[AZA 7]
I 640/00 Gb

II. Kammer

Präsident Schön, Bundesrichterin Widmer und Bundesrichter
Ursprung; Gerichtsschreiberin Hofer

Urteil vom 16. April 2002

in Sachen
S._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. André Clerc, Bd de Pérolles 22, Postfach 47, 1705 Freiburg,

gegen
IV-Stelle des Kantons Freiburg, Impasse de la Colline 1, 1762 Givisiez, Beschwerdegegnerin,

und
Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg, Givisiez

A.- Der 1960 geborene S._____ war in den Jahren 1981, 1984 und 1985 jeweils als Saisonbeschäftigter im Baugewerbe tätig. Vom 27. Mai 1991 bis zur Kündigung durch die Arbeitgeberfirma auf den 22. Mai 1992 war er als Aushilfe in der Firma Z._____ AG angestellt. Seither geht er keiner Erwerbstätigkeit mehr nach. Am 17. Mai 1993 meldete er sich wegen Rückenbeschwerden infolge eines am 3. August 1991 erlittenen Verhebetraumas bei der Invalidenversicherung an. Die IV-Stelle des Kantons Freiburg holte nebst Auskünften der Arbeitgeberfirma vom 1. Juni 1993 den Bericht des Dr. med. E._____ vom 2. Juni 1993 ein, welchem weitere Arztberichte beilagen. Zudem beauftragte sie die Berufliche Abklärungsstelle (BEFAS) in Y._____ mit der Prüfung der beruflichen Eingliederungsmöglichkeiten, welche am 18. November 1994 Bericht erstattete. Mit Verfügung vom 13. Juli 1995 verneinte die IV-Stelle einen Leistungsanspruch, da die Erwerbsunfähigkeit ausschliesslich auf invaliditätsfremde Faktoren zurückzuführen sei. Das Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg hob diese Verfügung in Gutheissung der dagegen erhobenen Beschwerde mit Entscheid vom 15. Januar 1997 auf und wies die Sache an die Verwaltung zurück, damit diese abkläre, ob der
Versicherte in psychischer Hinsicht arbeitsunfähig sei.
Die IV-Stelle veranlasste daraufhin das Zentrum für medizinische Begutachtung (ZMB) in X._____ mit einer Expertise, welche die Ärzte am 26. Februar 1998 vorlegten.
Nach Durchführung des Vorbescheidverfahrens wies sie mit Verfügung vom 21. September 1998 den Leistungsanspruch erneut ab, da S._____ eine körperlich nicht stark belastende Hilfsarbeitertätigkeit zu 70 % ausüben könne, was einen Invaliditätsgrad von 22 % ergebe.

B.- Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg mit Entscheid vom 31. August 2000 ab.

C.- Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt S._____ beantragen, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben und die Sache an das kantonale Gericht zurückzuweisen, damit dieses Validen- und Invalideneinkommen - unter Berücksichtigung des Abzuges vom statistischen Tabellenlohn - korrekt festsetze und neu entscheide. Ferner ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.
Das Verwaltungsgericht hält in der Vernehmlassung an seinem Entscheid fest. Die IV-Stelle schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherung verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Das kantonale Gericht hat die Voraussetzungen für den Anspruch auf eine Invalidenrente (Art. 28 Abs.

1 und 1bis IVG) und die Bemessung des Invaliditätsgrades bei Erwerbstätigen anhand des Einkommensvergleichs (Art. 28 Abs. 2 IVG) zutreffend dargelegt. Darauf kann verwiesen werden.

2.- Streitig ist die Bemessung des Invaliditätsgrades und dabei die Festsetzung der für den Einkommensvergleich nach Art. 28 Abs. 2 IVG massgebenden hypothetischen Einkommen, während die Einschränkung der Arbeitsfähigkeit gemäss dem überzeugenden Gutachten des ZMB vom 26. Februar 1998 nicht zu beanstanden ist. Aufgrund der ärztlichen Stellungnahmen sind alle körperlich nicht schwer belastenden Hilfstätigkeiten, die nicht ausschliesslich in gebückter Haltung ausgeübt werden müssen und zudem die Möglichkeit bieten, die Körperhaltung zu wechseln und kein Tragen von schweren Lasten über längere Zeit erfordern, zu 70 % zumutbar. Die Arbeitsfähigkeit ist durch eine dissoziative Störung mit multiplen psychosomatischen Symptomen, welche auf einer histrionischen Persönlichkeitsstörung basiert, reduziert, wobei dem Beschwerdeführer eine Willensanstrengung zur Überwindung des psychischen Leidens zumutbar ist.
3.- a) Betreffend das hypothetische Einkommen ohne Gesundheitsschaden (Valideneinkommen) hat das kantonale Gericht auf den ungekürzten Lohn einer Verweisungstätigkeit (standardisierter Bruttolohn der Tabellengruppe A1 der vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Schweizerischen Lohnstrukturerhebung [LSE]1998 für einfache und repetitive Tätigkeiten) abgestellt, da der letzte effektiv erzielte Lohn wegen der widersprüchlichen Auskünfte der früheren Arbeitgeberfirma nicht unbesehen übernommen werden könne und zudem aufgrund der kurzfristigen und bloss aushilfsweisen Tätigkeit nicht sicher gesagt werden könne, dass diese Arbeit fortgesetzt worden wäre. Sodann kürzte es das auf Fr. 53'648.- ermittelte Valideneinkommen um einen nicht näher quantifizierten Prozentsatz, um dem Ausländerstatus des Versicherten Rechnung zu tragen. In der Vernehmlassung führte die Vorinstanz dazu ergänzend aus, wenn beim Invalideneinkommen eine Reduktion von insgesamt 15 % vorgenommen werde, dürfe nicht ausser Acht gelassen werden, dass darin auch Faktoren enthalten seien, welche seitengleich auch beim mittels Statistik ermittelten Valideneinkommen zu einer Kürzung führten. Der Invaliditätsgrad betrage daher nicht 40.5 %, sondern mit Bestimmtheit weniger
als 40 %.

b) Der Beschwerdeführer ist demgegenüber der Ansicht, dass den intellektuellen, sprachlichen und soziokulturellen Verhältnissen - welche Voraussetzungen beim Validen- wie beim Invalideneinkommen unverändert blieben - bereits bei der Festsetzung des massgebenden Grundlohnes Rechnung getragen worden sei. Werde bei erfolgten Abzügen vom Tabellenlohn für die angepasste Tätigkeit und die eingeschränkte Möglichkeit der Ausnutzung der Arbeitsleistung zusätzlich beim Valideneinkommen noch eine Reduktion getätigt, weil der Betroffene Ausländer sei, werde dieser Aspekt doppelt berücksichtigt. Mit der Vornahme eines nicht näher begründeten Abzuges lasse der vorinstanzliche Entscheid unberücksichtigt, dass bereits vor dem Schadensereignis ein über dem statistischen Mittel liegendes Einkommen erzielt worden sei. Eine unquantifizierte Einkommensminderung verletze zudem den Anspruch auf rechtliches Gehör.

4.- a) aa) Das Valideneinkommen ist in der Regel anhand des zuletzt effektiv verdienten Einkommens zu bestimmen (vgl. Ulrich Meyer-Blaser, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, Zürich 1997, S. 205). Wird bei der Bestimmung des Valideneinkommens auf Lohnangaben einer Arbeitgeberfirma abgestellt, welche die geringfügigen Qualifikationen eines Angestellten (z.B. geringe Schulbildung, fehlende berufliche Ausbildung, mangelnde Deutschkenntnisse, beschränkte Anstellungsmöglichkeit wegen des Saisonnierstatus) bei der Entlöhnungsfrage berücksichtigte, was sich in einem deutlich unter den branchenüblichen Ansätzen liegenden Gehalt niederschlug, dürfen diese invaliditätsfremden Faktoren auch bei der Festlegung des zumutbaren Invalideneinkommens nicht ausser Acht gelassen werden. Nur dadurch ist der Grundsatz gewahrt, dass die Invalidenversicherung für die auf invaliditätsfremde Gesichtspunkte zurückzuführenden Lohneinbussen nicht aufzukommen hat (BGE 107 V 21). Im Rahmen des Einkommensvergleichs nach Art. 28 Abs. 2 IVG sind daher die invaliditätsfremden Gesichtspunkte überhaupt nicht oder dann bei beiden Vergleichsgrössen gleichmässig zu berücksichtigen (ZAK 1989 S. 458 Erw. 3b; RKUV 1993 Nr. U 168 S. 104). Dabei kommt der
letztgenannten Möglichkeit insofern die grössere Bedeutung zu, als das Valideneinkommen in der Regel nach Massgabe des tatsächlich erzielten Einkommens und somit unter Berücksichtigung von invaliditätsfremden Faktoren ermittelt wird. In diesem Fall sind die invaliditätsfremden Faktoren bei der Festlegung des Invalideneinkommens zu berücksichtigen (Urteil B. vom 1. März 2002, I 443/01). Davon ist dann abzusehen, wenn beide Einkommen unter Ausserachtlassung des Bezuges auf ein tatsächlich erzieltes Einkommen und somit rein hy-

pothetisch ermittelt werden, in welchem Fall wahlweise invaliditätsfremde Faktoren eingeschlossen oder ausser Acht gelassen werden können (Kieser, in: Schaffhauser/Schlauri, Rechtsfragen der Invalidität in der Sozialversicherung, S. 76 f.).

bb) Im Fragebogen für den Arbeitgeber vom 1. Juni 1993 gab die Firma eine zu leistende Jahresstundenzahl von 2080 und einen Stundenlohn von Fr. 20.60 im Jahre 1992 an. Laut einer von der Vorinstanz eingeholten telefonischen Auskunft hätte sie dem Beschwerdeführer als nicht dem Kollektivarbeitsvertrag unterstellter Aushilfskraft im Jahre 1998 einen Stundenlohn von Fr. 19.90 zuzüglich Ferienentschädigung von 8.33 %, Feiertagsentschädigung von 3 % und Anteil des 13. Monatslohnes von 8.33 % entrichtet, was nach den Berechnungen des kantonalen Gerichts einem Jahreseinkommen von Fr. 45'415.- entspricht. Gemäss ab 1. Januar 1998 in Kraft getretenem Kollektivarbeitsvertrag würde das Einkommen im Jahr 1998 - unter Berücksichtigung der generellen Lohnerhöhung per 1. Januar 1998 von Fr. 22.- gemäss Art. 7.1 des Kollektivarbeitsvertrages - in der Kategorie 3 (mehr als zwei Jahre Berufserfahrung) Fr. 47'086.- ausmachen.
Dieser Lohn liegt einiges unter dem Durchschnittseinkommen gemäss Lohnstrukturerhebung 1998 von Fr. 4268.- monatlich (LSE 1998 Tabelle A1 Ziff. 01, Anforderungsniveau 4), d.h. bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 41.9 Stunden (BGE 126 V 81 Erw. 7a) Fr. 53'648. 76 jährlich.
Indessen gilt es zu berücksichtigen, dass es sich dabei um den minimalen Grundlohn handelt (vgl. Art. 7.1 des Kollektivarbeitsvertrages).
Aus den Lohnkonten ergibt sich demgegenüber ein wesentlich höheres Einkommen (1991: Juli Fr. 5534. 45, August Fr. 4964.-, September Fr. 3351. 54, Oktober Fr. 6740. 75, November Fr. 4506. 85, Dezember Fr. 5444.-; 1992: Januar Fr. 3860.-, Februar Fr. 4864. 25, März Fr. 7320. 80, April Fr. 2376. 80, Juni Fr. 6842.-), wozu noch die seitherige Lohnentwicklung zu rechnen wäre. Aufgrund der angeführten Stundenzahlen und Schichtzulagen könnte dies mit geleisteten Überstunden begründet werden.
Mit Blick darauf, dass der Beschwerdeführer seine Arbeit seit dem Verhebetrauma vom 3. August 1991 nicht mehr aufgenommen hat, sind diese Angaben allerdings nicht nachvollziehbar.
Hinzu kommt, dass gemäss den Einträgen im individuellen Konto für das Jahr 1991 ein Einkommen von insgesamt Fr. 17'963.- figuriert und der Versicherte ab Januar 1992 bei der Ausgleichskasse als Nichterwerbstätiger gemeldet ist. Der Vorinstanz ist daher beizupflichten, dass es angesichts der wenig zuverlässigen Lohnangaben und der nur kurzen Beschäftigungsdauer gerechtfertigt erscheint, beim Valideneinkommen auf statistische Lohnangaben im Bereich Hilfsarbeitertätigkeiten im privaten Sektor abzustellen.
Weil zu wenig Anhaltspunkte bezüglich der vom Versicherten ohne Gesundheitsschaden voraussichtlich ausgeübten Hilfsarbeitertätigkeit - namentlich über einen längeren Zeitraum gesehen - bestehen, ist das Valideneinkommen nach dem allgemeinen Wert für den monatlichen Bruttolohn im Privaten Sektor für männliche Arbeitnehmer, Anforderungsprofil 4, auf jährlich Fr. 53'648. 76 (LSE 1998, monatlich Fr. 4268.-) festzusetzen.

b) Die Vorinstanz hat das trotz Gesundheitsschädigung zumutbarerweise noch realisierbare Einkommen (Invalideneinkommen) ebenfalls anhand der Tabellenlöhne festgesetzt, wobei sie die Arbeitsunfähigkeit von 30 % sowie einen behinderungsbedingten Abzug von 15 % berücksichtigt hat.
Da der Beschwerdeführer keine Verweisungstätigkeit aufgenommen hat, ist es richtig, auf Tabellenlöhne abzustellen (BGE 126 V 76 Erw. 3b/bb). Da dem Versicherten diverse Hilfsarbeiterstellen offen stehen, ist auch hier vom Zentralwert (und nicht einer branchenspezifischen Zahl) auszugehen. Wird zusätzlich berücksichtigt, dass der Versicherte nur zu 70 % arbeitsfähig ist, reduziert sich das massgebende Invalideneinkommen auf Fr. 37'554. 13 (Fr. 53'648. 76 x 0.70).
c) Wird dem Versicherten somit als Invalideneinkommen ein Verdienst für leichte Hilfsarbeit ohne aufenthaltsrechtliche Restriktionen angerechnet, muss dieser invaliditätsfremde Faktor auch bei der Festlegung des Valideneinkommens ausser Acht gelassen werden (Urteil T. vom 13. Dezember 2000, I 436/99). Nur so wird dem Umstand Rechnung getragen, dass im Rahmen des Einkommensvergleichs die invaliditätsfremden Gesichtspunkte überhaupt nicht oder dann bei beiden Vergleichsgrössen gleichmässig zu berücksichtigen sind (vgl. Erw. 4a/aa oben).

d) aa) Bei einer Ermittlung des Invalideneinkommens auf der Grundlage von statistischen Durchschnittswerten ist der entsprechende Ausgangswert (Tabellenlohn) allenfalls zu kürzen. Damit soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass persönliche und berufliche Merkmale einer versicherten Person, wie Art und Ausmass

der Behinderung, Lebensalter, Dienstjahre, Ausbildung, Nationalität oder Aufenthaltskategorie und Beschäftigungsgrad Auswirkungen auf die Lohnhöhe haben können (BGE 124 V 323 Erw. 3b/aa). Der Abzug hat nicht automatisch, sondern dann zu erfolgen, wenn im Einzelfall Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die versicherte Person wegen eines oder mehrerer dieser Merkmale ihre gesundheitlich bedingte (Rest-)Arbeitsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nur mit unterdurchschnittlichem Erfolg verwerten kann. Bei der Bestimmung der Höhe des Abzuges vom Tabellenlohn ist nicht in der Weise vorzugehen, dass für jedes in Betracht fallende Merkmal separat eine Reduktion vorgenommen wird, weil damit Wechselwirkungen ausgeblendet würden. Vielmehr ist der Einfluss aller Merkmale auf das Invalideneinkommen unter Würdigung der Umstände des Einzelfalles nach pflichtgemässem Ermessen gesamthaft zu schätzen. Dabei ist der Abzug auf
insgesamt höchstens 25 % zu begrenzen (BGE 126 V 79 f.
Erw. 5b/aa-cc).
bb) Die Vorinstanz begründet den Abzug von insgesamt 15 % damit, dass es dem Versicherten zum einen zumutbar sei, die psychischen Probleme zu überwinden und eine Arbeit aufzunehmen, wobei seine Situation nicht mit der eines stark Körperbehinderten vergleichbar sei; zum andern stehe ihm der Arbeitsmarkt für einfache Tätigkeiten offen, in welchem Beschäftigungsgrad und Arbeitserfahrung nicht gross ins Gewicht fielen. Ebenfalls Rechnung getragen hat sie gemäss den Ausführungen in der Vernehmlassung invaliditätsfremden Faktoren wie Nationalität und Ausländerstatus, ohne sich indessen in den Erwägungen des angefochtenen Entscheids dazu eingehender zu äussern.
Aufgrund der Tatsache, dass der Beschwerdeführer gemäss ZMB-Gutachten vom 26. Februar 1998 eine psychische Problematik aufweist und nur noch körperlich leichte, wechselbelastende Arbeiten ohne Tragen schwerer Lasten ausüben kann, erscheint ein Abzug in der vom kantonalen Gericht vorgenommenen Höhe als angemessen. Im Rahmen der Quantifizierung des Abzuges vom Tabellenlohn kommt mit Bezug auf den Beschwerdeführer dem Faktor "leidensbedingte Einschränkung" das grösste Gewicht zu. Aber auch der Umstand, dass Saisonniers im Vergleich zum Durchschnitt weniger gut entlöhnt werden, kann berücksichtigt werden (vgl. LSE 1998 TA 12), während die Nationalität angesichts der Tatsache, dass die statistischen Löhne aufgrund der Einkommen der schweizerischen und der ausländischen Wohnbevölkerung erfasst werden, vernachlässigt werden kann (AHI 2002 S. 70). Weitere von der Rechtsprechung angeführte Merkmale (vgl. BGE 126 V 80 Erw. 5b/bb) spielen höchstens eine untergeordnete Rolle.

e) Bei einem Abzug von 15 % resultiert ein Invalideneinkommen von Fr. 31'921. 01 (Fr. 37'554. 13 x 0.85) und - im Vergleich mit dem Valideneinkommen von Fr. 53'648. 76 - demzufolge ein Invaliditätsgrad von 40.5 %.
Es wird Sache der IV-Stelle sein, die Voraussetzungen einer Härtefallrente zu prüfen (BGE 116 V 23).

5.- Im vorliegenden Verfahren geht es um die Bewilli- gung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen, weshalb von der Auferlegung von Gerichtskosten abzusehen ist (Art. 134 OG). Dem Prozessausgang entsprechend ist dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 135 in Verbindung mit Art. 159 OG). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, einschliesslich der unentgeltlichen Verbeiständung, erweist sich damit als gegenstandslos.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde werden
der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons
Freiburg vom 31. August 2000 und die Verfügung der
IV-Stelle des Kantons Freiburg vom 21. September 1998
aufgehoben, und es wird die Sache mit der Feststellung,
dass der Beschwerdeführer bei einem Invaliditätsgrad
von 40.5 % Anspruch auf eine Invalidenrente
hat, zur Prüfung des Härtefalles und zu neuer Verfügung
an die IV-Stelle zurückgewiesen.

II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

III. Die IV-Stelle des Kantons Freiburg hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von

Fr. 2500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

IV. Das Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg wird über eine Parteientschädigung für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses

zu befinden haben.

V. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht
des Kantons Freiburg, der Ausgleichskasse des
Kantons Freiburg und dem Bundesamt für Sozialversicherung
zugestellt.
Luzern, 16. April 2002

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

Die Gerichtsschreiberin: