

200 23 376 EL
WIS/IMD/SEE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 15. Oktober 2024

Verwaltungsrichterin Wiedmer, Kammerpräsidentin
Verwaltungsrichter Kölliker, Verwaltungsrichter Furrer
Gerichtsschreiber Imhasly

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Beschwerdeführer

gegen

Ausgleichskasse des Kantons Bern
Abteilung Ergänzungsleistungen, Chutzenstrasse 10, 3007 Bern
Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 11. April 2023



Sachverhalt:

A.

Der 1985 geborene ... Staatsangehörige A. _____ (Versicherter bzw. Beschwerdeführer) reiste am TT. Oktober 2011 in die Schweiz ein und wurde hier als Flüchtling anerkannt (Akten der Invalidenversicherung [IV; act. IIA] 4). Im September 2014 meldete er sich bei der IV zum Leistungsbezug an (act. IIA 2). Nach medizinischen Abklärungen verneinte die IV-Stelle Bern (IVB) mit Verfügung vom 19. Mai 2015 (act. IIA 23) einen Rentenanspruch mangels erfüllter versicherungsmässiger Voraussetzungen. Eine erneute Anmeldung bei der IV vom März 2019 (act. IIA 29) wurde mit Verfügung vom 30. November 2020 (act. IIA 72) mit derselben Begründung abschlägig beschieden.

Im Februar 2022 meldete sich der Versicherte bei der Ausgleichskasse des Kantons Bern (AKB bzw. Beschwerdegegnerin) zum Bezug von Ergänzungsleistungen (EL) an (Akten der AKB [act. II] 1). Diese gelangte mit Anfrage vom 13. April 2022 (act. IIA 74) an die IVB und bat um Berechnung des Invaliditätsgrades sowie Bestimmung des Zeitpunkts, seit dem eine Invalidität in rentenbegründender Höhe bestehe. Die IVB tätigte in der Folge medizinische Abklärungen und legte die Akten dem Regionalen Ärztlichen Dienst (RAD) zur Beurteilung vor. Gestützt auf dessen Bericht vom 28. Oktober 2022 (act. IIA 91) und das darin formulierte Zumutbarkeitsprofil setzte die IVB den Invaliditätsgrad mit "Mitteilung Beschluss" vom 2. November 2022 (act. IIA 92, act. II 30) auf 20 % fest. Mit Verfügung vom 18. November 2022 (act. II 31) verneinte die AKB einen EL-Anspruch. Daran hielt sie, auf Einsprache hin (act. II 32) und nach Rücksprache mit der IVB (act. II 33 f.; act. IIA 96), mit Entscheid vom 11. April 2023 (act. II 35) fest.

B.

Hiergegen erhob der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt B. _____, mit Eingabe vom 16. Mai 2023 Beschwerde mit den folgenden Rechtsbegehren:

1. Der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 11. April 2023 sei aufzuheben, es sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer einen Invaliditätsgrad von mindestens 40 % aufweise, und die Sache sei an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen zur Berechnung der dem Beschwerdeführer ab dem 1. Februar 2022 zustehenden Ergänzungsleistungen.
2. **Verfahrensantrag:** Zur Abklärung des Gesundheitszustandes und der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers sei ein gerichtliches Gutachten in den Disziplinen der Orthopädie und Neurologie einzuholen.
3. Dem Beschwerdeführer sei das Recht zur unentgeltlichen Rechtspflege zu gewähren, unter Beiordnung des Unterzeichnenden als amtlicher Anwalt.

- Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen -

Mit Eingabe vom 20. Juni 2023 ergänzte der Beschwerdeführer aufforderungsgemäss (vgl. prozessleitende Verfügung vom 23. Mai 2023) sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege.

Die Beschwerdegegnerin schloss mit Beschwerdeantwort vom 17. August 2023 samt Beilage einer Stellungnahme der IVB vom 12. Juni 2023 auf Abweisung der Beschwerde.

Mit prozessleitender Verfügung vom 10. September 2024 forderte die Instruktionsrichterin den Beschwerdeführer auf, bei seiner Rechtsschutzversicherung ein Gesuch um Kostengutsprache für das vorliegende Beschwerdeverfahren einzureichen und den schriftlichen Entscheid dem Gericht zuzustellen. Ohne Mitteilung innert angesetzter Frist werde von einer Kostengutsprache der Rechtsschutzversicherung ausgegangen.

Der Beschwerdeführer teilte mit Eingabe vom 19. September 2024 mit, dass die Streitigkeit nicht in den zeitlichen Deckungsbereich seiner Gesundheits-Rechtsschutzversicherung falle und diese eine Kostengutsprache abgelehnt habe.

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. 58 ATSG). 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 unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägung einzutreten.

1.2 Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 11. April 2023 (act. II 35). Streitig und zu prüfen ist der EL-Anspruch ab dem 1. Februar 2022.

Soweit der Beschwerdeführer beantragt, es sei festzustellen, dass er einen Invaliditätsgrad von mindestens 40 % aufweise (Beschwerde, S. 2, Rechtsbegehren Ziff. 1), ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Dieser Antrag stellt ein Feststellungsbegehren dar. Solche sind gegenüber Leistungsbegehren subsidiär (vgl. HERZOG/DAUM [Hrsg.], Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 73 und Art. 90 N. 3; SVR 2017 FZ Nr. 1 S. 1 E. 2.1). Das mit diesem Begehren Angestrebte kann ohne weiteres bereits mit dem sinngemässen Begehren um Gewährung der gesetzlichen Ergänzungsleistungen (Beschwerde, S. 1, Rechtsbegehren Ziff. 1, letzter Teilsatz) erreicht werden.

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 Gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. d des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG; SR 831.30) haben Personen mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz Anspruch auf Ergänzungsleistungen, wenn sie Anspruch hätten auf eine Rente der Invalidenversicherung (IV), wenn sie die Mindestbeitragsdauer nach Art. 36 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20) erfüllen würden. Stehen solche selbständige ("rentenlose") EL in Frage, müssen die EL-Organen den Invaliditätsgrad prinzipiell durch die IV-Stelle abklären lassen (vgl. Bundesamt für Sozialversicherungen [BSV], Wegleitung über die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV [WEL], gültig ab 1. April 2011, Rz. 2230.04 und Anhang 2; Art. 57 Abs. 2 IVG i.V.m. Art. 41 Abs. 1 lit. k der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung [IVV; SR 831.201]).

2.2 Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesbeschlusses über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und Staatenlosen in der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 4. Oktober 1962 (FlüB; SR 831.131.11) haben Flüchtlinge mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz unter den gleichen Voraussetzungen wie Schweizer Bürger Anspruch auf ordentliche Renten und Hilflosenentschädigungen der Invalidenversicherung.

2.3 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 Behand-

lung 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 Tätigkeitsbereich, 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).

2.4 Nach Art. 28 Abs. 1 IVG haben Versicherte Anspruch auf eine Rente, wenn sie ihre Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wieder herstellen, erhalten oder verbessern können (lit. a), während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40 % arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen sind (lit. b) und nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40 % invalid (Art. 8 ATSG) sind (lit. c).

2.5 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).

2.6 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; SVR 2021 IV Nr. 54 S. 181 E. 2.3).

3.

3.1 Zum Gesundheitszustand sowie zur Arbeits- und Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers ist den Akten im Wesentlichen Folgendes zu entnehmen:

3.1.1 Im Bericht vom 25. Juni 2019 (act. IIA 30/2 f.) diagnostizierte Dr. med. C._____, Facharzt für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates, einen Status nach Schussverletzung Oberschenkel links mit nachfolgender massiver Osteomyelitis mit multipelten resistenten Keimen. Der Patient habe eine schmerzhafte Narbe mit Maximum über dem Knie selber, eine Arthrodesese sei klinisch in ca. 10° Flexion implantiert. Es bestehe eine Beinlängenverkürzung um mindestens 4 cm links gegenüber rechts. Die Hyposensibilität der Fusssohle persistiere. Aktuell gebe der Patient auch Schmerzen im Bereich des Unter- und Oberschenkels an. Eine komplette Arbeitsfähigkeit sei nicht gegeben.

3.1.2 Dr. med. D._____, Fachärztin für Neurologie, hielt im Bericht vom 27. April 2020 (act. IIA 57/2 f.) fest, es zeige sich weiterhin eine schwere axonale Schädigung des Nervus tibialis links. Die geschilderten brennenden Fusschmerzen links seien mit neuropathischen Schmerzen vereinbar.

3.1.3 Am 11. Mai 2020 (act. IIA 49) berichtete Dr. med. C._____, dass der Patient aktuell arbeitsunfähig sei. Er habe vorgängig als ... gearbeitet, dies sei aus Schmerzgründen und aus neurologischen Gründen aktuell nicht möglich. Der Patient zeige eine Schmerzhaftigkeit z.T. der Wirbelsäule, welche zunehmend sei und vor allem auch auf Höhe des Unterschenkels und des Fusses. Hier bestünden Dysästhesien und Parästhesien. Die Rückenbeschwerden seien deutlich zunehmend.

3.1.4 Dr. med. E._____, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, führte im Bericht vom 29. Juni 2020 (act. IIA 61/1 ff.) aus, der Patient habe mehrere Jahre als ... gearbeitet. Er habe sich im Februar 2020 wegen massiver Schmerzzunahme im Bereich des verletzten und operierten Beins gemeldet. Seit 5. Februar 2020 bestehe unverändert eine vollständige Arbeitsunfähigkeit. Der Patient klagt über brennende Schmerzen im linken Bein verbunden mit starken Rückenschmerzen. Er gehe wegen den

Schmerzen an einem Stock, um das linke Bein zu entlasten. Das linke Bein diene eigentlich nur noch als Stabilisierungshilfe. Das Knie sei vollständig eingesteift und die Beweglichkeit in der linken Hüfte eingeschränkt. Es bestünden massive Muskelatrophien im Bereich Ober- und Unterschenkel sowie im Fussbereich mit Hohlfussbildung. Es bestehe allerdings auch auf der Gegenseite ein Hohlfuss. Die Tätigkeit als ... werde nur noch sehr schwer zumutbar sein. Das erforderliche rasche Bewegen und lange Stehen am Arbeitsplatz in einem geschäftigen ... überfordere ihn in mancherlei Beziehung bezüglich Tempo, Dauer, Ausdauer und Kraft. Für die Zukunft müsste eine Arbeit gefunden werden, bei welcher der Patient auch teilweise sitzen könnte und kein schnelles Fortbewegen erforderlich sei. Momentan könne nicht beurteilt werden, wie viele Stunden am Tag zugemutet werden könnten. Zuerst müsse sich die Schmerzsituation verbessern.

3.1.5 Im Bericht vom 18. September 2020 (act. IIA 69) diagnostizierte der RAD-Arzt Dr. med. F._____, Facharzt für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates, eine Arthrodesse im linken Kniegelenk mit Status nach Schussverletzung (2009), Status nach multiplen Operationen in Folge Pseudoarthrose und Osteomyelitis (2014) und Beinlängenverkürzung, eine Hypästhesie und Dysästhesie im linken Fuss plantar bei posttraumatischer axonaler Schädigung des Nervus tibialis (2009) sowie eine Lumbalgie. Er gab an, der dokumentierte Behandlungsverlauf sei nachvollziehbar. Durch die Korrektur der Beinverkürzung könne mit einer Verbesserung der Rückenbeschwerden gerechnet werden. Die Beurteilung der Behandler sei plausibel. Der Versicherte klage über eine Zunahme der Dysästhesien, allerdings hätten sich die elektrophysiologischen Untersuchungswerte seit 2015 verbessert. Es liege eine eingeschränkte Belastbarkeit des linken Beins vor. Im angestammten Beruf liege eine eingeschränkte Leistungsfähigkeit vor. Die Tätigkeit in einer Verweistätigkeit sei mit einer Arbeitsfähigkeit von 100 % zumutbar.

3.1.6 Am 22. Februar 2021 (act. IIA 82/11 f.) berichtete das Spital G._____ über die am 22. Januar 2021 durchgeführte Spect.-CT des linken Knies, bei der sich kein Hinweis für eine Lockerung, einen Infekt oder eine Pseudoarthrose gezeigt habe. Aus orthopädischer Sicht bestehe keine Indikation für eine Revision. Bezüglich der Arbeitssituation sei sicher-

lich eine sitzende Tätigkeit von Vorteil, aufgrund der Beschwerden könne wahrscheinlich eine stehende und gehende Tätigkeit nicht in einem hohen Pensum durchgeführt werden.

3.1.7 Im Bericht vom 24. Juni 2022 (act. IIA 82/1 ff.) attestierte Dr. med. E. _____ eine vollständige Arbeitsunfähigkeit für den Zeitraum vom 11. Februar bis 31. Juli 2020 sowie eine Arbeitsunfähigkeit von 80 % ab dem 1. August 2020 für leichte und schwere körperliche Arbeiten. Am Zustand des Patienten werde sich in der Zukunft keine wesentliche Verbesserung ergeben. Sollte er eine geeignete sitzende Tätigkeit mit der Möglichkeit, sich regelmässig zu bewegen, finden, könnte die Arbeitsfähigkeit vermutlich verbessert werden. Die bisherige Tätigkeit sei zu zwei Stunden pro Tag zumutbar.

3.1.8 Der RAD-Arzt Dr. med. F. _____ führte im Bericht vom 28. Oktober 2022 (act. IIA 91) aus, seit dem letzten ärztlichen Bericht (vom 18. September 2020 [act. IIA 69]) sei es zu keiner objektiven Veränderung des Gesundheitszustandes gekommen. Der dokumentierte Behandlungsverlauf sei nachvollziehbar, die Beurteilungen der Behandler seien plausibel. Zumutbar sei eine leichte bis gelegentlich mittelschwere Tätigkeit in vorwiegend sitzender Position mit der Möglichkeit, sich regelmässig kurz zu bewegen und einer Gelenkbelastung von maximal 10-15 kg, ganztags über 8.5 Stunden mit einer Leistungsminderung von 20 % auf Grund eines erhöhten Pausenbedarfs. Zu vermeiden seien vorwiegendes Stehen und Gehen, Zwangshaltungen und Arbeiten in gebückter Haltung. Hocken und Knien, Gehen auf unebenem Gelände, längeres Abwärtsgehen, Hinunterspringen, Steigen auf Leitern und Gerüste, häufiges Treppensteigen sowie Kälte-, Nässe- und Zugluftexposition seien nicht möglich. Die angestammte Tätigkeit als ... sei nur unter der Bedingung zumutbar, dass sich das beschriebene Zumutbarkeitsprofil anwenden lasse.

3.2

3.2.1 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 143 V 124 E. 2.2.2 S. 127, 125 V 351 E. 3a S. 352).

3.2.2 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 143 V 124 E. 2.2.2 S. 126, 134 V 231 E. 5.1 S. 232, 125 V 351 E. 3a S. 352).

Auch reine Aktengutachten können beweiskräftig sein, sofern ein lückenloser Befund vorliegt und es im Wesentlichen nur um die fachärztliche Beurteilung eines an sich feststehenden medizinischen Sachverhalts geht, mithin die direkte ärztliche Befassung mit der versicherten Person in den Hintergrund rückt. Dies gilt grundsätzlich auch in Bezug auf Berichte und Stellungnahmen Regionaler Ärztlicher Dienste (SVR 2020 IV Nr. 38 S. 134 E. 4.3).

3.2.3 Den Berichten und Gutachten versicherungsinterner Ärzte kommt Beweiswert zu, sofern sie als schlüssig erscheinen, nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei sind und keine Indizien gegen ihre Zuverlässigkeit bestehen (BGE 125 V 351 E. 3b ee S. 354; SVR 2022 UV Nr. 3 S. 8 E. 3.2).

Trotz dieser grundsätzlichen Beweiseignung kommt den Berichten versicherungsinterner medizinischer Fachpersonen praxisgemäss nicht dieselbe Beweiskraft zu wie einem gerichtlichen oder im Verfahren nach Art. 44 ATSG vom Versicherungsträger veranlassten Gutachten unabhängiger Sachverständiger. Soll ein Versicherungsfall ohne Einholung eines

externen Gutachtens entschieden werden, so sind an die Beweiswürdigung strenge Anforderungen zu stellen. Bestehen auch nur geringe Zweifel an der Zuverlässigkeit und Schlüssigkeit der versicherungsinternen ärztlichen Feststellungen, so sind ergänzende Abklärungen vorzunehmen. Insbesondere sind die von der versicherten Person aufgelegten Berichte der behandelnden Ärztinnen und Ärzte mitzubersichtigen. 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, 139 V 225 E. 5.2 S. 229, 135 V 465 E. 4.4 - 4.6 S. 469; SVR 2021 UV Nr. 34 S. 155 E. 2.3).

3.3 Die IVB nahm die Invaliditätsbemessung in der "Mitteilung Beschluss" vom 2. November 2022 (act. IIA 92, act. II 30) in medizinischer Hinsicht gestützt auf den Bericht des RAD-Arztes Dr. med. F. _____ vom 28. Oktober 2022 (act. IIA 91) vor. Dieser erfüllt die Voraussetzungen der Rechtsprechung an medizinische Berichte (vgl. E. 3.2.2 f. hiervor), weswegen dem Bericht voller Beweiswert zukommt. Die Ausführungen in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge sind einleuchtend und die gezogenen Schlussfolgerungen zum Gesundheitszustand sowie das Zumutbarkeitsprofil sind nachvollziehbar begründet. Dabei schadet es entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers nicht, dass es sich um einen Aktenbericht handelt, konnte der RAD-Arzt seinen Bericht doch auf einen lückenlos erhobenen Befund abstellen (vgl. Beschwerde, S. 9 Art. 11). Diesbezüglich bringt der Beschwerdeführer vor, der RAD-Arzt habe seine Kompetenzen überschritten, indem er mittels Aktenbericht eine eigene Einschätzung abgegeben habe, statt sich auf die Frage zu beschränken, ob der einen oder der anderen ärztlichen Ansicht zu folgen, oder aber eine zusätzliche Untersuchung notwendig sei. Hierzu verweist er auf BGE 142 V 58, in welchem das Bundesgericht in E. 5.1 einem RAD-Bericht, welcher von einem praktischen Arzt ohne Facharztstitel verfasst worden war, den Beweiswert absprach. Aus dieser Einzelfallbeurteilung kann nicht in allge-

meiner Weise abgeleitet werden, dass ein RAD-Arzt – der wie hier über einen einschlägigen Facharztstitel verfügt – in einem reinen Aktenbericht nicht eine eigene Einschätzung des medizinischen Sachverhalts vornehmen darf. Vielmehr gehört es zu den Aufgaben des RAD, bei der Festsetzung der funktionellen Leistungsfähigkeit (Art. 54a Abs. 3 IVG) die medizinisch attestierte Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit und für angepasste Tätigkeiten unter Berücksichtigung sämtlicher physischen, psychischen und geistigen Ressourcen und Einschränkungen in qualitativer und quantitativer Hinsicht zu beurteilen und zu begründen (Art. 49 Abs. 1^{bis} IVV).

Zwischen dem RAD-Arzt Dr. med. F._____, dem Hausarzt Dr. med. E._____ sowie den Ärzten des Spitals G._____ besteht Einigkeit darüber, dass dem Beschwerdeführer aufgrund seiner Beschwerden eine überwiegend stehende oder gehende Tätigkeit nicht in einem hohen Pensum zumutbar ist und er vorwiegend sitzend arbeiten sollte. Ein Zumutbarkeitsprofil für eine leidensangepasste Tätigkeit und insbesondere auch die Höhe der Arbeitsfähigkeit in einer entsprechenden Tätigkeit wurde von den behandelnden Ärzten hingegen nicht definiert (act. IIA 82/4 ff., /12). Der RAD-Arzt erachtete den Beschwerdeführer in einer angepassten Arbeit als zu 80 % arbeitsfähig. Die Leistungsminderung von 20 % begründete er mit einem erhöhten Pausenbedarf (act. II 91/6), was überzeugt. Im beschwerdeweise eingereichten Bericht vom 5. Mai 2023 (Akten des Beschwerdeführers [act. I] 4) erachtete der Hausarzt Dr. med. E._____ den Beschwerdeführer in einer angepassten Tätigkeit aufgrund der Verlangsamung durch die körperlichen Beschwerden und der erforderlichen Pausen als zumindest zu 40 % arbeitsunfähig. Dabei vermag er keine Aspekte zu benennen, die vom RAD-Arzt unberücksichtigt geblieben wären. Im Gegenteil stimmen die jeweiligen Ausführungen zu den Einschränkungen des Beschwerdeführers und den Anforderungen an einen angepassten Arbeitsplatz überein. Der Hausarzt stellte der Einschätzung des RAD-Arztes lediglich seine eigene Einschätzung einer höheren Arbeitsunfähigkeit entgegen, ohne auf die Ausführungen des RAD-Arztes überhaupt Bezug zu nehmen. Dies genügt – abgesehen davon, dass es Dr. med. E._____ an der orthopädischen Befähigung fehlt, um die fachärztliche Beurteilung des Dr. med. F._____ zu entkräften (vgl. Entscheid des Bundesgerichts [BGer]

vom 13. November 2018, 8C_584/2018, E. 4.1.1.2) – nicht, um die von Dr. med. F. _____ getroffene Einschätzung einer Leistungseinschränkung von 20 % in Zweifel zu ziehen, zumal bezüglich des Berichts von Dr. med. E. _____ vom 5. Mai 2023 (act. I 4) auch der Erfahrungstatsache Rechnung zu tragen ist, dass Hausärzte mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zugunsten ihrer Patienten aussagen (BGE 125 V 351 E. 3b cc S. 353; SVR 2015 IV Nr. 26 S. 80 E. 5.3.3.3).

Nach dem Dargelegten hat die IVB den medizinischen Sachverhalt rechtsgenügend abgeklärt. Weitere Abklärungen, namentlich das Einholen eines Gerichtsgutachtens (Beschwerde, S. 9 Art. 12), sind nicht erforderlich, weshalb in antizipierter Beweiswürdigung darauf zu verzichten ist (BGE 144 V 361 E. 6.5 S. 368, 124 V 90 E. 4b S. 94, 122 V 157 E. 1d S. 162; SVR 2019 IV Nr. 50 S. 163 E. 4). Damit ist erstellt, dass der Beschwerdeführer in einer seinen Beschwerden angepassten Tätigkeit zu 80 % arbeitsfähig ist. Basierend darauf ist nachfolgend die Invaliditätsbemessung vorzunehmen.

4.

4.1 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).

4.2

4.2.1 Für die Ermittlung des Einkommens ohne Invalidität (Valideneinkommen; Art. 16 ATSG) ist entscheidend, was die versicherte Person im Zeitpunkt des frühestmöglichen Rentenbeginns nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunde tatsächlich verdient hätte (BGE 134 V 322 E. 4.1 S. 325). Das Valideneinkommen bestimmt sich an-

hand des zuletzt vor Eintritt der Invalidität tatsächlich erzielten Erwerbseinkommens. Unterlag das in den letzten Jahren vor Eintritt der Invalidität erzielte Erwerbseinkommen starken Schwankungen, so wird auf ein angemessenes Durchschnittseinkommen abgestellt (Art. 26 Abs. 1 IVV). Kann das tatsächlich erzielte Erwerbseinkommen nicht oder nicht hinreichend genau bestimmt werden, so wird das Einkommen ohne Invalidität nach statistischen Werten nach Art. 25 Abs. 3 IVV für eine Person bei gleicher Ausbildung und entsprechenden beruflichen Verhältnissen festgelegt (Art. 26 Abs. 4 IVV).

4.2.2 Erzielt die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität ein Erwerbseinkommen, so wird ihr dieses als Einkommen mit Invalidität (Invalideneinkommen; Art. 16 ATSG) angerechnet, sofern sie damit ihre verbliebene funktionelle Leistungsfähigkeit in Bezug auf eine ihr zumutbare Erwerbstätigkeit bestmöglich verwertet (Art. 26^{bis} Abs. 1 IVV). Liegt kein anrechenbares Erwerbseinkommen vor, so wird das Einkommen mit Invalidität nach statistischen Werten gemäss Art. 25 Abs. 3 IVV bestimmt (Art. 26^{bis} Abs. 2 Satz 1 IVV). Kann die versicherte Person aufgrund ihrer Invalidität nur noch mit einer funktionellen Leistungsfähigkeit nach Art. 49 Abs. 1^{bis} IVV von 50 % oder weniger tätig sein, so werden vom statistisch bestimmten Wert 10 % für Teilzeitarbeit abgezogen (Art. 26^{bis} Abs. 3 IVV in der bis 31. Dezember 2023 gültig gewesenen Fassung). Sofern erforderlich, ist ergänzend auf die bisherige Praxis des Bundesgerichts in diesem Bereich zurückzugreifen (Entscheid des BGer vom 8. Juli 2024, 8C_823/2023 [zur Publikation vorgesehen], E. 10.6; vgl. E. 4.2.3 nachfolgend).

Soweit für die Bestimmung der massgebenden Erwerbseinkommen statistische Werte herangezogen werden, sind die Zentralwerte der Lohnstrukturerhebung (LSE) des Bundesamtes für Statistik (BFS) massgebend. Andere statistische Werte können beigezogen werden, sofern das Einkommen im Einzelfall nicht in der LSE abgebildet ist. Es sind altersunabhängige und geschlechtsspezifische Werte zu verwenden (Art. 25 Abs. 3 IVV). Die statistischen Werte nach Abs. 3 sind an die betriebsübliche Arbeitszeit nach Wirtschaftsabteilungen und an die Nominallohnentwicklung anzupassen (Art. 25 Abs. 4 IVV).

4.2.3 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 pflichtgemäsem Ermessen gesamthaft zu schätzen, wobei der Abzug auf insgesamt höchstens 25 % zu begrenzen ist (BGE 148 V 174 E. 6.3 S. 182, 135 V 297 E. 5.2 S. 301, 134 V 322 E. 5.2 S. 327; SVR 2018 IV Nr. 46 S. 148 E. 3.3).

4.3 Die IVB bemass das Validen- und das Invalideneinkommen auf der Grundlage desselben Tabellenlohns gemäss LSE 2020, Tabelle TA1_tirage_skill_level, Ziff. 55-56 ("Gastgewerbe/Beherbergung u. Gastronomie"), Kompetenzniveau 1, Männer. Unter Berücksichtigung der RAD-ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit von 20 % (vgl. E. 3.3 hiervor) resultierte ein Invaliditätsgrad in derselben Höhe (act. IIA 92/2). Der Beschwerdeführer kritisiert die Bemessung des Valideneinkommens. Er macht geltend, er habe in ... die Grundschule besucht und anschliessend während einigen Jahren als ... gearbeitet. Er habe keine Lehre als ... absolviert und sich die praktischen Fähigkeiten am Arbeitsplatz angeeignet. Wäre er heute noch bei guter Gesundheit, würde er weiterhin als ... arbeiten oder eine andere Arbeit im ... ausüben. Folglich sei zur Bestimmung des Valideneinkommens auf das Einkommen als ... – und nicht auf dasjenige im ... – abzustellen (Beschwerde, S. 5 Art. 5).

4.3.1 Mit Blick auf die fehlende Ausbildung als ... ist nicht überwiegend wahrscheinlich (vgl. BGE 144 V 427 E. 3.2 S. 429; SVR 2022 UV Nr. 41 S. 163 E. 3.3), dass der Beschwerdeführer in der Schweiz bei guter Gesundheit als ... tätig wäre. Ebenfalls kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass er im Gesundheitsfall die in der Schweiz – bereits mit

eingetretenem Gesundheitsschaden – ausgeübte Tätigkeit im ... ausüben würde. Vielmehr ist wahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer eine (unbestimmte) Hilfsarbeitertätigkeit aufgenommen hätte, womit das Valideneinkommen anhand des Totalwerts der LSE-Tabelle TA1_tirage_skill_level, privater Sektor, zu bestimmen ist.

4.3.2 Entgegen dem – vom Beschwerdeführer nicht bestrittenen (Beschwerde, S. 5 Art. 5) – Vorgehen der IVB, ist das Invalideneinkommen ebenfalls nicht anhand eines Tabellenlohnes der Position Ziff. 55-56 ("Gastgewerbe/Beherbergung u. Gastronomie") zu bemessen (vgl. act. IIA 92/2), dürfte doch eine Tätigkeit als ... nicht vorwiegend in sitzender Position ausgeübt werden können, womit diese dem Beschwerdeführer mit Blick auf das definierte Zumutbarkeitsprofil (vgl. E. 3.1.8 hiervor) nicht mehr zumutbar ist. Auch das Invalideneinkommen ist dementsprechend anhand des Totalwerts der LSE-Tabelle TA1_tirage_skill_level, privater Sektor, zu bestimmen.

4.3.3 Da somit Validen- und Invalideneinkommen ausgehend vom gleichen Tabellenlohn zu berechnen sind, erübrigt sich deren genaue Ermittlung. Diesfalls entspricht der Invaliditätsgrad dem Grad der Arbeitsunfähigkeit unter Berücksichtigung eines allfälligen Abzugs vom Tabellenlohn (in BGE 148 V 321 nicht publizierte E. 6.2 des Entscheids des BGer vom 27. Juni 2022, 8C_104/2021). Die Arbeitsunfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit beträgt 20 % (vgl. E. 3.3 hiervor). Die vorausgesetzte Schwelle einer mindestens 50%igen Arbeitsunfähigkeit für einen Abzug von 10 % für Teilzeitarbeit gemäss Art. 26^{bis} Abs. 3 IVV (in der bis 31. Dezember 2023 gültig gewesenen Fassung; vgl. E. 4.2.2 hiervor) wird nicht erreicht. Hingegen rechtfertigt sich mit Blick auf die Nationalität und den Flüchtlingsstatus sowie die Aufenthaltsbewilligung B des Beschwerdeführers (act. IIA 4; act. II 39/20) ein Abzug von maximal 10 %, liegen doch die Löhne von Männern mit Aufenthaltsbewilligung B im Vergleich zu Schweizern und Ausländern in der Kategorie "ohne Kaderfunktion" der LSE-Tabelle T12_b um ca. 12 % tiefer. Die medizinisch bedingten quantitativen und qualitativen Einschränkungen wurden bereits mit der Einschätzung der funktionellen Leistungsfähigkeit durch den RAD bzw. mit dessen definierten Zumutbarkeitsprofil hinreichend berücksichtigt (vgl. E. 3.3 hiervor sowie

Art. 49 Abs. 1^{bis} IVV) und dürfen daher nicht nochmals in die Bemessung mittels eines leidensbedingten Abzugs einfließen (vgl. etwa Entscheid des BGer vom 18. Juni 2020, 8C_132/2020, E. 5.2). Schliesslich sind die weiteren Faktoren (Alter und Dienstjahre) unbeachtlich, da ein Abzug bei beiden auf derselben tabellarischen Berechnungsgrundlage beruhenden Vergleichseinkommen vorzunehmen wäre (vgl. Entscheid des BGer vom 19. Januar 2009, 8C_42/2008, E. 5). Damit resultiert ein Invaliditätsgrad von maximal 28 %; dieser liegt unterhalb des für einen Rentenanspruch massgeblichen Schwellenwerts von 40 % (vgl. E. 2.4 hiavor). Dementsprechend besteht kein Anspruch auf "rentenlose" EL (vgl. E. 2.1 hiavor).

4.4 Nach dem Dargelegten ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 11. April 2023 (act. II 35) nicht zu beanstanden und die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

5.

5.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 ELG i.V.m. Art. 61 lit. f^{bis} ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBl 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

5.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht gemäss Art. 1 Abs. 1 ELG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG (Umkehrschluss) kein Anspruch auf eine Parteientschädigung.

5.3 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).

5.3.1 Die Bedürftigkeit im Sinne der Prozessarmut ist aktenkundig (Akten des Beschwerdeführers [act. IA] 1 ff.). Zudem kann das Verfahren nicht

als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden und die Notwendigkeit einer Rechtsverteidigung ist zu bejahen. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Beordnung von Rechtsanwalt B. _____ als amtlicher Anwalt ist demnach gutzuheissen. Festzusetzen bleibt dessen amtliches Honorar.

5.3.2 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 Prozessführung sind nach den gleichen Regeln zu entschädigen (Abs. 3). Nach Art. 42 Abs. 4 KAG i.V.m. Art. 1 der kantonalen Verordnung vom 20. Oktober 2010 über die Entschädigung der amtlichen Anwältinnen und Anwälte (EAV; BSG 168.711) beträgt der Stundenansatz Fr. 200.--.

Mit Kostennote vom 29. August 2023 macht Rechtsanwalt B. _____ einen Aufwand von 14.25 Stunden bzw. ein Honorar von Fr. 3'562.50 zuzüglich Auslagen von Fr. 40.90 sowie Mehrwertsteuer (MWST) von 7.7 % (von Fr. 3'603.40) im Betrag von Fr. 277.45, total Fr. 3'880.85, geltend. Dies ist nicht zu beanstanden. Folglich wird der tarifmässige Parteikostenersatz für dieses Verfahren auf Fr. 3'880.85 festgesetzt. Davon ist Rechtsanwalt B. _____ nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse ein amtliches Honorar von Fr. 2'850.-- (14.25 h x Fr. 200.--) zuzüglich Auslagen von Fr. 40.90 und MWST von Fr. 222.60 (7.7 % von Fr. 2'890.90), total somit eine Entschädigung von Fr. 3'113.50, auszurichten. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht des Beschwerdeführers gegenüber dem Kanton Bern entsprechend den Voraussetzungen von Art. 123 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272; vgl. Art. 113 VRPG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Beordnung von Rechtsanwalt B._____ als amtlicher Anwalt wird gutgeheissen.
3. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Der tarifmässige Parteikostenersatz des amtlichen Anwalts wird in diesem Verfahren auf Fr. 3'880.85 (inkl. Auslagen und MWST) festgesetzt. Davon wird Rechtsanwalt B._____ nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse eine auf Fr. 3'113.50 festgesetzte Entschädigung (inkl. Auslagen und MWST) vergütet. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO.
5. Zu eröffnen (R):
 - Rechtsanwalt B._____ z.H. des Beschwerdeführers
 - Ausgleichskasse des Kantons Bern, Abteilung Ergänzungsleistungen
 - Bundesamt für Sozialversicherungen

Die Kammerpräsidentin:

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.