

200 16 839 IV
LOU/SCC/STA

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 15. November 2017

Verwaltungsrichter Loosli, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Grütter, Verwaltungsrichter Schütz
Gerichtsschreiberin Schertenleib Gamero

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Beschwerdeführer

gegen

IV-Stelle Bern
Scheibenstrasse 70, Postfach, 3001 Bern
Beschwerdegegnerin

betreffend Verfügung vom 29. Juli 2016



Sachverhalt:

A.

Der 1970 geborene A._____ (Versicherter bzw. Beschwerdeführer) arbeitete ab Mai 2010 als ... für die C._____ AG (Dossier der Invalidenversicherung, Antwortbeilage [AB] 1, 10). Ab Februar 2014 attestierten die behandelnden Ärzte dem Versicherten eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % wegen Rückenbeschwerden (vgl. AB 5, 20 S. 6). Er bezog in der Folge Krankentaggelder (AB 10 S. 3).

Der Versicherte meldete sich im Juli 2014 bei der IV-Stelle Bern (IVB bzw. Beschwerdegegnerin) zum Bezug von Leistungen an (AB 1). Die IVB tätigte medizinische und erwerbliche Abklärungen, u.a. holte sie einen IK-Auszug (AB 11), das von der Krankentaggeldversicherung veranlasste Gutachten von Dr. med. D._____, Facharzt für Innere Medizin und Rheumaerkrankungen, manuelle Medizin SAMM, Neuraltherapie ÖÄK, vom 15. September 2014 (AB 19.2) und Berichte der behandelnden Ärzte (AB 26, 34, 39) ein.

Die Arbeitgeberin kündigte dem Versicherten die Arbeitsstelle auf Ende Oktober 2014 (AB 28 S. 2 f.). Nachdem der Versicherte sich bei der Arbeitslosenkasse angemeldet hatte (vgl. AB 29), absolvierte er vom 22. Juni bis 11. September 2015 eine arbeitsmarktliche Massnahme in einem Pensum von 30 % (AMM; AB 56 S. 3 ff.).

Nach einer Beurteilung durch Dr. med. E._____, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin und Rheumatologie, Regionaler Ärztlicher Dienst (RAD), vom 16. Februar 2015 (AB 46) stellte die IVB mit Vorbescheid vom 2. Juli 2015 die Abweisung des Rentengesuchs in Aussicht (AB 48). Hiergegen erhob der Versicherte, vertreten durch die F._____, Einwände (AB 50, 52, 54). Nachdem der RAD-Arzt in der Stellungnahme vom 21. September 2015 (AB 55 S. 3) den Auftrag zur Einholung von weiteren Arzt- und Spitalberichten gegeben hatte (AB 63, 67, 68 S. 2 ff., 71-75, 79), nahm er am 18. Februar 2016 eine weitere Beurteilung vor (AB 81). Mit neuem Vorbescheid vom 23. Februar 2016 stellte die IVB die Ablehnung einer Rente bei einem Invaliditätsgrad von 34 % in Aussicht (AB 82). Hiergegen erhob der Versi-

cherte, vertreten durch die F._____, Einwände (AB 83, 86). Nach einer Stellungnahme des RAD-Arztes vom 6. April 2016 (AB 89) wies die IVB mit Verfügung vom 29. Juli 2016 das Rentengesuch ab (AB 90).

B.

Am 14. September 2016 erhob der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt B._____, beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern Beschwerde. Er beantragt, die Verfügung sei aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei zu verurteilen, dem Beschwerdeführer eine IV-Rente, so wie rechtens, zuzusprechen. Eventualiter sei ein polydisziplinäres, medizinisches Gutachten gerichtlich in Auftrag zu geben; eventuell sei eine AMA durchzuführen. Weiter stellt der Beschwerdeführer ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung von Rechtsanwalt B._____ als amtlichen Vertreter.

Mit Beschwerdeantwort vom 17. Oktober 2016 beantragte die IVB die Abweisung der Beschwerde.

Am 15. und 28. November 2016 reichte der Beschwerdeführer, wie in Aussicht gestellt, weitere Arzt- und Spitalberichte ein (Beschwerdebeilagen [BB] 10a-f).

In der Stellungnahme vom 15. Dezember 2016 hielt die IVB am Antrag auf Abweisung fest; es hätten sich aufgrund der eingereichten medizinischen Berichte keine neuen, bis anhin nicht bekannten Tatsachen ergeben.

Erwägungen:

1.

1.1 Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes vom

6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) Beschwerden gegen solche Entscheide. Der Beschwerdeführer ist im vorinstanzlichen Verfahren mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb er zur Beschwerde befugt ist (Art. 59 ATSG). Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 69 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung [IVG; SR 831.20]). Da auch die Bestimmungen über Frist (Art. 60 ATSG) sowie Form (Art. 61 lit. b ATSG; Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.2 Anfechtungsobjekt bildet die Verfügung der IV-Stelle Bern vom 29. Juli 2016 (AB 90). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Leistungen der Invalidenversicherung, namentlich eine Rente.

1.3 Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG).

1.4 Das Gericht überprüft den angefochtenen Entscheid frei und ist an die Begehren der Parteien nicht gebunden (Art. 61 lit. c und d ATSG; Art. 80 lit. c Ziff. 1 und Art. 84 Abs. 3 VRPG).

2.

2.1 Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG). Erwerbsunfähigkeit ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (Art. 7 Abs. 1 ATSG). Massgebend ist – im Unterschied zur Arbeitsunfähigkeit – nicht die Arbeitsmöglichkeit im bisherigen Tätigkeitsbe-

reich, sondern die nach Behandlung und Eingliederung verbleibende Erwerbsmöglichkeit in irgendeinem für die betroffene Person auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt in Frage kommenden Beruf. Der volle oder bloss teilweise Verlust einer solchen Erwerbsmöglichkeit gilt als Erwerbsunfähigkeit (BGE 130 V 343 E. 3.2.1 S. 346).

2.2 Nach Art. 28 Abs. 1 IVG haben jene Versicherten Anspruch auf eine Rente, die ihre Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wieder herstellen, erhalten oder verbessern können (lit. a) und die zusätzlich 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 (lit. b und c). Gemäss Art. 28 Abs. 2 IVG besteht der Anspruch auf eine ganze Rente, wenn die versicherte Person mindestens 70 %, derjenige auf eine Dreiviertelsrente, wenn sie mindestens 60 % invalid ist. Bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50 % besteht Anspruch auf eine halbe Rente und bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40 % ein solcher auf eine Viertelsrente.

2.3 Für die Bestimmung des Invaliditätsgrades wird das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte, in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Art. 16 ATSG).

2.4 Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung (und im Beschwerdefall das Gericht) auf Unterlagen angewiesen, die Ärzte und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes oder der Ärztin ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten die Versicherten arbeitsunfähig sind. Im Weiteren sind ärztliche Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen den Versicherten noch zugemutet werden können (BGE 140 V 193 E. 3.2 S. 195, 132 V 93 E. 4 S. 99).

3.

3.1 Der medizinische Sachverhalt stützt sich im Wesentlichen auf das Folgende:

3.1.1 Die Ärzte des Spitals G._____ diagnostizierten im Bericht vom 21. Februar 2014 eine Diskushernie L4/5 rechts mit Kompression L5 rechts mit/bei Hyposensibilität L5 rechts und Grosszehen-/Dorsalextension rechts M3-4 (AB 26 S. 5). Am 7. März 2014 erfolgte eine epidurale interlaminäre Infiltration L4/5 rechts (AB 26 S. 4).

3.1.2 Im Gutachten vom 15. September 2014 (AB 19.2) zuhanden der Taggeldversicherung diagnostizierte der Rheumatologe Dr. med. D._____ ohne langdauernde Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit ein chronisches Schmerzsyndrom des Rückens, nicht ausreichend somatisch abstützbar, anamnestisch ein lumbospondylogenes Syndrom und im Februar 2014 ein passageres sensomotorisches Ausfallsyndrom L5 rechts, ein diffuse idiopatische skeletale Hyperostose und eine gestörte Glucogeneese. Der Gutachter hielt fest, der Explorand erfülle die Kriterien für ein radikuläres Reizsyndrom nicht mehr, nachdem der Nervendehnungstest negativ gewesen sei und die Schmerzausstrahlung nicht mehr segmentbezogen geschildert werde (AB 19.2 S. 8). Insofern werde plausibel, dass keine Neurokompression mehr objektivierbar sei. Somit liege ein erfreulicher Verlauf nach einer passager symptomatischen L5 Komponente vor. Die Verbesserung müsse im Zeitraum vom März 2014 eingetreten sein. Seit April 2014 schildere der Explorand unspezifische Rückenschmerzen, die der Gutachter nicht mehr vordergründig mit einem bekannten somatisch-pathologischen Krankheitsbild begründen könne. Die aktualisierten Befunde im Bereich der Wirbelsäule könnten für die zuletzt ausgeübte berufliche Tätigkeit keine anhaltende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit mehr begründen (AB 19.2 S. 9). Die Arbeitsfähigkeit als ... sei spätestens seit der aktuellen Beurteilung nicht mehr eingeschränkt (AB 19.2 S. 11). Ungünstig könnten sich krankheitsfremde Faktoren (länger anhaltende berufliche Arbeitsabstinenz, begrenzte Deutschkenntnisse, fehlende Berufsausbildung,

ungünstige Arbeitsmarktsituation und möglicherweise limitierte Motivation) auswirken (AB 19.2 S. 11 unten).

3.1.3 Im Bericht vom 21. Januar 2015 diagnostizierten die Ärzte des Spitals G._____ eine Schmerzausweitungsstörung mit persistierender Lumbalgie rechtsbetont bei sequestrierter Diskushernie L4/5 mit Kompression L5 rechts. Sie führten aus, es werde eine stufenweise Wiedereingliederung ab dem 10. Februar 2015 mit 80 % angestrebt. Es sollte eine sozialtherapeutische Therapie wegen der belastenden und angespannten Lebenssituation durchgeführt werden. Seit der letzten Konsultation im Dezember habe sich der Psychostatus wesentlich gebessert, es bestehe immer noch die ausgeprägte Schmerzausweitungsstörung (AB 39 S. 7 f.).

3.1.4 Der RAD-Arzt Dr. med. E._____ diagnostizierte im Bericht vom 29. Juni 2015 mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit ein chronisches lumbo-spondylogenes Schmerzsyndrom mit einer Ausweitungsproblematik (AB 46 S. 5). Er hielt fest, die senso-motorischen Defizite seien verschwunden und im Verlauf-MRI sei der Sequester verschwunden, was gut erkläre, warum die lumbo-radikulären Schmerzen nachgelassen hätten (AB 46 S. 3 f.). Die vorhanden gebliebenen Schmerzen könne man gestützt auf das zweite MRI als eine lumbo-spondylogene Problematik interpretieren. Aktivierte Facettengelenksarthrosen seien beschrieben (AB 46 S. 4). Der Gutachter Dr. med. D._____ nenne die degenerative Problematik der Lendenwirbelsäule gar nicht; er zitiere den MRI-Bericht von Juni 2014 nicht. Die Schlussfolgerungen des Gutachtens seien deshalb nicht nachvollziehbar (AB 46 S. 4). Zur Arbeitsfähigkeit und zum Zumutbarkeitsprofil führte der RAD-Arzt an, eine schwere Tätigkeit wie die angestammte Arbeit auf dem ... sei nicht mehr zumutbar (AB 46 S. 7 Ziff. 3a). Zumutbar sei eine leichte bis mittelschwere wechselbelastende Tätigkeit zu 100 %, ohne körperfernes Heben und Tragen von Lasten von mehr als 7,5 kg und ohne körpernahes Heben und Tragen von Lasten von mehr als 15 kg. Rein sitzende und stehende Tätigkeiten seien nicht zumutbar. Mit einer Leistungsminderung von 20 % im Sinne einer vermehrten Pausenbedürftigkeit müsse gerechnet werden. Psychische und geistige Faktoren, die die Leistungsfähigkeit beeinflussen würden, seien nicht in den Akten zu finden (AB 46 S. 7 Ziff. 3b).

3.1.5 Im Bericht vom 21. August 2015 hielten die Ärzte des Spitals G._____ – gestützt auf einen stationären Aufenthalt vom 17. bis 21. August 2015 – fest, dass sich kein Hinweis auf eine periphere N. peroneus-Läsion oder eine L5-Affektion ergebe. Da das Schmerzsyndrom nach konsiliarischer psychiatrischer Abklärung zudem durch eine Anpassungsstörung mit Angst und depressiver Reaktion moduliert werde, werde von ihnen eine psychosomatische Anbindung bekräftigt (AB 52 S. 4 f.).

3.1.6 Im Bericht vom 8. September 2015 führten die Ärzte des Spitals G._____ aus, mehrere lumbale Infiltrationen und Behandlungsversuche durch die Wirbelsäulenchirurgie hätten keine Verbesserung der Schmerzsituation erzielen können. Bei fehlender Neurokompression bestehe zurzeit keine Indikation für ein chirurgisches Vorgehen. Es bestehe zusätzlich eine Schmerzausweitungsstörung im Sinne einer psychosomatischen Überlagerung (AB 54 S. 3 / BB 10).

3.1.7 Laut Bericht der Ärztin des Spitals G._____ vom 5. Oktober 2015 fänden stützende psychologisch-psychotherapeutische Gespräche statt, wobei die Verständigung wegen der Sprachbarriere sehr schwierig sei (AB 68 S. 2 ff.).

3.1.8 Im Austrittsbericht vom 17. November 2015 diagnostizierten die Ärzte der Rehaklinik H._____ – nach einem Aufenthalt des Beschwerdeführers vom 12. Oktober bis 9. November 2015 – ein chronisches Schmerzsyndrom, betont rechte Körperhälfte mit/bei Kopfschmerzattacken mit begleitender Angst, ein Impingement-Syndrom rechte Schulter, degenerativen LWS-Veränderungen, DD ISG-Blockade rechts, eine Fussheberschwäche rechts, Epilepsie, ED 1987 nach Schädelhirntrauma 1985, Grand-Mal-Anfälle, anfallsfrei seit 15-20 Jahren und eine Anpassungsstörung mit Angst sowie depressiver Reaktion (AB 79 S. 2). Die Ärzte attestierten vom 12. Oktober bis 15. November 2015 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % und ab dem 16. Oktober 2015 eine Arbeitsunfähigkeit von 70 % für eine leichte, wechselbelastende Tätigkeit für acht Wochen, danach sei eine erneute Beurteilung durch den Hausarzt vorzunehmen (AB 79 S. 3).

3.1.9 Im Bericht vom 18. Februar 2016 diagnostizierte der RAD-Arzt Dr. med. E._____ mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit ein chronisches

lumbo-spondylogenes Schmerzsyndrom (mit einer Ausweitungsproblematik) und ein Impingement Syndrom Schulter rechts (AB 81 S. 5). Er hielt fest, der Beschwerdeführer sei ausführlich medizinisch (orthopädisch/Wirbelsäulen-orthopädisch, neurochirurgisch, neurologisch, rheumatologisch, psychiatrisch, psycho-somatisch, anästhesiologisch/Schmerzsprechstunde und allgemein-internistisch) abgeklärt worden. Er sei stationär in der Rehaklinik H._____ behandelt und wiederholt MR-tomographisch abgeklärt worden; er habe eine ENMG Untersuchung bekommen und sei mehrmals im Rückenbereich infiltriert worden (AB 81 S. 6). Im Zusammenhang mit der degenerativen Problematik der Lendenwirbelsäule (LWS) sei eine schwere Tätigkeit (wie die angestammte Tätigkeit) nicht mehr zumutbar. Bezüglich einer angepassten Tätigkeit müsse die degenerative Problematik der LWS sowie die Impingement Problematik des rechten Schultergelenks berücksichtigt werden. Es müsse auch die epileptische Problematik berücksichtigt werden, auch wenn diese seit über 15 Jahren inaktiv sei. Kopfschmerzen seien im Gesamtkontext eher als Spannungskopfschmerzen zu sehen, damit könne keine dauerhafte Arbeitsunfähigkeit begründet werden. Eine Anpassungsstörung sei zeitlich limitiert und begründe keine signifikante dauerhafte Arbeitsunfähigkeit. Eine schwere oder mittelschwere depressive Episode sei nicht zu erkennen. Die von den Neurologen erwähnten neuro-kognitiven Störungen seien unverändert geblieben und seit Jahren bekannt, auch mit diesen Veränderungen habe der Beschwerdeführer als ... tätig sein können. Eine leichte bis mittelschwere wechselbelastende Tätigkeit ohne körperfernes Heben und Tragen (wegen Schulterproblematik) und ohne körpernahes Heben und Tragen von Lasten über 10 kg sei dem Beschwerdeführer in einem Pensum von 100 % zumutbar. Dabei müsse mit einer Leistungsminderung von 20 % im Sinne eines vermehrten Pausenbedarfs gerechnet werden. Rein sitzende und stehende Tätigkeiten sowie wiederholt kniende, bückende oder beugende Arbeiten seien nicht zumutbar. Wegen der epileptischen Problematik seien Tätigkeiten auf einer Leiter oder auf Gerüsten nicht mehr zumutbar; dies gelte auch für Tätigkeiten mit schneidenden oder sägenden Gegenständen (AB 81 S. 7). Im Bericht vom 20. Juli 2016 bestätigte der RAD-Arzt das Zumutbarkeitsprofil; er führte weiter aus, dass keine neuen objektiven klinischen Befunde dokumentiert worden seien, welche neue objektive funktionelle Einschränkungen und eine signifikante dauerhafte

Arbeitsunfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit begründen würden (AB 89 S. 5).

3.2 Das Prinzip inhaltlich einwandfreier Beweiswürdigung besagt, dass das Sozialversicherungsgericht alle Beweismittel objektiv zu prüfen hat, unabhängig davon, von wem sie stammen, und danach zu entscheiden hat, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des strittigen Rechtsanspruchs gestatten. Insbesondere darf das Gericht 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 (BGE 125 V 351 E. 3a S. 352; SVR 2015 IV Nr. 28 S. 86 E. 4.1).

3.3

3.3.1 Der Beweiswert eines ärztlichen Berichts hängt davon ab, 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 Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen begründet sind. Ausschlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Herkunft eines Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder Gutachten, sondern dessen Inhalt (BGE 137 V 210 E. 6.2.2 S. 269, 134 V 231 E. 5.1 S. 232, 125 V 351 E. 3a S. 352).

3.3.2 Sofern RAD-Untersuchungsberichte den Anforderungen an ein ärztliches Gutachten (BGE 125 V 351 E. 3a S. 352) genügen, auch hinsichtlich der erforderlichen ärztlichen Qualifikationen, haben sie einen vergleichbaren Beweiswert wie ein anderes Gutachten (SVR 2009 IV Nr. 53 S. 165 E. 3.3.2). Soll allerdings ein Versicherungsfall ohne Einholung eines externen Gutachtens entschieden werden, so sind an die Beweiswürdigung strenge Anforderungen zu stellen. Insbesondere sind die von der versicherten Person aufgelegten Berichte der behandelnden Ärztinnen und Ärzte mitzubehalten. Wird die Schlüssigkeit der Feststellungen der versicherungsinternen Fachpersonen durch einen nachvollziehbaren Bericht eines

behandelnden Arztes in Zweifel gezogen, so genügt der pauschale Hinweis auf dessen auftragsrechtliche Stellung (BGE 125 V 351 E. 3a cc S. 353) nicht, um solche Zweifel auszuräumen. Vielmehr wird das Gericht entweder ein Gerichtsgutachten anzuordnen oder die Sache an den Versicherungsträger zurückzuweisen haben, damit dieser im Verfahren nach Art. 44 ATSG eine Begutachtung veranlasst (BGE 142 V 58 E. 5.1 S. 65, 135 V 465 E. 4.4 - 4.6 S. 469).

3.4 Die Berichte des RAD-Arztes Dr. med. E. _____ vom 29. Juni 2015 (AB 46), vom 18. Februar 2016 (AB 81) und vom 20. Juli 2016 (AB 89) erfüllen die Voraussetzungen der Rechtsprechung an medizinische Berichte, weshalb ihnen grundsätzlich voller Beweiswert zukommt. Der RAD-Arzt hatte Kenntnis der Akten und hat sich mit ihnen auseinandergesetzt. Die Angabe, dass der Beschwerdeführer umfassend abgeklärt wurde, ist mit Blick auf die verschiedenen Arzt- und Spitalberichte überzeugend. Dr. med. E. _____ hat zudem das rheumatologische Gutachten von Dr. med. D. _____ vom September 2014 widerlegt, da dieser Befunde aus dem MRI-Bericht vom Juni 2014 (Osteochondrosen und Fazetten-Gelenk-Arthrosen; vgl. AB 19.3 S.6) in seinem Gutachten nicht berücksichtigte (AB 46 S. 8). Der RAD-Arzt hat sich ausführlich mit der abweichenden Einschätzung der Arbeitsfähigkeit durch die Ärzte der Rehaklinik H. _____ auseinandergesetzt. Die Beurteilung, wonach entgegen der Ärzte der Rehaklinik H. _____ keine signifikanten funktionellen Einschränkungen vorliegen, die eine 70 %ige Arbeitsunfähigkeit auch in einer angepassten Tätigkeit begründeten, überzeugt (AB 81 S. 7). Im Rahmen der stationären Behandlung in der Rehaklinik H. _____ konnte denn auch eine psychische Stabilisierung erreicht werden (AB 77, S. 6, 79 S. 5). Es schadet nicht, dass der RAD-Arzt den Beschwerdeführer nicht persönlich untersuchte; vielmehr hat er seine Beurteilung gestützt auf die umfassenden Berichte der behandelnden Ärzte vorgenommen (vgl. AB 81 S. 6 ff.). Nachvollziehbar ist auch, dass bezüglich der Jahre zurückliegenden Epilepsie zwar ein stabiler unproblematischer Zustand vorliegt, Tätigkeiten auf Leitern oder Gerüsten wegen Sturzgefahr dennoch nicht zumutbar sind (AB 89 S. 5 unten). Die Schmerzzustände wurden – wie dies bereits die behandelnden Ärzte vornahmen – überzeugend und schlüssig auf eine ausgeprägte Schmerzausweitungsstörung mit Ängsten zurückgeführt, die

auf den schwierigen und belastenden psychosozialen Lebensumständen basieren (vgl. auch AB 68, S. 2, 72 S. 2 Ziff. 1.7; BB 10). Insgesamt sind das Zumutbarkeitsprofil und die Einschätzung der Arbeitsfähigkeit, wonach dem Beschwerdeführer die angestammte Tätigkeit nicht mehr zumutbar und eine angepasste leichte bis mittelschwere wechselbelastende Tätigkeit zu 100 %, bei einer Leistungsminderung von 20 %, möglich ist, nachvollziehbar und schlüssig. Der medizinische Sachverhalt ist in somatischer und psychischer Hinsicht vollumfänglich abgeklärt; weitere Abklärungen in Form einer Begutachtung sowie mittels einer arbeitsmarktlich-medizinischen Abklärung sind nicht erforderlich. Im Übrigen bezog der Beschwerdeführer offenbar bis Juli 2016 Taggelder der Arbeitslosenversicherung und zeigte sich insofern in der Lage, arbeiten zu können (BB 13).

An diesem Ergebnis ändern auch die im Beschwerdeverfahren eingereichten medizinischen Berichte des Spitals G. _____ vom 6. Oktober 2016 (BB 10a), des Spitals G. _____ vom 14. Oktober 2016 (BB 10b) und des Spitals G. _____ vom 2. November 2016 (BB 10d) nichts. Abgesehen davon, dass sie nach Erlass der angefochtenen Verfügung vom 29. Juli 2016 (AB 90) verfasst wurden (zum massgebenden Sachverhalt: BGE 131 V 242 E. 2.1 S. 243, 130 V 138 E. 2.1 S. 140), bestätigen sie die objektivierbaren Rückenbeschwerden bei unveränderten orthopädischen und neurologischen Befunden sowie der bekannten Schmerzausweitungstörung. Die Ärzte erachteten zudem, dass eine Aggravation der Befunde unter dynamischen Bedingungen vorstellbar gegeben sein könne (BB 10a). Die attestierte Arbeitsunfähigkeit von 100 bzw. 70 % in den Arztzeugnissen ist deshalb nicht überzeugend begründet (BB 10e, 11, 12). Zwar wird auch die Diagnose einer Anpassungsstörung mit Angst und depressiver Reaktion gemischt (ICD-10 F43.22) bestätigt, jedoch vermag diese (leichte) psychische Beeinträchtigung (vgl. DILLING; MOMBOUR; SCHMIDT, Internationale Klassifikation psychischer Störungen, ICD-10 Kapitel V [F], Klinisch-diagnostische Leitlinien, 10. überarb. Aufl., 2015, S. 209 f.) nichts am Zumutbarkeitsprofil zu ändern, zumal sie seit längerem – auch dem RAD-Arzt – bekannt ist und die psychopharmakologische Medikation mit Temesta zu diesem Zeitpunkt nur noch in Reserve erfolgte (BB 10d S. 3), was auf eine stabile bzw. verbesserte psychische Situation hindeutet. Im Übrigen ist eine Anpassungsstörung rechtsprechungsgemäss per se nicht invalidisierend

(Entscheid des Bundesgerichts vom 22. November 2011, 9C_408/2010, E. 4.3). Im Bericht vom 22. November 2016 (BB 20) erfolgte vorallem eine Zusammenfassung der Behandlungen, neue Befunde wurden nicht erwähnt. Die angeblich weiterlaufende Behandlung mit Amitriptilin deckt sich zudem mit demjenigen des Berichtes vom 2. November 2016 (BB 10d); sie steht im Zusammenhang mit der Anpassungsstörung, wofür die Ärzte des Spitals G._____ – wie sie im Bericht vom 2. November 2016 bestätigten – denn auch keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausstellten (BB 20 S. 2).

3.5 Nach dem Gesagten besteht in einer angepassten leichten bis mittelschweren wechselbelastenden Tätigkeit eine Arbeitsfähigkeit von 100 %, bei einer Leistungsminderung von 20 % wegen vermehrter Pausen.

4.

4.1 Für den Einkommensvergleich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des (hypothetischen) Beginns des Rentenanspruchs massgebend, wobei Validen- und Invalideneinkommen auf zeitidentischer Grundlage zu erheben und allfällige rentenwirksame Änderungen der Vergleichseinkommen bis zum Verfügungserlass zu berücksichtigen sind (BGE 129 V 222).

4.2 Der Rentenanspruch entsteht gemäss Art. 29 IVG frühestens nach Ablauf von sechs Monaten nach Geltendmachung des Leistungsanspruchs nach Art. 29 Abs. 1 ATSG, jedoch frühestens im Monat, der auf die Vollen- dung des 18. Altersjahres folgt (Abs. 1).

Der Beschwerdeführer meldete sich im Juli 2014 (AB 1) an aufgrund eines sensomotorischen lumboradikulären Ausfallsyndroms, bestehend seit Februar 2014. Damit hätte er nach Ablauf der Wartefrist ab Februar 2015 allenfalls Anspruch auf eine Rente.

4.3

4.3.1 Für die Ermittlung des Valideneinkommens ist entscheidend, was die versicherte Person 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 139 V 28 E. 3.3.2 S. 30, 134 V 322 E. 4.1 S. 325).

4.3.2 Hat die versicherte Person nach Eintritt des Gesundheitsschadens keine oder jedenfalls keine ihr an sich zumutbare neue Erwerbstätigkeit aufgenommen, so können nach der Rechtsprechung Tabellenlöhne gemäss den vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Lohnstrukturerhebungen (LSE) herangezogen werden (BGE 142 V 178 E. 2.5.7 S. 188, 139 V 592 E. 2.3 S. 593; SVR 2016 UV Nr. 13 S. 40 E. 2.2). 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 S. 76).

4.3.3 Es gilt zu berücksichtigen, dass gesundheitlich beeinträchtigte Personen, die selbst bei leichten Hilfsarbeitertätigkeiten 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 134 V 322 E. 5.2 S. 327, 129 V 472 E. 4.2.3 S. 481).

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 pflichtgemäßem Ermessen gesamthaft zu schätzen, wobei der Abzug auf insgesamt höchstens 25 % zu begrenzen ist (BGE 135 V 297 E. 5.2 S. 301, 134 V 322 E. 5.2 S. 327; SVR 2015 IV Nr. 1 S. 1 E. 2.2).

4.4 Die Beschwerdegegnerin ermittelte ein Valideneinkommen von Fr. 70'330.-- (Fr. 5'410.-- x 13 [AB 10 S. 2]) gestützt auf die Lohnangaben des ehemaligen Arbeitgebers für das Jahr 2014 (AB 90 S. 2), was zu Recht vom Beschwerdeführer nicht bestritten wird. Indexiert auf das Jahr 2015 ergibt sich ein Valideneinkommen von Fr. 70'124.75 (Tabelle T1.1.10 No-

miniallohnindex, Männer, 2011-2015, Bst. B Baugewerbe/Bau, 2014: 102.8; 2015: 102.5; Fr. 70'330.-- / 102.8 x 102.5)

4.5 Der Beschwerdeführer hat bisher keine angepasste Tätigkeit inne. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin das Invalideneinkommen gestützt auf die LSE 2014 ermittelte, was bei einem monatlichen Bruttolohn ([Zentralwert] nach Wirtschaftszweigen, Kompetenzniveau und Geschlecht, privater Sektor, Tabelle TA1, 2014, Total, Kompetenzniveau 1, Männer) von Fr. 5'312.--, angepasst an die betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit (Tabelle T03.02, Total, 2014) von 41,7 Stunden und aufgerechnet auf ein Jahr sowie indexiert auf das Jahr 2015 (Tabelle T1.1.10 Nominallohnindex, Männer, 2011-2015, Total, 2014: 103.2; 2015: 103.5), ein hypothetisches Invalideneinkommen von Fr. 66'646.30 ergibt ($\text{Fr. } 5'312.-- / 40 \times 41,7 \times 12 / 103,2 \times 103,5 = \text{Fr. } 66'646,29$). Unter Berücksichtigung einer Leistungsminderung von 20 % (vgl. E. 3.5 hiervor) resultiert ein hypothetisches Invalideneinkommen von Fr. 53'317.05 ($\text{Fr. } 66'646,30 \times 0,8$).

Die Beschwerdegegnerin hat in der angefochtenen Verfügung vom 29. Juli 2016 (AB 90) einen Abzug vom Tabellenlohn von 12,5 % vorgenommen (AB 90 S. 2); damit wurde den Kriterien (mangelnde Deutschkenntnisse und Aufenthaltsbewilligung B) gebührend Rechnung getragen. Eine doppelte Berücksichtigung einer leidensbedingten Einschränkung, einerseits bei der Arbeitsfähigkeit, andererseits beim Abzug vom Tabellenlohn, ist wiederum unzulässig (vgl. Entscheid des Bundesgerichts vom 16. November 2016, 9C_412/2016 E. 3.1 mit Hinweis). Damit resultiert ein hypothetisches Invalideneinkommen von Fr. 46'652.40 ($\text{Fr. } 53'317,05 / 100 \times 87,5$).

4.6 Die Gegenüberstellung des Validen- (Fr. 70'124.75) und des Invalideneinkommens (Fr. 46'652.40) ergibt eine Einbusse von Fr. 23'472.35, somit resultiert ein Invaliditätsgrad von gerundet 33 % ($\text{Fr. } 23'472,35 / \text{Fr. } 70'124,75 \times 100 = 33,4 \%$)

4.7 Damit erweist sich die angefochtene Verfügung vom 29. Juli 2016 (AB 90) als korrekt und die Beschwerde ist abzuweisen.

5.

5.1 Gemäss Art. 69 Abs. 1^{bis} IVG ist das Beschwerdeverfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht in Streitigkeiten um die Bewilligung oder Verweigerung von IV-Leistungen kostenpflichtig. Die Kosten sind nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert im Rahmen von Fr. 200.-- bis Fr. 1'000.-- festzulegen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der unterliegende Beschwerdeführer die Verfahrenskosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 800.--, zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

5.2 Auf Gesuch hin befreit die Verwaltungsjustizbehörde eine Partei von den Kosten- und allfälligen Vorschuss- sowie Sicherstellungspflichten, wenn die Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Unter den gleichen Voraussetzungen kann überdies einer Partei eine Anwältin oder ein Anwalt beigeordnet werden, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse es rechtfertigen (Art. 61 lit. f ATSG sowie Art. 111 Abs. 1 und 2 VRPG; SVR 2011 IV Nr. 22 S. 61 E. 2, 2011 UV Nr. 6 S. 22 E. 6.1).

Die Prozessarmut des Beschwerdeführers ist gestützt auf die Berechnung im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Beschwerde S. 10) und auf die eingereichten Unterlagen, insbesondere da der Beschwerdeführer Ende Juli 2016 bezüglich der Taggelder der ALV den Höchstanspruch bezogen hatte (BB 13), erstellt. Weiter ist das Beschwerdeverfahren nicht als von vornherein aussichtslos zu betrachten und für das Verfahren erscheint der Beizug einer anwaltlichen Vertretung infolge der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen als angezeigt. Schliesslich gewährt die F. _____ dem Beschwerdeführer offenbar gestützt auf Art. 4 (Subsidiarität) ihres Reglements über den Rechtsschutz vom 25. Juni 2005 für das vorliegende Verfahren keinen Rechtsschutz mehr. Das Gesuch um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege unter Beiordnung von Rechtsanwalt B. _____ ist demnach gutzuheissen.

5.3 Der Beschwerdeführer ist damit – unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 113 VRPG i.V.m. Art. 123 der Schweizerischen

Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272) – vorläufig von der Bezahlung der Verfahrenskosten zu befreien.

5.4 Bei diesem Verfahrensausgang besteht kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 61 lit. g ATSG [Umkehrschluss]).

5.5 Gemäss Art. 42 des kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) bezahlt der Kanton den amtlich bestellten Anwältinnen und Anwälten eine angemessene Entschädigung, die sich nach dem gebotenen Zeitaufwand bemisst und höchstens dem Honorar gemäss der Tarifordnung für den Parteikostenersatz entspricht. Bei der Festsetzung des gebotenen Zeitaufwandes sind die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses zu berücksichtigen. Auslagen und Mehrwertsteuer werden zusätzlich entschädigt (Abs. 1). Die Aufwendungen für die Erlangung des Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege sind nach den gleichen Regeln zu entschädigen (Abs. 3). Nach Art. 42 Abs. 4 KAG i.V.m. Art. 1 der Verordnung vom 20. Oktober 2010 über die Entschädigung der amtlichen Anwältinnen und Anwälte (EAV; BSG 168.711) beträgt der Stundenansatz Fr. 200.--.

Das mit Kostennote von Rechtsanwalt B. _____ vom 21. Dezember 2016 geltend gemachte Honorar von Fr. 3'820.-- bei einem Zeitaufwand von 15 Stunden ist angemessen. Der tarifmässige Parteikostenersatz ist in diesem Verfahren auf Fr. 4'325.40 (Honorar von Fr. 3'820.--, zuzüglich Auslagen von Fr. 185.-- und MWSt. von Fr. 320.40) festzusetzen. Das Honorar des amtlichen Anwalts ist auf Fr. 3'439.80 (15 Stunden à Fr. 200.-- [= Fr. 3'000.--], zuzüglich Auslagen von Fr. 185.-- und MWSt. von Fr. 254.80 [8 % auf Fr. 3'185.--]) festzusetzen und nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zu vergüten. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO.

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Beordnung von Rechtsanwalt B. _____ als amtlicher Anwalt wird gutgeheissen.
3. Die Verfahrenskosten von Fr. 800.-- werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Aufgrund der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege wird der Beschwerdeführer – unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO – jedoch von der Zahlungspflicht befreit.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Der tarifmässige Parteikostenersatz des amtlichen Anwalts wird in diesem Verfahren auf Fr. 4'325.40 (inkl. Auslagen und MWSt.) festgesetzt. Davon wird Rechtsanwalt B. _____ nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse eine auf Fr. 3'439.80 festgesetzte Entschädigung (inkl. Auslagen und MWSt.) vergütet. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO.
6. Zu eröffnen (R):
 - Rechtsanwalt B. _____ z.H. des Beschwerdeführers
 - IV-Stelle Bern
 - Bundesamt für Sozialversicherungen
 - Steuerverwaltung des Kantons Bern, Bereich Inkasso, Postfach 8334, 3001 Bern

Der Kammerpräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.