Biel

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern

(Entscheid vom 23. Mai 2005)

Sachverhalt:
A.
Der 1947 geborene türkische Staatsangehörige S._____ war seit Oktober 1990 bei der Firma X._____ als Mitarbeiter in der Wagenreinigung angestellt. Diese Tätigkeit gab er im Dezember 2000 krankheitsbedingt auf. Seither geht er keiner Erwerbstätigkeit mehr nach.

Am 23. Mai 2001 meldete er sich wegen starker Rückenschmerzen mit Ausstrahlung ins linke Bein bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an. Die IV-Stelle Bern holte diverse medizinische Unterlagen ein, worunter die Berichte des Hausarztes Dr. med. B._____, vom 7. Mai 2002, des Dr. med. Dr. med. W._____, vom 28. Dezember 2001 und des Dr. med. H._____, vom 27. März 2002, sowie das Gutachten der Medizinischen Abklärungsstelle (MEDAS) am Inselspital in Z._____ vom 9. September 2003. Am 18. Januar 2002 und am 16. März 2004 forderte sie den Versicherten zur Kooperation hinsichtlich der ärztlich empfohlenen wirbelsäulenorthopädischen Operation auf, unter gleichzeitiger Androhung, dass bei Verweigerung des als zumutbar erachteten chirurgischen Eingriffs auf Grund der vorhandenen Akten entschieden und das Leistungsgesuch wahrscheinlich abgewiesen werde. Nachdem sich der Versicherte weigerte, sich dem ärztlichen Eingriff zu unterziehen, verneinte sie mit Verfügung vom 24. August 2004 einen Anspruch auf Invalidenrente. Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 17. Dezember 2004 fest.
B.
Die von S._____ hiegegen erhobene Beschwerde hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Entscheid vom 23. Mai 2005 in dem Sinne gut, dass es in Aufhebung des Einspracheentscheids die Sache zum weiteren Vorgehen im Sinne der Erwägungen und zu neuem Entscheid über den Rentenanspruch an die IV-Stelle zurückwies. Ferner verpflichtete es die IV-Stelle, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 1500.- zu bezahlen. Das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung schrieb es als erledigt ab.
C.

Die IV-Stelle führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben.
S._____ lässt auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliessen. Das Bundesamt für Sozialversicherung verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Der angefochtene Entscheid betrifft Leistungen der Invalidenversicherung. Nach Art. 132 Abs. 1 OG in der Fassung gemäss Ziff. III des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Änderung des IVG (in Kraft seit 1. Juli 2006) kann das Eidgenössische Versicherungsgericht in Verfahren um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen in Abweichung von den Art. 104 und 105 OG auch die Unangemessenheit der angefochtenen Verfügung beurteilen und ist an die vorinstanzliche Feststellung des Sachverhalts nicht gebunden. Gemäss Art. 132 Abs. 2 OG gelten diese Abweichungen nicht, wenn der angefochtene Entscheid Leistungen der Invalidenversicherung betrifft. Nach Ziff. II lit. c des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 gilt indessen bisheriges Recht für die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung beim Eidgenössischen Versicherungsgericht hängigen Beschwerden. Da die hier zu beurteilende Beschwerde am 1. Juli 2006 beim Eidgenössischen Versicherungsgericht hängig war, richtet sich dessen Kognition noch nach Art. 132 Abs. 1 OG.
2.
Streitig ist, ob der Beschwerdegegner auf Grund des Sachverhaltes, wie er sich bis zum Erlass des Einspracheentscheides vom 17. Dezember 2004, der rechtsprechungsgemäss die zeitliche Grenze der gerichtlichen Überprüfungsbefugnis bildet (BGE 130 V 446 Erw. 1.2 mit Hinweisen), entwickelt hat, Rentenleistungen der Invalidenversicherung beanspruchen kann. Diese Frage beurteilt sich, stehen doch keine laufenden Leistungen im Sinne der übergangsrechtlichen Ausnahmebestimmung des Art. 82 Abs. 1 des auf den 1. Januar 2003 in Kraft getretenen ATSG, sondern Dauerleistungen im Streit, über welche noch nicht rechtskräftig verfügt worden ist, den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln folgend, für die Zeit bis 31. Dezember 2002 auf Grund der bisherigen Rechtslage und ab diesem Zeitpunkt nach den neuen Normen des ATSG und dessen Ausführungsverordnungen (BGE 130 V 445). Ebenfalls Anwendung finden die seit 1. Januar 2004 geltenden Änderungen des IVG vom 21. März 2003 (vgl. insbesondere auch die Schluss- und Übergangsbestimmungen lit. d-f) und der IVV vom 21. Mai 2003 (4. IV-Revision) sowie die damit einhergehenden Anpassungen des ATSG.
3.
3.1 Entzieht oder widersetzt sich eine versicherte Person einer zumutbaren Behandlung oder Eingliederung ins Erwerbsleben, die eine wesentliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit oder eine neue Erwerbsmöglichkeit verspricht, oder trägt sie nicht aus eigenem Antrieb das ihr Zumutbare dazu bei, so können ihr die Leistungen vorübergehend oder dauernd gekürzt oder verweigert werden. Sie muss vorher schriftlich gemahnt und auf die Rechtsfolgen hingewiesen werden; ihr ist eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen. Behandlungs- und Eingliederungsmassnahmen, die eine Gefahr für Leben und Gesundheit darstellen, sind nicht zumutbar (Art. 21 Abs. 4 ATSG).
3.2 Art. 21 Abs. 4 ATSG ist auch im Bereich der Invalidenversicherung anwendbar (Art. 2 ATSG und Art. 1 Abs. 1 IVG). Er stimmt inhaltlich weitgehend mit der Regelung von alt Art. 10 Abs. 2 IVG und alt Art. 31 IVG (je in Kraft gestanden bis 31. Dezember 2002) überein. Die hiezu ergangene Rechtsprechung ist somit zu beachten (vgl. Kieser, ATSG-Kommentar, N 54 ff. zu Art. 21). Es betrifft dies insbesondere die formellen Erfordernisse des Mahn- und Bedenkzeitverfahrens im Bereich der Invalidenversicherung (BGE 122 V 218; SVR 2005 IV Nr. 30 S. 113). Art. 7 Abs. 1 IVG in der seit 1. Januar 2004 geltenden Fassung verweist bezüglich der Kürzung und Verweigerung von Leistungen ausdrücklich auf Art. 21 Abs. 4 ATSG (vgl. altrechtlich ZAK 1965 S. 507).
3.3 Was als zumutbar im Sinne von Art. 21 Abs. 4 ATSG zu gelten hat, wird im Gesetz nicht näher umschrieben. Da sich diesbezüglich mit dem neuen Recht nichts geändert hat (vgl. Kieser, a.a.O., N 60 zu Art. 21), kann auf die zu Art. 31 Abs. 1 IVG ergangene Rechtsprechung verwiesen werden. Danach sind bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Massnahme die gesamten objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Namentlich bei medizinischen Massnahmen, die einen starken Eingriff in die persönliche Integrität der versicherten Person darstellen können, ist an die Zumutbarkeit kein strenger Massstab anzulegen (ZAK 1985 S. 326 Erw. 1).

4.
Zu prüfen ist, ob eine operative Dekompression der Nervenwurzel L5 und Versteifung des Segmentes LWK5/SWK1 zur Behandlung eines chronifizierten lumboradikulären Kompressionssyndroms mit Wurzelclaudicatio bei Spondylanterolisthesis von LWK5/SWK1 und schwerster Osteochondrose deformans mit intervertebralem Kollaps und ausgeprägter sekundärer Foraminalstenose L5/S1 beidseits, an welcher der Beschwerdegegner leidet, eine zumutbare Behandlung im Sinne von Art. 21 Abs. 4 ATSG darstellt.
4.1 Das kantonale Gericht hat erwogen, vom operativen Eingriff könne mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine wesentliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit erwartet werden. Die objektive Zumutbarkeit der Operation erachtete es sodann ohne weiteres als gegeben. Hingegen verneinte es die subjektive Zumutbarkeit mit der Begründung, invaliditätsfremde Faktoren und vor allem das vorgerückte Alter verringerten die Chancen einer erfolgreichen Wiedereingliederung in den Erwerbsprozess erheblich. Der objektiv doch schwere Eingriff und die daran anschliessende Rekonvaleszenz bedeuteten für den Versicherten angesichts seines vorgerückten Alters eine grosse Belastung. Zudem könne er Rentenleistungen nur noch während relativ kurzer Zeit beanspruchen. Hinzu komme eine fast pathologisch anmutende Operationsangst. Die Vorinstanz wies die Sache daher an die Verwaltung zurück, damit sie den Anspruch auf Leistungen auf Grund der aktuellen medizinischen Situation und ohne Berücksichtigung einer möglichen Verbesserung durch die vorgeschlagene Operation prüfe und darüber verfüge.
4.2 Die Beschwerde führende IV-Stelle macht demgegenüber geltend, Dr. med. W._____ habe bereits im November 1996 eine Operation als indiziert erachtet, welche vom Versicherten jedoch abgelehnt worden sei. Neun Jahre später könne daher nicht das Alter als Begründung für die Unzumutbarkeit des Eingriffs herangezogen werden. Ebenso wenig könne die Restdauer des Leistungsanspruchs als Argument für die Verneinung einer Eingliederungsmassnahme gelten, zumal der Versicherte günstigstenfalls Anspruch auf eine Invalidenrente für die Jahre 2000 bis 2012 beanspruchen könnte. Der Grundsatz "Eingliederung vor Rente" müsste daher bereits ab dem 53. Lebensjahr verneint werden. Eine Verbesserung des Gesundheitszustandes würde sich zudem mit grösster Wahrscheinlichkeit auch positiv auf die derzeit bedrückende familiäre Situation auswirken. Schliesslich könne auch die fachmedizinisch keineswegs ausgewiesene Angst vor der Operation nicht dazu führen, dass diese nicht zumutbar sei.
5.
5.1 Der Rheumatologe Dr. med. W._____ führte im Bericht vom 28. Dezember 2001 aus, beim kernspintomographischen Befund mit ausgeprägter Einengung des Canalis intervertebralis L5/S1 links betont, bestehe mit Sicherheit eine chronische Kompression und Ischämie der Nervenwurzel L5, was auch die eingeschränkte Gehstrecke auf knapp 50 Meter mit zunehmenden Schmerzen im linken Bein absolut erkläre. Da es sich eindeutig relativ monokausal um ein mechanisches Problem handle, sei die Indikation für einen neuroorthopädischen Eingriff mit Dekompensation der Nervenwurzel L5 beidseits und allenfalls Stabilisation des Segmentes L5/S1 absolut indiziert. Darauf habe er bereits im Jahre 1996 hingewiesen. Der Versicherte habe damals den vereinbarten Konsultationstermin mit der Begründung abgesagt, er habe keine Beschwerden mehr. In der Folge habe er auch wieder gearbeitet, bis ihn der Hausarzt Mitte Dezember 2000 dauernd vollständig arbeitsunfähig geschrieben habe. Die Prognose nach durchgeführter Massnahme bezeichnete der Arzt als nicht schlecht, wies jedoch auf eine deutliche Chronifizierung des lumboradikulären Kompressionssyndroms und eine Desillusionierung und Schicksalsergebenheit des die Operation ablehnenden Patienten hin. Bei optimaler
Rehabilitation sei es möglich, dass der Versicherte in sechs bis zehn Monaten seine Arbeit zunächst zu 50 % und später zu 100 % im Wagenreinigungsdienst der SBB wieder aufnehmen könne. Auch nach erfolgreicher Operation und muskulärer Rehabilitation sei eine verminderte Belastbarkeit lumbosacral jedoch nicht auszuschliessen. Im aktuellen Zustand sei eine ausserhäusliche Tätigkeit nicht zumutbar.
5.2 Der Neurochirurge Dr. med. H._____ gibt im Bericht vom 27. März 2002 an, theoretisch bestehe kein Zweifel, dass eine breite foraminale Dekompression mit Aufrichtung und Reposition des LWK 5 durch eine intervertebrale Fusion mit Cages und einer postero-lateralen Spondylodese mit transpedikulärer Verschraubung durchgeführt werden müsse. Da die Beschwerden bereits seit über sechs Jahren andauerten, sei es zu einer ausgesprochen ungünstigen Chronifizierung gekommen, welche das Ergebnis einer operativen Behandlung massiv kompromittiere. Das Ganze werde zudem durch eine schwierige psycho-soziale und kulturelle Situation und eine fast pathologisch anmutende Operationsangst erschwert. Er teilte jedoch die Auffassung von Dr. med. W._____, dass nur durch eine Dekompression und Stabilisierung eine dauerhafte Linderung erwartet werden kann. Aufgrund einer eingehenden Besprechung mit dem Versicherten und dessen Einstellung

gegenüber der Operation beurteilt er die Möglichkeit einer Reintegration in den Arbeitsprozess allerdings wesentlich pessimistischer als der Rheumatologe. Er habe dem Patienten zur Operation geraten, obwohl die von diesem geforderten Garantien für einen problemlosen Verlauf und ein Topergebnis illusorisch seien.
Dieser wolle sich offenbar in sein Schicksal fügen und die Schmerzen weiterleben.
5.3 Gemäss Gutachten der MEDAS vom 9. September 2003 korreliert die geklagte Symptomatik mit strukturellen Veränderungen der unteren Lendenwirbelsäule. Die Beschwerden seien durch die Instabilität der Lendenwirbelsäule und die Kompression der Nervenwurzel bei Spondylanterolisthesis LWK5/S1 und schwerster Foraminalstenose erklärt. Einzige kurative Therapie sei eine operative Dekompression der Nervenwurzel und Versteifung des Segmentes LWK5/SWK1. Aus rein somatischer Sicht sei mit einer Erfolgswahrscheinlichkeit von 70-80 % zu rechnen. Da bereits eine chronifizierte Symptomatik vorliege sei unklar, ob sich das Schmerzsyndrom nicht bereits teilweise verselbstständigt habe. Angesichts der krankheitsfremden Faktoren wie Immigration mit mangelnder Assimilation, fehlende Schul- und Berufsausbildung und angespannte wirtschaftliche Situation sei eine Verbesserung nur wenig wahrscheinlich. Psychische Beeinträchtigungen werden von den Gutachtern verneint. Der Versicherte sei jedoch sehr ängstlich eingestellt und habe erklärt, die Ärzte hätten ihm nicht garantieren können, dass die Operation gut verlaufen werde und ihm gesagt, die Schmerzen könnten möglicherweise nicht oder nur wenig bessern und er könne sogar rollstuhlbedürftig werden.
Angesichts des chronifizierten Schmerzverlaufs sei die Operationsindikation bei dem sehr ängstlich eingestellten Versicherten mit den erwähnten krankheitsfremden Faktoren sehr zurückhaltend zu stellen. Weiter geben die Gutachter an, dieser könnte seine verbleibenden manuellen Fähigkeiten in einer leichten körperlichen Arbeit mit der Möglichkeit zur freien Positionswahl besser verwerten, wobei ein Einsatz während rund sechs Stunden täglich als möglich erachtet wurde. Die Leistungseinschränkung betrage wegen der notwendigen Entlastungen durch häufige Positionswechsel und den bei Rückenbeschwerden einzuschlagenden Pausen 25-30 %.
6.
6.1 Aus den medizinischen Unterlagen ist zu schliessen, dass die zur Diskussion stehende Operation die einzige Massnahme darstellt, welche geeignet ist, die Rückenprobleme des Beschwerdegegners und damit auch die Arbeitsfähigkeit massgeblich zu verbessern. Im Zusammenhang mit einer Spondylodese (Versteifungsoperation der Wirbelsäule) eines an Osteochondrose L5/S1, Lumbalsyndrom und Scheuermannscher Krankheit leidenden Versicherten hat das Eidgenössische Versicherungsgericht in ZAK 1985 S. 327 ff. erwogen, der Eingriff sei zumutbar, da nach Annahme der Ärzte die Wirbelsäulenkrankheit dadurch geheilt oder zumindest behoben und praktisch die vollständige Erwerbsfähigkeit wieder hergestellt werden könne. Auch mit Bezug auf den Beschwerdegegner lässt es sich angesichts der ärztlichen Beurteilungen nicht beanstanden, dass Verwaltung und Vorinstanz den fraglichen Eingriff objektiv betrachtet als zumutbar bezeichnet haben.
6.2
6.2.1 In subjektiver Hinsicht ist die Angst des Versicherten vor der von den Ärzten vorgeschlagenen medizinischen Massnahme bei der Frage der Zumutbarkeit mitzuberücksichtigen. Auch das Alter darf bei der Gesamtbeurteilung nicht ausser Acht gelassen werden. In ZAK 1985 S. 325 ff. hat das Eidgenössische Versicherungsgericht mit Blick auf eine Vestibularisneurektomie (Durchtrennung des Gleichgewichtsnervs) bei einem an einer Innenohrerkrankung mit Schwindelattacken und Ohrensausen leidenden 62-jährigen Versicherten erwogen, die rund zwei Stunden dauernde Operation sei wegen des Alters und der panischen Angst vor dem Eingriff nicht zumutbar. Obwohl die Erfolgsaussichten bei etwa 95 % lägen, handle es um einen noch wenig durchgeführten und objektiv schweren Eingriff, der für eine Person in diesem Alter zweifellos eine erhebliche Belastung darstelle. Im Hinblick auf das fortgeschrittene Alter seien nicht nur die Erfolgsaussichten der Operation, sondern auch die Aussichten auf eine volle Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit herabgesetzt. Im Urteil B. vom 1. März 2005 (U 287/03) wurde eine Handgelenksarthrodese bei einem 59-Jährigen als zumutbar betrachtet, obwohl auf Grund der Motivation bzw. der ängstlichen Erwartungshaltung des
Versicherten mit einem schlechten Resultat gerechnet werden musste.
6.2.2 Die schon fast pathologisch anmutende Operationsangst (vgl. Bericht des Dr. med. H._____ vom 27. März 2002) des Beschwerdegegners ist auf Grund der medizinischen Unterlagen nicht einer psychischen Beeinträchtigung mit Krankheitswert zuzuschreiben. Ihr kommt auch kein derartiges Gewicht zu, dass sie geeignet wäre, psychische Störungen zu verursachen. Von einer krankhaften Angststörung ist in den Akten nirgends die Rede. Auf Grund des Gutachtens der MEDAS vom 9. September 2003 werden die Schmerzen durch die Quetschung des Nervs verursacht. Hinweise auf psychosomatische Anteile im Sinne einer somatoformen Schmerzstörung oder gar einer Depression werden nicht erwähnt, und es wird auch keine entsprechende Dia-

gnose gestellt. Eine psychische Beeinträchtigung wird klar verneint. Trotz der chronifizierten Symptomatik haben die Gutachter im Zeitpunkt der Beurteilung davon abgesehen, von einem teilweise verselbstständigten Schmerzsyndrom zu sprechen. Die Angst vor dem medizinischen Eingriff wird vom Versicherten mit der fehlenden Garantie der Ärzte für eine risikofreie und erfolgreiche Durchführung begründet. Eine 100%ige Erfolgsgarantie wird kein Arzt je vor einer Operation abgeben. Es ist vielmehr seine Aufgabe, den Patienten über allfällige Risiken aufzuklären, selbst wenn die Chance, dass sie eintreffen, nur sehr gering ist. Jeder Patient in dieser Situation erlebt daher ein gewisses Mass an Angst und Unsicherheit, das je nach den Gegebenheiten des Einzelfalles leichter oder weniger leicht zu überwinden ist. Mit Bezug auf den Beschwerdegegner ergeben sich auf Grund der Akten keine Anhaltspunkte, welche ihn daran hindern, seinen inneren Widerstand aufzugeben und den vorgeschlagenen Eingriff durchführen zu lassen, zumal es sich um einen medizinischen Routineeingriff handelt. Dass sein Alter ein besonderes Operationsrisiko darstellen könnte, das es aus subjektiver Sicht zu berücksichtigen gälte, lässt sich den Akten nicht entnehmen.

6.2.3 Unter dem Blickwinkel der Verhältnismässigkeit des chirurgischen Eingriffs gilt es die verbleibende Aktivitätsdauer im Zeitpunkt der Anmeldung zum Leistungsbezug zu berücksichtigen (Urteil V. vom 8. Januar 2004, I 861/02; vgl. auch noch nicht in der Amtlichen Sammlung veröffentlichtes Urteil R. vom 10. April 2006, I 374/04). Im Mai 2001 war der Beschwerdegegner rund 54 Jahre alt. Wie die IV-Stelle zu Recht darauf hinweist, stehen Leistungen für eine Dauer von 12 Jahren zur Diskussion (2000-2012). Es kann daher nicht gesagt werden, der Beschwerdegegner könne Rentenleistungen nur noch während relativ kurzer Zeit beanspruchen.

6.2.4 Invaliditätsfremde Gründe wie fehlende Ausbildung und schwierige Vermittelbarkeit von ausländischen Hilfsarbeitern auf dem Arbeitsmarkt stellen schliesslich ebenfalls keinen Grund dar, um die subjektive Zumutbarkeit zu verneinen. Zusammengefasst ergibt sich somit, dass die Operation eine zumutbare Massnahme im Sinne von Art. 21 Abs. 4 ATSG darstellt.

6.3 Die Schreiben der IV-Stelle vom 18. Januar 2002 und 16. März 2004 erfüllen sodann die im Rahmen von Art. 21 Abs. 4 ATSG (vgl. altrechtlich Art. 10 Abs. 2 und Art. 31 Abs. 1 IVG) zu beachtenden verfahrensrechtlichen Erfordernisse. Der Beschwerdegegner wurde schriftlich gemahnt, sich der medizinisch indizierten Operation zu unterziehen, und, unter Einräumung einer angemessenen Bedenkzeit, auf die Folgen seiner Widersetzlichkeit aufmerksam gemacht.

7.

Sind somit die materiellen und formellen Voraussetzungen gemäss Art. 21 Abs. 4 ATSG erfüllt, stellt sich noch die Frage, ob die Verwaltung sämtliche Rentenleistungen verweigern durfte, oder ob sie unter Berücksichtigung der ohne Operation bestehenden Leistungseinschränkung eine Rente hätte zusprechen müssen. Während Dr. med. W._____ von der Möglichkeit der Wiederaufnahme der angestammten Tätigkeit nach erfolgter Operation ausgeht, äussert sich Dr. med. H._____ diesbezüglich eher pessimistisch, wobei er sich vor allem auf die subjektiven Angaben des Beschwerdegegners stützt. Die Ärzte der MEDAS nehmen zur Frage einer Wiederaufnahme der bisherigen Tätigkeit nicht Stellung, sondern beschränken sich auf den Hinweis, dass durch einen operativen Eingriff und anschliessender physiotherapeutischer Behandlung die Beeinträchtigungen mit 70- 0%iger Chance verbessert werden könnten. Der Erfolg der Operation könne erst nach einem halben bis einem Jahr beurteilt werden. Ist somit ein Anspruch auf Invalidenrente für den massgebenden Beurteilungszeitraum bis zum Erlass des Einspracheentscheids vom 17. Dezember 2004 (BGE 121 V 366 Erw. 1b mit Hinweisen) nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgewiesen, hat die Beschwerdeführerin einen solchen zu Recht verneint.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23. Mai 2005 aufgehoben.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Die Akten werden dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern zugestellt, damit es über das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung für das kantonale Verfahren entscheide.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, der Ausgleichskasse des Kantons Bern und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.
Luzern, 16. August 2006
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der IV. Kammer: Die Gerichtsschreiberin: