[AZA 7]
I 145/01 Ge

II. Kammer

Präsident Lustenberger, Bundesrichter Meyer und nebenamtlicher
Richter Maeschi; Gerichtsschreiber Ackermann

Urteil vom 12. September 2001

in Sachen
F._____, 1957, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Ueli Kieser, Ulrichstrasse 14, 8032 Zürich,

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

und
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

A.- F._____, geboren 1957, arbeitete als Autospengler/Autolackierer, zunächst in unselbstständiger und später zeitweise auch in selbstständiger Stellung. Im Jahre 1992 eröffnete er mit einem Geschäftspartner eine Autospenglerei in X._____, welche er heute allein führt.
Seit 1993 leidet er an einem chronischen, therapierefraktären thoracovertebralen Syndrom bei Fehlhaltung und Fehlform der Wirbelsäule und ist deshalb in der Arbeitsfähigkeit eingeschränkt. Am 7. Dezember 1994 meldete er sich bei der Invalidenversicherung zum Rentenbezug an. Mit Verfügung vom 28. November 1995 lehnte die IV-Stelle des Kantons Zürich das Begehren mangels einer rentenbegründenden Invalidität ab. Die hiegegen erhobene Beschwerde wurde vom Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 15. Dezember 1997 abgewiesen.
Am 22. Juni 1997 meldete F._____ eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes und ersuchte um Prüfung der beruflichen Eingliederungsmöglichkeiten. Die IV-Stelle holte Arztberichte ein und beauftragte die berufliche Abklärungs- und Ausbildungsstätte Y._____ (nachfolgend:
BEFAS) mit einer beruflichen Abklärung. In ihrem Bericht vom 29. April 1998 schätzte die BEFAS die Arbeitsfähigkeit in der Tätigkeit als selbstständiger Autospengler auf 50 % und in einer leichten, wechselbelastenden Tätigkeit auf 70 %; gleichzeitig wies sie darauf hin, dass der Versicherte die selbstständige Tätigkeit weiterführen möchte.
Mit Vorbescheid vom 25. Mai 1998 stellte die IV-Stelle einen ablehnenden Entscheid sowohl bezüglich des Begehrens um berufliche Massnahmen als auch hinsichtlich des Rentenanspruchs in Aussicht. Auf die hiegegen erhobenen Einwendungen ordnete sie eine psychiatrische Untersuchung durch Dr. med. S._____, Spezialarzt Psychiatrie und Psychotherapie, an, die keine wesentliche psychische Beeinträchtigung ergab. Am 30. März 1999 erliess die IV-Stelle eine Verfügung, mit welcher sie das Rentengesuch bei einem Invaliditätsgrad von 33,33 % abwies und das Begehren um berufliche Massnahmen als erledigt abschrieb.

B.- F._____ beschwerte sich gegen diese Verfügung, wobei er eine Verletzung des Gehörsanspruchs wegen mangelhafter Prüfung der im Vorbescheidverfahren erhobenen Einwendungen und Nichtgewährung der Mitwirkungsrechte bei der Einholung des psychiatrischen Gutachtens geltend machte und die Rückweisung der Sache an die Verwaltung beantragte.
Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich bejahte die geltend gemachte Gehörsverletzung, erachtete den Verfahrensmangel jedoch als geheilt und wies die Beschwerde mit Entscheid vom 23. Januar 2001 ab.

C.- F._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, unter Aufhebung des angefochtenen Entscheids sei die Verwaltung zu verpflichten, ihm eine halbe Rente, eventuell eine Viertelsrente auszurichten; subeventuell sei die Sache zu ergänzender Abklärung und Neubeurteilung an die Verwaltung

zurückzuweisen; ferner sei ihm für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Verbeiständung zu gewähren. Die IV-Stelle beantragt Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, während das Bundesamt für Sozialversicherung sich nicht vernehmen lässt.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Streitgegenstand ist lediglich noch, ob dem Beschwerdeführer eine Invalidenrente zusteht. Dabei ist davon auszugehen, dass der Rentenanspruch mit Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 15. Dezember 1997 rechtskräftig abgewiesen worden ist, die Verwaltung auf die Neuanmeldung vom 22. Juni 1997 aber eingetreten ist und geprüft hat, ob nunmehr eine anspruchsbegründende Invalidität besteht. Dementsprechend hat auch der Richter den Rentenanspruch materiell zu prüfen (BGE 117 V 198 Erw. 3a mit Hinweis).

b) Im vorinstanzlichen Entscheid werden die für den Rentenanspruch (Art. 28 Abs. 1 und 1bis IVG) und die Invaliditätsbemessung bei erwerbstätigen Versicherten (Art. 28 Abs. 2 IVG) geltenden Regeln zutreffend dargelegt, so dass darauf verwiesen wird. Das Gleiche gilt hinsichtlich der vorinstanzlichen Erwägungen zur Schadenminderungspflicht des Versicherten und der Zumutbarkeit beruflicher Umstellungen.

2.- Streitig und zu prüfen ist zunächst, wie es sich hinsichtlich der Arbeitsfähigkeit verhält.

a) Im Bericht der BEFAS vom 29. April 1998, welcher auf einer eingehenden stationären Abklärung beruht, wird die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers als selbstständiger Autospengler auf 50 % geschätzt. Des Weitern wird ausgeführt, aus medizinischer Sicht und unter Berücksichtigung der Präsenzzeiten während der Abklärung könne eine Arbeitsfähigkeit von 70 % bei ganztägiger Erwerbstätigkeit für körperlich leichte und den Rücken nur wenig belastende Arbeiten, beispielsweise für vorwiegend manuelle Tätigkeiten an einem ergonomisch eingerichteten Arbeitsplatz bestätigt werden. Medizinisch-theoretisch seien auch geeignete nichtmanuelle Tätigkeiten, beispielsweise im Überwachungs- und Kontrollbereich, mit einer Arbeitsfähigkeit von 70 % zumutbar. Nach Auffassung des Versicherten steht diese Beurteilung im Widerspruch zu den Feststellungen der BEFAS während der Abklärung, wo die Leistungsfähigkeit in der Holzwerkstatt mit 50 - 60 % und in der industriellen Montage bei gröberen Arbeiten mit 60 % bzw. bei feineren Arbeiten mit 30 - 50 % bewertet worden ist.
Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, lassen sich die geltend gemachten Differenzen zum einen damit erklären, dass der Beschwerdeführer im Rahmen der Abklärung auch Arbeiten zu verrichten hatte, die nicht nur in gesundheitlicher Hinsicht, sondern auch mit Rücksicht auf seine Kenntnisse und Fähigkeiten weniger geeignet waren; zum andern waren eine gewisse Antriebsarmut sowie eine mangelnde Motivation für berufliche Neuorientierung festzustellen, welche sich auf die Leistungsfähigkeit ausgewirkt hatten. Aus der Bemerkung des BEFAS-Arztes, wonach die auffällig langsamen Arbeitsbewegungen nicht nur behinderungsbedingt seien, ist zu schliessen, dass die Arbeitsfähigkeit über der vom Versicherten effektiv erbrachten Arbeitsleistung liegt. Von einem Widerspruch in den Feststellungen der Abklärungsstelle kann somit nicht die Rede sein. Es liegen auch keine Gründe vor, welche zu einem Abgehen von der Stellungnahme zur Arbeitsfähigkeit durch die BEFAS Anlass zu geben vermöchten. Wenn Dr. med.
J._____, Arzt für Allgemeine Medizin FMH, eine Arbeitsfähigkeit von lediglich 50 % angibt, so bezieht sich dies auf die bisherige Tätigkeit als selbstständiger Autospengler.
Für diese Tätigkeit wird die Arbeitsfähigkeit jedoch auch von der BEFAS auf 50 % geschätzt.

b) Fraglich ist, ob zusätzlich eine die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigende psychische Störung mit Krankheitswert besteht. Die IV-Stelle hat hiezu bei Dr. med.
S._____ ein psychiatrisches Gutachten eingeholt, nachdem Dr. med. J._____ den Verdacht auf eine psychosomatische Fixierung der Beschwerden geäussert hatte. Mit dem Auftrag wurden dem Gutachter die Fragen unterbreitet, ob aus psychischer Sicht eine wesentliche Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bestehe und ob dem Versicherten die Verwertung der Restarbeitsfähigkeit in einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit zumutbar sei. Diese Fragen werden im Gutachten vom 2. Dezember 1998 dahin beantwortet, dass sich eine psychiatrische Diagnose nicht mit Sicherheit stellen lasse und höchstens Hinweise für eine psychogene Überlagerung der körperlichen Beschwerden bestünden. Aus psychischer Sicht bestehe keine zusätzliche Arbeitsunfähigkeit; ei-

ne Verwertung der Restarbeitsfähigkeit in einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit sei aus psychischer Sicht zumutbar.

Entgegen den Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Feststellungen unklar sein sollten. Wenn der Gutachter ausführt, eine psychiatrische Diagnose lasse sich "nicht mit Sicherheit stellen" und aus psychischen Gründen könne die aus der körperlichen Schädigung resultierende Arbeitsunfähigkeit "nicht wesentlich erhöht" werden, lässt dies nicht auf eine unzuverlässige Beurteilung sondern darauf schliessen, dass nach Auffassung des untersuchenden Arztes keine psychische Störung mit Krankheitswert vorliegt (vgl. hiezu BGE 102 V 165). Es besteht im Übrigen kein Grund, dem Gutachten wegen Verständigungsschwierigkeiten den Beweiswert abzusprechen.
Nach den Feststellungen der BEFAS spricht der Versicherte relativ gut Deutsch; zudem wurde er bei der psychiatrischen Untersuchung von der Ehefrau begleitet, welche am Gespräch teilgenommen hat. Zu einer Rückweisung der Sache zur Anordnung einer neuen psychiatrischen Abklärung besteht weder unter formellen noch materiellen Gesichtspunkten ein Anlass, zumal der Beschwerdeführer das Vorliegen psychischer Störungen wiederholt verneint hat. Es muss daher bei der Feststellung bleiben, dass der Versicherte im Rahmen einer geeigneten leichteren Tätigkeit zu 70 % arbeitsfähig ist.
Aufgrund der ihm obliegenden Schadenminderungspflicht (BGE 113 V 28 Erw. 4a) ist ihm die Aufnahme einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit zumutbar, da hievon eine bessere erwerbliche Verwertung der Arbeitsfähigkeit erwartet werden kann und der berufliche Wechsel unter Berücksichtigung der gesamten Umstände (Alter, Aktivitätsdauer, Ausbildung, Art der bisherigen Tätigkeit, persönliche Lebensumstände) als zumutbar erscheint (ZAK 1983 S. 256; nicht veröffentlichte Urteile A. vom 3. November 2000, I 407/00, B. vom 5. Mai 2000, I 224/99, und L. vom 13. Januar 1992, I 137/91). Dies hat um so mehr zu gelten, als der Beschwerdeführer noch kurz vor Eintritt des Gesundheitsschadens als Unselbstständigerwerbender tätig gewesen ist.

3.- Streitig sind des Weitern die für die Invaliditätsbemessung nach der Methode des Einkommensvergleichs gemäss Art. 28 Abs. 2 IVG massgebenden hypothetischen Einkommen.

a) Im Vorbescheid vom 25. Mai 1998 hat die IV-Stelle das Einkommen ohne Invalidität (Valideneinkommen) auf Fr. 32'000.- festgesetzt. Sie stützte sich dabei auf die Feststellungen im früheren Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 15. Dezember 1997, wonach aufgrund der erzielten Geschäftsergebnisse auf ein Valideneinkommen von nicht wesentlich mehr als Fr. 30'000.- zu schliessen sei. Aufgrund der im Vorbescheidverfahren erhobenen Einwendungen setzte sie das Valideneinkommen in der Verfügung vom 30. März 1999 antragsgemäss neu auf Fr. 45'000.- fest. Im angefochtenen Entscheid bezeichnet es das kantonale Gericht als fraglich, ob von einer entsprechenden hypothetischen Gewinnsteigerung ausgegangen werden könne, lässt die Frage im Hinblick darauf, dass ein Rentenanspruch auch unter Annahme eines Valideneinkommens von Fr. 45'000.- nicht ausgewiesen ist, jedoch offen. Der Versicherte macht demgegenüber geltend, das Valideneinkommen sei nicht nur auf dem seinerzeit als "Minimum" bezeichneten Betrag von Fr. 45'000.-, sondern auf Fr. 55'000.- festzusetzen, da er im Jahr 1998 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein Einkommen von Fr. 50'000.- bis 60'000.- erzielt hätte.
Aus den Akten geht hervor, dass der Beschwerdeführer bis Ende August 1992 als Alleininhaber eine Autospenglerei in Z._____ betrieben hat. Im Geschäftsjahr vom 1. Oktober 1991 bis 31. August 1992 (elf Monate) erzielte er Einnahmen von Fr. 47'028. 35 bei einem Betriebsaufwand von Fr. 20'056. 30. In der Steuererklärung 1993 gab er für die Jahre 1991 und 1992 ein Reineinkommen von je Fr. 23'672.- an. Ab 1. September 1992 führte er zusammen mit einem Partner eine Autospenglerei in X._____. Im ersten Geschäftsjahr (1. September 1992 bis 31. August 1993) wurde bei einem Umsatz von Fr. 129'094. 85 ein Reingewinn von Fr. 39'816. 55 erwirtschaftet. Vor Eintritt des Gesundheitsschadens im Sommer/Herbst 1993 hat der Versicherte demnach sowohl als Alleininhaber des Betriebes in Z._____ als auch als Mitinhaber des Unternehmens in X._____ einen Gewinn bzw. Gewinnanteil von nicht mehr mehr als Fr. 20'000.- bis Fr. 30'000.- erzielt. Zwar trifft es zu, dass der Umsatz im Geschäftsjahr 1993/94 auf Fr. 160'673. 65 und der Reingewinn auf Fr. 71'910. 15 gestiegen sind, um im darauf folgenden Jahr auf Fr. 112'826. 70 bzw. Fr. 63'884. 85 und im Geschäftsjahr 1995/96 auf Fr. 77'661. 95 bzw.
Fr. 16'127. 45 zu sinken. Die Steigerung des Reingewinns im Geschäftsjahr 1993/94 ist jedoch allein darauf zurückzuführen, dass darin Taggelder des Privatversicherers im Betrag von Fr. 29'970.- einbezogen wurden;

der Betriebsgewinn belief sich auf lediglich Fr. 41'930. 15, was wiederum einem Gewinnanteil des Beschwerdeführers von etwas mehr als Fr. 20'000.- entspricht. Auch wenn berücksichtigt wird, dass bei Eintritt des Gesundheitsschadens der neue Betrieb im ersten Geschäftsjahr stand und bei voller Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers mit einer Erhöhung von Umsatz und Gewinn hätte gerechnet werden können, trägt das von Verwaltung und Vorinstanz angenommene Valideneinkommen von Fr. 45'000.- den tatsächlichen Verhältnissen in weitem Masse Rechnung. Für die Annahme eines noch höheren hypothetischen Einkommens fehlen die Grundlagen.

b) Das Einkommen, welches der Versicherte trotz des Gesundheitsschadens zumutbarerweise noch zu erzielen vermag (Invalideneinkommen), ist von der Verwaltung aufgrund von Angaben der BEFAS über zumutbare Arbeitsplätze anhand der DAP-Arbeitsplatzdokumentation und unter Berücksichtigung einer Arbeitsfähigkeit von 70 % auf Fr. 30'000.- festgesetzt worden. Das kantonale Gericht hat von den angegebenen drei DAP-Arbeitsplätzen eine Tätigkeit als ungeeignet bezeichnet und ein Invalideneinkommen von Fr. 30'040.- ermittelt. Des Weitern hat es einen Tabellenlohnvergleich gemacht und ist zum Schluss gelangt, dass selbst bei Vornahme des höchstzulässigen Abzugs von 25 % vom massgebenden Tabellenlohn (umgerechnet auf die betriebsübliche Arbeitszeit von 41.9 Stunden und die Arbeitsfähigkeit von 70 %) ein Einkommen von Fr. 28'166.- resultiere, was im Vergleich zum Valideneinkommen von Fr. 45'000.- einen Invaliditätsgrad von lediglich 37,4 % ergebe. Der Beschwerdeführer bringt hiegegen nur vor, schon aus rein somatischer Sicht bestehe eine Arbeitsfähigkeit von höchstens 60 %, wozu noch eine allenfalls bestehende psychische Beeinträchtigung komme, was erforderlichenfalls durch ein ergänzendes psychiatrisches Gutachten näher festzustellen sei. Beide Einwendungen sind nach dem Gesagten unbegründet. Nach den zutreffenden Feststellungen der Vorinstanz, von welchen abzugehen kein Anlass besteht, ist der Rentenanspruch daher sowohl aufgrund der von der BEFAS angegebenen Verweisungstätigkeiten als auch aufgrund eines Tabellenlohnvergleiches zu verneinen.
Die Verfügung vom 30. März 1999, mit welcher das Rentenbegehren mangels einer Invalidität von mindestens 40 % abgelehnt wurde, besteht folglich zu Recht.

4.- Dem Begehren um Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung (Art. 135 OG in Verbindung mit Art. 152 Abs. 2 OG) kann nicht entsprochen werden. Nach den eingereichten Unterlagen hat der Versicherte (mit dem neu als Einzelfirma geführten Betrieb) im Jahr 2000 einen Reingewinn von Fr. 37'641. 45 erzielt. Dazu kommt ein Einkommen der Ehefrau von rund Fr. 22'000.- im Jahr, so dass sich die Gesamteinkünfte auf mehr als Fr. 59'000.- belaufen. Die Ausgaben für Mietzins und Nebenkosten, Krankenkassenprämien und Steuern werden mit Fr. 25'960.- angegeben. Selbst unter Berücksichtigung der nicht näher ausgewiesenen Berufsauslagen der Ehefrau von Fr. 5'840.- verbleibt damit ein Betrag von Fr. 27'200.- für die übrigen Auslagen. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, dass er damit den Grundbedarf nicht zu bestreiten und für die Kosten der Rechtsvertretung nicht aufzukommen vermag, woran auch die geltend gemachten privaten Schulden von Fr. 5'000.- und Steuerschulden von Fr. 6'000.- nichts ändern. Mangels Bedürftigkeit ist das Begehren um unentgeltliche Verbeiständung daher abzuweisen.
Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

II. Das Begehren um unentgeltliche Verbeiständung wird abgewiesen.
III. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

IV. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, der Ausgleichskasse des Kantons Zürich und dem Bundesamt für Sozialversicherung

zugestellt.
Luzern, 12. September 2001

Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der II. Kammer:

Der Gerichtsschreiber: