

200 17 961 IV
SCP/SHE/STA

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 23. Januar 2018

Verwaltungsrichter Schütz, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Loosli, Verwaltungsrichter Matti
Gerichtsschreiber Schnyder

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Beschwerdeführer

gegen

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

betreffend Verfügung vom 27. September 2017



Sachverhalt:

A.

Der 1957 geborene A._____ (nachfolgend Versicherter bzw. Beschwerdeführer) meldete sich am 10. Oktober 1997 unter Hinweis auf eine seit Februar 1994 bestehende Diskushernie und Arbeitsunfähigkeit bei der IV-Stelle Bern (nachfolgend IVB oder Beschwerdegegnerin) zum Rentenbezug an (Akten der IVB, Antwortbeilage [AB] 1.1/137). Diese tätigte in der Folge berufliche und medizinische Abklärungen. Insbesondere gestützt auf den Abklärungsbericht für Selbstständigerwerbende vom 27. Mai 1999 (AB 2) verneinte die IVB mit Verfügung vom 11. November 1999 (AB 13) bei einem Invaliditätsgrad von 31% den Anspruch auf eine Invalidenrente. Die Verfügung blieb unangefochten.

B.

Am 1. Juni 2015 (AB 14) meldete sich der Versicherte unter Hinweise auf Beschwerden an der Wirbelsäule und am linken Fuss erneut bei der IVB zum Leistungsbezug an. Wiederum tätigte diese berufliche und erwerbliche Abklärungen. Insbesondere wurde vom 30. Mai bis 26. Juni 2016 eine Arbeitsmarktlich-Medizinische Abklärung (AMA) durchgeführt. Gestützt auf den hierauf verfassten Bericht vom 22. Juli 2016 (AB 52/7) verneinte die IVB – nach Durchführung des Vorbescheidverfahrens (AB 54) – mit Verfügung vom 27. September 2017 (AB 58) bei einem Invaliditätsgrad von 33% den Anspruch auf eine Invalidenrente.

C.

Mit Eingabe vom 30. Oktober 2017 erhob der Versicherte – vertreten durch Rechtsanwalt B._____ – hiergegen Beschwerde. Er beantragt, in Aufhebung der angefochtenen Verfügung sei dem Versicherten eine Dreiviertelrente zuzusprechen. Eventualiter sei die Verfügung aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Beschwerdeführer

bemängelt einzig die Berechnung des Validen- und Invalideneinkommens und damit des Invaliditätsgrads. Mit separater Eingabe vom gleichen Tag beantragte der Versicherte die unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung von Rechtsanwalt B. _____ als amtlichen Anwalt.

Die Beschwerdegegnerin schloss mit Beschwerdeantwort vom 1. Dezember 2017 auf Abweisung der Beschwerde.

Am 23. Januar 2018 fand eine nichtöffentliche Urteilsberatung gemäss Art. 56 Abs. 5 bzw. 6 des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) i.V.m. Art. 37 Abs.1 lit. b des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) statt.

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 GSOG 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 VRPG) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.2 Anfechtungsobjekt bildet die Verfügung vom 27. September 2017 (AB 58). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf eine Invalidenrente.

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).

2.2 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

2.3.1 Wird ein Gesuch um Revision eingereicht, so ist darin glaubhaft zu machen, dass sich der Grad der Invalidität oder der Hilflosigkeit oder die Höhe des invaliditätsbedingten Betreuungsaufwands oder Hilfebedarfs des Versicherten in einer für den Anspruch erheblichen Weise geändert hat (Art. 87 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung [IVV; SR 831.201]). Wurde eine Rente, eine Hilflosenentschädigung oder ein Assistenzbeitrag wegen eines zu geringen Invaliditätsgrades, wegen fehlender Hilflosigkeit oder weil aufgrund des zu geringen Hilfebe-

darfs kein Anspruch auf einen Assistenzbeitrag entsteht, verweigert, so wird eine neue Anmeldung nur geprüft, wenn die Voraussetzung nach Abs. 2 erfüllt ist (Art. 87 Abs. 3 IVV, vgl. auch BGE 130 V 343 E. 3.5.3 S. 351). Erheblich ist eine Sachverhaltsänderung, wenn angenommen werden kann, der Anspruch auf eine Invalidenrente (oder deren Erhöhung) sei begründet, falls sich die geltend gemachten Umstände als richtig erweisen sollten (SVR 2014 IV Nr. 33 S. 121 E. 2). Diese Eintretensvoraussetzung soll verhindern, dass sich die Verwaltung immer wieder mit gleichlautenden und nicht näher begründeten, d.h. keine Veränderung des Sachverhalts darlegenden Rentengesuchen befassen muss (BGE 133 V 108 E. 5.3.1 S. 112).

2.3.2 Tritt die Verwaltung auf die Neuanschuldung ein, so hat sie die Sache materiell abzuklären und sich zu vergewissern, ob die von der versicherten Person glaubhaft gemachte Veränderung des Invaliditätsgrades auch tatsächlich eingetreten ist; sie hat demnach in analoger Weise wie bei einem Revisionsfall nach Art. 17 Abs. 1 ATSG vorzugehen (SVR 2011 IV Nr. 2 S. 8 E. 3.2). Stellt sie fest, dass der Invaliditätsgrad seit Erlass der früheren rechtskräftigen Verfügung keine Veränderung erfahren hat, so weist sie das neue Gesuch ab. Andernfalls hat sie zusätzlich noch zu prüfen, ob die festgestellte Veränderung genügt, um nunmehr eine rentenbegründende Invalidität zu bejahen, und hernach zu beschliessen. Im Beschwerdefall obliegt die gleiche materielle Prüfungspflicht auch dem Gericht (BGE 117 V 198 E. 3a S. 198; SVR 2008 IV Nr. 35 S. 117 E. 2.1).

2.3.3 Ob eine anspruchsbegründende Änderung in den für den Invaliditätsgrad erheblichen Tatsachen eingetreten ist, beurteilt sich im Neuanschuldungsverfahren – analog zur Rentenrevision nach Art. 17 Abs. 1 ATSG – durch Vergleich des Sachverhaltes, wie er im Zeitpunkt der letzten materiellen Beurteilung und rechtskräftigen Ablehnung bestanden hat, mit demjenigen zur Zeit der streitigen neuen Verfügung (BGE 133 V 108 E. 5.3 S. 112; 130 V 71 E. 3.2.3 S. 77; AHI 1999 S. 84 E. 1b).

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 Die Beschwerdegegnerin ist auf die Neuanmeldung vom 1. Juni 2015 (AB 14) eingetreten. Folglich ist die Eintretensfrage vom Gericht nicht zu überprüfen (BGE 109 V 108 E. 2b S. 114). Zu prüfen ist, ob zwischen der Verfügung vom 11. November 1999 (AB 13) und der hier angefochtenen Verfügung vom 27. September 2017 (AB 58) eine wesentliche Änderung in medizinischer bzw. erwerblicher Hinsicht eingetreten ist, die geeignet ist, den Invaliditätsgrad und damit einen allfälligen Rentenanspruch zu beeinflussen (vgl. E. 2.3 hiavor).

Die Verfügung vom 11. November 1999 basierte auf dem Abklärungsbericht für Selbstständigerwerbende vom 27. Mai 1999 (AB 2), in welchem ein Invaliditätsgrad von 31% berechnet wurde. Bei der Invaliditätsbemessung wurde im Rahmen eines Betätigungsvergleichs davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer weiterhin als Selbstständigerwerbender und Teilhaber seiner bisherigen Kollektivgesellschaft „C. _____“ weiterarbeitet (S. 9 Ziff. 9). Nach dem Ausscheiden des Gesellschafters D. _____ 2006 wurde das Geschäft vom Beschwerdeführer noch als Einzelunternehmung weitergeführt. Im April 2008 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet (vgl. auch www.zefix.ch), womit bereits im erwerblichen Sinn ein Revisionsgrund als ausgewiesen gilt. Deshalb ist eine freie und umfassende Prüfung des Rentenanspruchs, d.h. ohne Bindung an frühere Invaliditätsschätzungen, vorzunehmen. Ob mit der im Juli 2014 aufgetretenen Fussheberparese (vgl. u.a. Bericht der Hausärztin Dr. med. E. _____, Fachärztin für Allgemeine Innere Medizin, vom 16. Juli 2015 [AB 24]) ein weiterer Revisionsgrund hinzugetreten ist, kann damit offenbleiben.

3.2 Seit der Verfügung vom 11. November 1999 (AB 13) ergibt sich bezüglich des Gesundheitszustandes im Wesentlichen das Folgende:

3.2.1 Die behandelnde Hausärztin Dr. med. E._____ diagnostizierte im Bericht vom 16. Juli 2015 (AB 24) mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit eine Diskushernie L4/5 mit persistierender Fussheberparese links. Ohne Einwirkung auf die Arbeitsfähigkeit bestünden eine rezidivierende supra-ventrikuläre Tachykardie, ein Status nach schwerem Unfall mit Sturz von Baugerüst mit Wirbelkörperfrakturen sowie ein Diabetes mellitus Typ II (S. 2 Ziff. 1.1). Ende Juli 2014 sei eine Fusschwäche links bei Rückenschmerzen aufgetreten. Am 6. August 2014 habe eine deutliche Gehbehinderung bestanden (Ziff. 1.4). Insbesondere aufgrund der Fussheberparese links sei die körperliche Leistungsfähigkeit eingeschränkt. Das Steigen von Leitern, grössere körperliche Anstrengungen, und das Heben von Lasten über 5 kg seien nicht mehr möglich. Psychische Einschränkungen bestünden nicht (S. 3 Ziff. 1.7). Der Versicherte könne zu ca. 50% eine leichte körperliche Arbeit mit wechselnder Position (Sitzen, Stehen, Laufen) ausführen (S. 4 Ziff. 1.8).

3.2.2 Dr. med. F._____, Facharzt für Arbeitsmedizin vom Regionalen Ärztlichen Dienst (RAD), führte im Bericht vom 23. März 2016 (AB 35) aus, aus versicherungsmedizinischer Sicht sei dem Versicherten die zuletzt ausgeübte Tätigkeit spätestens seit der diagnostizierten Diskushernie mit irreversiblen Ausfallerscheinungen im August 2014 nicht mehr möglich. In gut angepasster leichter wechselbelastender Tätigkeit ohne Heben und Tragen von Lasten über 5 kg, ohne Zwangspositionen, ohne Leitersteigen und ohne repetitives Bücken sei medizinisch-theoretisch ein Pensum von 80% möglich. Damit bestehe ein Widerspruch zur hausärztlichen Einschätzung. Zu dessen Lösung und zur validen Einschätzung der Arbeits- und Leistungsfähigkeit empfahl Dr. med. F._____ eine somatische AMA (80-100% Präsenz; S. 2).

3.2.3 Der Abklärungsbericht AMA vom 22. Juli 2016 (AB 52/7) wurde von einer Fachperson Berufliche Integration sowie PD Dr. med. G._____, Facharzt für Rheumatologie sowie Physikalische Medizin und Rehabilitation, verfasst und beruht auf den während der vom 30. Mai bis 23. Juni 2016 erfolgten Abklärung gewonnenen Erkenntnissen. Dr. med. G._____ diagnostizierte mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit ein belastungsabhängiges chronisches lumbospondylogenes Syndrom, ein motorisches

Ausfallsyndrom L5 links sowie ein fragliches sensibles S1-Syndrom links bei Diskushernie L4/5 mit Neurokompression L5 links sowie Diskushernie L5/S1 und irreversibler chronischer axonaler Schädigung. Ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit bestünden eine Adipositas, psychosoziale Belastungsfaktoren sowie Herzrhythmusstörungen unklarer Art (S. 23). Mittelschwere überwiegend sitzende Tätigkeiten mit Möglichkeiten zu zwischenzeitlichem Stehen-Gehen, höchstens seltenem vorgeneigtem Stehen, manchmal vorgeneigtem Sitzen und seltenem Arbeiten über Schulter-/Kopfhöhe, kein Gehen auf unebenem Grund, selten Treppen- und Leitersteigen sowie kein Arbeiten im Kauern seien dem Versicherten ganztags, mit einer Stunde vermehrten Pausen, zumutbar. Leistungsmässig würden sich aufgrund einer organisch bedingten Verlangsamung der Lokomotion sowie einer organisch-strukturell teilweise nachvollziehbaren Schmerzproblematik eine Leistungsminderung von zusätzlich 20% begründen, entsprechend einer Arbeitsfähigkeit von insgesamt 67.5% in einer angepassten Tätigkeit. Die angestammte Tätigkeit als selbstständiger ... und ... sei seit August 2014 und anhaltend nicht mehr zumutbar (S. 24).

3.3 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).

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).

3.4 Die Beschwerdegegnerin stützte sich in der Verfügung vom 27. September 2014 (AB 58) im Wesentlichen auf den Abklärungsbericht AMA vom 22. Juli 2016 (AB 52/7), wonach der Beschwerdeführer gemäss den Ausführungen von PD Dr. med. G._____ in einer angepassten Verweistätigkeit bei vermehrten Pausen von einer Stunde pro Tag ganztags und mit einer zusätzlichen Leistungsminderung von 20% arbeitsfähig ist. Der Bericht erfüllt die Voraussetzungen an medizinische Berichte (vgl. E. 3.3 hiervor) und überzeugt. Der Facharzt hat sich in seiner Beurteilung sorgfältig mit den gesundheitlichen Einschränkungen auseinandergesetzt sowie seine Schlussfolgerungen und Einschätzungen gestützt auf seine Untersuchung, die Akten sowie die während der beruflichen Abklärung geführten Gespräche und getätigten Beobachtungen in schlüssiger und nachvollziehbarer Weise dargelegt. Er hatte Kenntnis aller Vorakten und würdigte die ihm zur Verfügung stehenden Informationen, insbesondere auch die Angaben der behandelnden Hausärztin Dr. med. E._____. Die Ausführungen in den Beurteilungen der medizinischen Zusammenhänge sind einleuchtend sowie die gezogenen Schlussfolgerungen zum Gesundheitszustand überzeugend begründet. Dem Bericht kommt damit uneingeschränkte Beweiskraft zu und es ist in der Folge darauf abzustellen, zumal auch die Beschwerdegegnerin die Schlussfolgerungen von PD Dr. med. G._____ explizit nicht beanstandet (vgl. Beschwerde S. 5 Ziff. 6).

An den Erkenntnissen von PD Dr. med. G._____ ändern die Ausführungen der Hausärztin im Bericht vom 16. Juli 2015 (AB 24), wonach der Beschwerdeführer lediglich zu 50% in einer Verweistätigkeit arbeits- und leistungsfähig sei, nichts. PD Dr. med. G._____ führte denn im Abklärungsbericht AMA auch aus, die bei der Abklärung vom Beschwerdeführer gezeigte durchschnittliche Leistungsfähigkeit von 65% bei einer 80%-igen Präsenz, was etwa der von Dr. med. E._____ attestierten 50%-igen Einschränkung in einer angepassten Tätigkeit entspricht, lasse sich aus rein medizinischen Gründen nicht vollständig reproduzieren. Wahrscheinlich werde das Schmerzgeschehen durch psychosoziale As-

pekte überlagert. PD Dr. med. G._____ hat die objektivierbaren schmerzbedingten Einschränkungen nachvollziehbar begründet, so dass seine Erklärung, wonach die zusätzlich demonstrierte Leistungseinschränkung durch invaliditätsfremde psychosoziale Aspekte bedingt sei, überzeugt.

4.

4.1 Gestützt auf den vollumfänglich beweiskräftigen Abklärungsbericht AMA vom 22. Juli 2016 (AB 52/7) ist dem Beschwerdeführer eine mittelschwere, überwiegend sitzende Tätigkeit mit Möglichkeiten zu zwischenzeitlichem Stehen-Gehen, höchstens seltenem vorgeneigtem Stehen, manchmal vorgeneigtem Sitzen und seltenem Arbeiten über Schulter-/Kopfhöhe, keinem Gehen auf unebenem Grund, seltenem Treppen- und Leitersteigen sowie keinem Arbeiten im Kauern bei vermehrten Pausen im Umfang von einer Stunde pro Tag ganztags zumutbar. Zusätzlich ist eine Leistungsminderung von 20% zu berücksichtigen. Die Beschwerdegegnerin errechnete gestützt auf diese Angaben eine Arbeits- und Leistungsfähigkeit von 67.5%. Dieser Wert beruht auf folgenden Überlegungen: Die Beschwerdegegnerin geht von einer täglichen Arbeitszeit von 8 Stunden unter Berücksichtigung zusätzlicher Pausen von einer Stunde aus, was einen Wert von 87.5% ($7 \text{ Stunden} / 8 \text{ Stunden} \times 100$), d.h. eine Einschränkung von 12.5% ergibt. Hierzu hat sie eine zusätzliche Leistungseinschränkung von 20% hinzuaddiert, woraus eine Gesamteinschränkung von 32.5% und somit eine Arbeits- und Leistungsfähigkeit von 67.5% ($100\% - 32.5\%$) resultiert. Dies erweist sich als nicht korrekt. Die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit beträgt 41.7 Stunden (vgl. Totalwert der Tabelle „Betriebsübliche Arbeitszeit nach Wirtschaftsabteilungen in Stunden pro Woche“ des Bundesamtes für Statistik [BfS]). Abzüglich einer weiteren Stunde für zusätzliche Pausen ergibt dies 36.7 Stunden ($41.7 \text{ Stunden} - 5 \text{ Stunden}$). Wird zusätzlich die Leistungsminderung von 20% berücksichtigt, beträgt die zumutbare wöchentliche Arbeitszeit 29.36 Stunden ($36.7 \text{ Stunden} \times 80\%$). Im Vergleich zur durchschnittlichen betriebsüblichen wöchentlichen Arbeitszeit ergibt dies eine massgebende Arbeits- und Leistungsfähigkeit von gerundet 70% ($29.36 \text{ Stunden} / 41.7 \text{ Stunden} \times 100$).

4.2 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).

4.3 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). Lässt sich aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse das ohne gesundheitliche Beeinträchtigung realisierbare Einkommen nicht hinreichend genau beziffern, ist auf Erfahrungs- und Durchschnittswerte gemäss Tabellenlohn abzustellen. Auf sie darf jedoch im Rahmen der Invaliditätsbemessung nur unter Mitberücksichtigung der für die Entlohnung im Einzelfall gegebenenfalls relevanten persönlichen und beruflichen Faktoren abgestellt werden (BGE 139 V 28 E. 3.3.2 S. 30; Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute Bundesgericht] vom 30. Oktober 2002, I 517/02, E. 1.2).

4.4 Für die Festsetzung des Invalideneinkommens ist primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher die versicherte Person konkret steht (BGE 139 V 592 E. 2.3 S. 593; SVR 2016 UV Nr. 13 S. 40 E. 2.2). 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 BfS 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). 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 pflichtgemäsem 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).

4.5 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).

Auch wenn sich der erwerbliche Revisionsgrund bereits 2008 verwirklicht hat (vgl. E. 3.1 hiervor), liegt gestützt auf die Neu anmeldung vom 1. Juni 2015 (AB 14) und i.V.m. Art. 29 Abs. 1 IVG (Entstehung des Rentenanspruchs frühestens nach Ablauf von sechs Monaten nach der Geltendmachung) der Zeitpunkt des frühest möglichen Rentenbeginns im Dezember 2015. Das Wartejahr im Sinne von Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG war mit Blick auf die seit Februar 1994 bestehende Arbeitsunfähigkeit (vgl. AB 1.1) in diesem Zeitpunkt bereits erfüllt. Somit ist der Einkommensvergleich auf das Jahr 2015 hin vorzunehmen.

4.6 Der Beschwerdeführer war ab 1988 selbstständigerwerbender ..., bis im April 2008 über die von ihm betriebene Einzelfirma „A. _____, ...“ der Konkurs eröffnet wurde. Nach Eintritt des Gesundheitsschadens 1994 arbeitete er in seiner Firma u.a. im Büro und der Organisation (AB 1.1/118 Ziff. 2) und hatte gemäss dem Abklärungsbericht für Selbstständigerwerbende vom 27. Mai 1999 (AB 2) andere Tätigkeiten wie etwa administrative Arbeiten, Akquisition, „Personelles“, Offerten und Bestellwesen, Buchhaltung ohne Abschluss und Werbung (S. 5 Ziff. 5) zu erledigen, d.h. er hatte sich verstärkt der Akquisition und Leitung seines Kleinunternehmens zu

widmen. Auch wurden für dem Beschwerdeführer gesundheitsbedingt nicht mehr zumutbare Arbeiten beim Betätigungsvergleich im Rahmen einer Einschränkung von 60% temporär zu beschäftigende Arbeitnehmer berücksichtigt (S. 8). In der Folge erzielte er in den Jahren darauf Einkommen zwischen Fr. 105'000.-- und 130'500.-- (vgl. AB 20/4). Da den Akten für die fragliche Zeit keine zusätzlich aufgetretenen gesundheitlichen Einschränkungen zu entnehmen sind und der Beschwerdeführer selbst bei der beruflichen AMA-Abklärung – nebst gesundheitlichen Gründen – wirtschaftliche Gründe für die Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit angab (AB 52/7 S. 8), sind die Gründe für die rückläufigen Gewinne und schlussendlich den Konkurs mit überwiegender Wahrscheinlichkeit wirtschaftlicher Natur. Weiter lebt der Beschwerdeführer bereits seit 2009 von der Sozialhilfe (AB 32/12), ohne dass er im Rahmen seiner Restarbeitsfähigkeit eine zumutbare Arbeit angenommen hätte. Die zusätzlichen Rücken- und Fussbeschwerden traten dagegen erst 2014 auf, d.h. ihm ist seine angestammte Tätigkeit erst seit August 2014 und damit 20 Jahre nach Eintritt der ursprünglichen Gesundheitsschädigung vollumfänglich nicht mehr zumutbar (AB 52/7), was ebenfalls gegen eine Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit aus gesundheitlichen Gründen spricht. Somit verbietet es sich, das als Selbstständigerwerbender erzielte Einkommen für die Bestimmung des Valideneinkommens heranzuziehen.

Aber selbst wenn der Konkurs nicht aus wirtschaftlichen Gründen erfolgt sein sollte, hätte dies nicht zur Folge, dass auf die im IK-Auszug (AB 20) eingetragenen Einkommen abzustellen wäre, denn diese entsprechen nicht den tatsächlichen Einkommen, hatte der Beschwerdeführer doch die von ihm zur Mithilfe herbeigezogenen Arbeiter mit Schwarz Zahlungen entlohnt. Somit konnte er diesen Personalaufwand auch nicht vom Betriebsgewinn in Abzug bringen (vgl. AB 2 S. 8). Vielmehr scheint damit aufgrund des IK-Auszuges überwiegend wahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer mit seiner eigenen Arbeitskraft jährliche Gesamteinkommen in der Höhe zwischen Fr. 59'600.-- und Fr. 73'700.-- erzielt hat (vgl. dazu IK-Auszug [AB 20] für die Jahre 1988 bis 1991 und 1994 bis 1999) und die in den Zwischenjahren ausgewiesenen höheren Jahreseinkommen aus Betriebsergebnisse resultieren, von welchen der durch Schwarz Zahlungen bedingten Lohnaufwand nicht in Abzug gebracht werden konnte.

Zudem ist es fraglich, ob der Beschwerdeführer überhaupt als Selbstständigerwerbender einzustufen ist, arbeiteten er und sein Geschäftspartner doch wie Selbstausleiher und sie verfügten über kein festangestelltes Personal. Lediglich bei Bedarf zogen sie externe Arbeiter bei, welche bar bzw. „schwarz“ entlohnt wurden (AB 2/8), womit sie denn auch kein für eine selbstständige Erwerbstätigkeit massgebliches unternehmerisches Risiko trugen.

Aufgrund des Dargelegten, lässt sich das ohne gesundheitliche Beeinträchtigung realisierbare Einkommen gestützt auf die tatsächlichen Verhältnisse so oder anders nicht hinreichend genau beziffern, weshalb für die Bestimmung des Valideneinkommens auf Tabellenlöhne abzustellen ist. Gemäss der Tabelle TA1_tirage_skill_level der LSE 2014, Männer Kompetenzniveau 2, hätte der Beschwerdeführer 2014 im Baugewerbe (Ziff. 41-43) einen monatlichen Lohn von Fr. 5'885.-- erzielen können. Das Heranziehen von Kompetenzniveau 3 oder 4 rechtfertigt sich vorliegend nicht, besitzt der Beschwerdeführer doch nur praktische Erfahrung (vgl. u.a. AB 22/2) und verfügt über keinen branchenspezifischen Berufsabschluss (AB 1.1 S. 140 Ziff. 6.2). Unter Berücksichtigung einer betriebsüblichen wöchentlichen Arbeitszeit von 41.3 Stunden (Tabelle „Betriebsübliche Arbeitszeit nach Wirtschaftsabteilungen in Stunden pro Woche“ des BfS, Ziff. 43 [sonstiges Ausbaugewerbe]), einer Nominallohnentwicklung per 2015 (Tabelle T1.1.10 des BfS, Nominallohnindex, Männer, 2011-2016, Ziffer 41-43 [Baugewerbe]) und aufgerechnet auf ein Jahr, ergibt sich ein massgebendes Valideneinkommen von Fr. 72'702.35 (Fr. 5'885.-- x 12 Monate / 40 Stunden x 41.3 Stunden / 102.8 [2014] x 102.5 [2015]).

4.7 Da der Beschwerdeführer seine Restarbeitsfähigkeit nicht verwertet, ist das Invalideneinkommen gestützt auf die Zahlen der LSE 2014 festzulegen (vgl. E. 4.3 hiervor). Gemäss deren Totalwert für Männer in Kompetenzniveau 1 der Tabelle TA1_tirage_skill_level könnte er in einer leidensangepassten Tätigkeit einen monatlichen Lohn von Fr. 5'312.-- erzielen. Aufgerechnet auf ein Jahr, angepasst an die betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit von 41.7 Stunden (Totalwert der Tabelle „Betriebsübliche Arbeitszeit nach Wirtschaftsabteilungen in Stunden pro Woche“ des BfS) und unter Berücksichtigung der Nominallohnentwicklung per 2015 (Tabelle

T1.1.10 des BfS, Nominallohnindex, Männer, 2011-2016, Totalwert) sowie der Leistungsfähigkeit von 70% ergibt Fr. 46'652.40 (Fr. 5'312.-- x 12 / 40 Stunden x 41.7 Stunden / 103.2 [2014] x 103.5 [2015] x 70%). Hiervon hat die Beschwerdegegnerin einen Tabellenlohnabzug von 5% getätigt. Werden allerdings sowohl Valideneinkommen als Invalideneinkommen aufgrund der LSE-Zahlen bestimmt, beruhen beide Vergleichseinkommen auf statistischen Grössen, weshalb invaliditätsfremde Gründe (Alter, Dienstjahre, Nationalität/Aufenthaltskategorie, Beschäftigungsgrad) bei beiden Einkommen zu berücksichtigen wären (Urteil des Bundesgerichts [BGer] vom 19. Januar 2009, 8C_42/2008, E. 5), mithin kein Abzug rechtfertigt. Der von der Beschwerdegegnerin getätigte Abzug von 5% ist daher als leidensbedingter Abzug zu sehen. Ein solcher ist jedoch nicht zuzulassen, weil der Totalwert im LSE-Kompetenzniveau 1 bereits eine Vielzahl von leichten und mittelschweren Tätigkeiten umfasst (Entscheid des BGer vom 5. Februar 2015, 8C_787/2014, E. 6.3.1 und vom 16. Juli 2014, 8C_97/2014, E. 4.2) und den gesundheitsbedingten Einschränkungen des Beschwerdeführers mit einer Leistungsreduktion von insgesamt 30% hinreichend Rechnung getragen wird.

4.8 Bei einer invaliditätsbedingten Einbusse von Fr. 26'049.95 (Fr. 72'702.35 - Fr. 46'652.40) resultiert ein rentenausschliessender Invaliditätsgrad von gerundet 36% (Fr. 26'049.95 x 100 / Fr. 72'702.35).

4.9 Zusammenfassend ist die Verfügung vom 27. September 2017 (AB 58) im Ergebnis nicht zu beanstanden. Die dagegen erhobene Beschwerde ist abzuweisen.

5.

5.1 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 rechtferti-

gen (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 Bedürftigkeit des Beschwerdeführers ist aufgrund der Akten und angesichts der Sozialhilfeabhängigkeit ausgewiesen (vgl. Akten des Beschwerdeführers, Beschwerdebeilage [BB] 5). Im vorliegenden Fall war das Verfahren nicht als von vornherein aussichtslos zu bezeichnen. Weiter war eine anwaltliche Verbeiständung geboten, so dass dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist unter Beiordnung von Rechtsanwalt B. _____ als amtlicher Anwalt.

5.2 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). Aufgrund der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege wird er – unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 113 VRPG i.V.m. Art. 123 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272) – jedoch von der Zahlungspflicht befreit.

5.3 Für die obsiegende Beschwerdegegnerin besteht kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 104 Abs. 3 VRPG).

5.4 Festzusetzen bleibt das amtliche Honorar für Rechtsanwalt B. _____.

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 Mehrwert-

steuer 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.--.

Die Kostennote vom 6. Dezember 2017, in welcher Rechtsanwalt B._____ einen Aufwand von 12.5 Stunden à Fr. 250.-- und Auslagen von Fr. 21.-- geltend macht, ist nicht zu beanstanden. Somit ist der tarifmässige Parteikostenersatz auf Fr. 3'397.70 (inkl. Auslagen und MWSt.) festzulegen. Entsprechend ist das amtliche Honorar auf Fr. 2'722.70 (Fr. 2'500.-- [12.5 Stunden à Fr. 200.--] zuzüglich Auslagen von Fr. 21.-- und MWSt. von Fr. 201.70 [8% von Fr. 2'521.--]) festzusetzen und Rechtsanwalt B._____ aus der Gerichtskasse zu vergüten. Der Beschwerdeführer hat dem Kanton Bern diese Kosten nach den Voraussetzungen von Art. 123 ZPO - d.h. sobald er innert zehn Jahren nach Abschluss des Verfahrens zur Nachzahlung in der Lage ist - nachzubezahlen (Art. 113 VR-PG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Beiordnung von Rechtsanwalt B._____ 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. 3'397.70 (inkl. Auslagen und MWSt.) festgesetzt. Davon wird Rechtsanwalt B. _____ nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse eine auf Fr. 2'722.70 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:

Der Gerichtsschreiber:

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.