

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT BV 2008/5 vom 3. Dezember 2009**

Sg Versicherungsgericht, 2009-12-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_BV\\_2008\\_5](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_BV_2008_5)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT BV 2008/5 du 3 décembre 2009

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT BV 2008/5 del 3 dicembre 2009

## **Regeste**

Art. 24 Abs. 2 BVV 2: Überversicherungsberechnung in der beruflichen Vorsorge. Frage der Anrechnung eines hypothetisch erzielbaren Erwerbseinkommens (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 3. Dezember 2009, BV 2008/5). Aufgehoben durch Urteil des Bundesgerichts 9C\_73/2010.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Am 1. Januar 2005 trat die 1. BVG-Revision, welche auch eine Änderung der Regelung der Überentschädigungsabschöpfung (insbesondere Art. 24 Abs. 2 BVV 2) mit sich brachte, in Kraft. - In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestands Geltung haben (BGE 127 V 467; vorliegend: Überversicherungsberechnung ab 1. Mai 2007). Grundlage des vorliegenden Klageverfahrens bildet nicht ein Rechtsmittelentscheid einer Vorinstanz. Hingegen steht fest, dass die Beklagte ihren Standpunkt mit Schreiben vom 31. Juli 2007 (act. G 1/6) bestätigte. Hierauf leitete die Klägerin am 13. Februar 2008 das Klageverfahren vor Versicherungsgericht ein, welches Leistungsansprüche ab 1. Mai 2007 betrifft. Mit Blick auf diese Gegebenheiten ist konkret das ab 1. Januar 2005 gültige Recht der obligatorischen beruflichen Vorsorge anzuwenden, soweit ihm neben den reglementarischen Regelungen der Beklagten eine eigenständige Bedeutung zukommt.

### **E. 2**

2.1 Die Vorsorgeeinrichtung kann die Hinterlassenen- und Invalidenleistungen kürzen, soweit sie zusammen mit anderen anrechenbaren Einkünften 90 Prozent des mutmasslich entgangenen Verdiensts übersteigen (Art. 24 Abs. 1 BVV 2). Als anrechenbare Einkünfte gelten Leistungen gleicher Art und Zweckbestimmung, die der anspruchsberechtigten Person aufgrund des schädigenden Ereignisses ausgerichtet werden, wie Renten oder Kapitaleleistungen mit ihrem Rentenumwandlungswert in- und ausländischer Sozialversicherungen und Vorsorgeeinrichtungen mit Ausnahme von Hilflosenentschädigungen, Abfindungen und ähnlichen Leistungen. Bezüglich von Invalidenleistungen wird überdies das weiterhin erzielte oder zumutbarerweise noch erzielbare Erwerbseinkommen angerechnet (Art. 24 Abs. 2 BVV2). Die Vorsorgeeinrichtung kann die Voraussetzungen und den Umfang einer Kürzung jederzeit überprüfen und ihre Leistungen anpassen, wenn die Verhältnisse sich wesentlich ändern (Art. 24 Abs. 5 BVV2). Gemäss Art. 20 Abs. 1 des ab 1. Januar 2005 gültigen Reglements der Beklagten werden Hinterlassenen- und Invalidenleistungen gekürzt, soweit sie zusammen mit anderen anrechenbaren Einkünften 90 Prozent des mutmasslich entgangenen

Verdiensts der versicherten Person übersteigen. Als anrechenbare Einkünfte gelten nach Art. 20 Abs. 2 des Reglements unter anderem das weiterhin erzielte oder das zumutbarerweise noch erzielbare Erwerbseinkommen (und/oder Ersatzleistungen) bei Bezug von Invalidenleistungen.

2.2 Nach der Rechtsprechung besteht der Zweck der in Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2 vorgeschriebenen Anrechenbarkeit des zumutbarerweise erzielbaren Erwerbseinkommens darin, teilinvalide Versicherte, welche die ihnen zumutbare Restarbeitsfähigkeit nicht verwerten, finanziell denjenigen gleichzustellen, die - in Erfüllung der Schadenminderungspflicht - das ihnen zumutbare Invalideneinkommen tatsächlich erzielen. So habe das BSV in seinen Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 75 vom 2. Juli 2004 in den Erläuterungen zur Änderung der BVV 2 zu Art. 24 Abs. 2 festgehalten, mit dem 2. Satz dieser Bestimmung werde durch die Ergänzung "zumutbarerweise noch erzielbare Einkommen" sichergestellt, dass Teilinvalide im Rahmen der Schadenminderung Erwerbseinkommen erzielen müssten, und dass das Ersatzeinkommen, beispielsweise die Taggelder der Arbeitslosenversicherung (ALV), bei Vermittelbarkeit ebenfalls angerechnet werden müsse (BGE 134 V 64 Erw. 4.1.1). Zu berücksichtigen sei weiter der funktionale Zusammenhang zwischen erster (Invalidenversicherung) und zweiter Säule (berufliche Vorsorge), wie er in den Art. 23, 24 Abs. 1 und Art. 26 Abs. 1 BVG positivrechtlich verankert sei. Er bestehe darin, dass sich der Leistungsanspruch auf eine Invalidenrente der obligatorischen beruflichen Vorsorge an den sachbezüglichen Voraussetzungen des IVG orientiere (Art. 23 lit. a BVG in der seit 1. Januar 2005 gültigen Fassung), die Höhe der berufsvorsorgerechtlichen Rente analog zu derjenigen nach IVG bestimmt werde (Art. 24 Abs. 1 BVG in der seit 1. Januar 2005 gültigen Fassung) und für den Beginn des Anspruches auf eine BVG-Invalidenrente gemäss Art. 26 Abs. 1 BVG sinngemäss die entsprechenden invalidenversicherungsrechtlichen Bestimmungen (Art. 29 IVG) gelten würden. Zweck dieser gesetzlichen Konzeption sei es, einerseits eine weitgehende materiellrechtliche Koordination zwischen erster und zweiter Säule zu erreichen. Andererseits sollen damit die Organe der beruflichen Vorsorge von eigenen aufwändigen Abklärungen bezüglich der Voraussetzungen des Umfangs und des Beginns des Invalidenrentenanspruchs in der zweiten Säule möglichst freigestellt werden (BGE 134 V 64 Erw. 4.1.2 mit Hinweis auf BGE 133 V 67 Erw. 4.3.2; BGE 132 V 1 Erw. 3.2 S. 4). Seien nach der gesetzlichen Konzeption der Invalidenleistungen aus der ersten und zweiten Säule die Festlegungen der IV-Stelle bezüglich Entstehung, Höhe und Beginn des Rentenanspruchs grundsätzlich für die Invalidenrente der obligatorischen beruflichen Vorsorge massgebend und verbindlich, müsse das im invalidenversicherungsrechtlichen Verfahren festgelegte Invalideneinkommen dem Grundsatz nach auch in der berufsvorsorgerechtlichen Überentschädigungsberechnung Berücksichtigung finden. Ausgangspunkt sei daher der Grundsatz der Kongruenz von Invalideneinkommen und zumutbarerweise noch erzielbarem Erwerbseinkommen im Sinn des Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2. Im gleichen Verhältnis stünden Valideneinkommen und mutmasslich entgangener Verdienst (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; seit 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] B 17/03 vom 2. September 2004, zusammengefasst in: SZS 2005 S. 321). Damit sei im Sinn einer Vermutung davon auszugehen, dass das von der IV-Stelle festgelegte Invalideneinkommen dem zumutbarerweise noch erzielbaren Erwerbseinkommen nach Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2 entspreche (BGE 134 V 64 Erw. 4.1.3).

2.3 Das invalidenversicherungsrechtlich festgelegte Invalideneinkommen wird auf der Grundlage eines ausgeglichenen Arbeitsmarkts (Art. 16 ATSG) ermittelt. Der ausgeglichene Arbeitsmarkt ist ein

theoretischer und abstrakter Begriff. Er berücksichtigt die konkrete Arbeitsmarktlage nicht, umfasst in wirtschaftlich schwierigen Zeiten auch tatsächlich nicht vorhandene Stellenangebote und sieht von den fehlenden oder verringerten Chancen Teilinvalider, eine zumutbare und geeignete Arbeitsstelle zu finden, ab (BGE 110 V 273 Erw. 4b). Das zumutbarerweise erzielbare Erwerbseinkommen im Sinn von Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2 basiert nach der Rechtsprechung demgegenüber auf dem Zumutbarkeitsgrundsatz, der die Berücksichtigung der gesamten objektiven und subjektiven Umstände, auch in arbeitsmarktlicher Hinsicht, verlangt (BGE 134 V 64 Erw. 4.2.1 mit Hinweis auf Ueli Kieser, Bemerkungen, in: AJP 2005 S. 228, Ziff. 5.4.1; Stefan Hofer, Überlegungen zum revidierten Art. 24 Abs. 2 BVV 2, in: HAVE 2005, 167ff). Bei der Würdigung der subjektiven Gegebenheiten und Möglichkeiten einer bestimmten versicherten Person ist ein objektiver Massstab anzulegen. Bezogen auf das zumutbarerweise erzielbare Erwerbseinkommen verlangt der Zumutbarkeitsgrundsatz, dass die Vorsorgeeinrichtung, welche eine Kürzung ihrer obligatorischen Invalidenleistungen beabsichtige, dem teilinvaliden Versicherten vorgängig das rechtliche Gehör hinsichtlich jener arbeitsmarktbezogenen und persönlichen Umstände gewähren muss, die ihm die Erzielung eines Resterwerbseinkommens in der Höhe des Invalideneinkommens erschweren oder verunmöglichen. Solche subjektiven Gegebenheiten, denen unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten Rechnung zu tragen sei, sind alle Umstände, welche - im Rahmen einer objektivierenden Prüfung - für die effektiven Chancen des betreffenden Versicherten, auf dem jeweiligen tatsächlichen Arbeitsmarkt eine geeignete und zumutbare Arbeitsstelle zu finden, von wesentlicher Bedeutung sind (BGE 134 V 64 Erw. 4.2.1). Verfahrensrechtlich steht dem Recht der versicherten Person, mit subjektiven Gegebenheiten und tatsächlichen Arbeitsmarktchancen, welche die Erzielung eines dem Invalideneinkommen quantitativ entsprechenden Resterwerbseinkommens erschweren oder verunmöglichen würden, gehört zu werden, eine diesbezügliche Mitwirkungspflicht gegenüber. Die versicherte Person hat die massgebenden persönlichen Umstände und tatsächlichen Arbeitsmarktchancen, welche der Erzielung eines mit dem Invalideneinkommen äquivalenten Resterwerbseinkommens entgegenstehen, im Überentschädigungsverfahren zu behaupten, zu substantiieren und hierfür soweit möglich Beweise anzubieten, namentlich durch den Nachweis erfolglos gebliebener Stellenbemühungen (BGE 134 V 64 Erw. 4.2.2).

### **E. 3**

3.1 Die Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens würde im Fall des Klägers bis zum monatlichen Betrag von Fr. 1'875.-- (Überentschädigungsgrenze von Fr. 5'342.-- abzüglich IV-Rente von Fr. 1'161.-- und Kinderzulagen von Fr. 146.-- sowie abzüglich ungekürzte BV-Rente von Fr. 2'160.--; vgl. act. G 1/4) zu keiner Kürzung der Rente der Beklagten führen. Zu prüfen ist somit die Frage, ob der Kläger ein höheres Einkommen als Fr. 1'875.-- pro Monat erzielen könnte bzw. ob ihm ein solches hypothetisches Einkommen angerechnet werden kann. Er war seit dem 1. August 2002 bei der Arbeitslosenversicherung angemeldet. Vom 17. Februar bis 31. Juli 2003 absolvierte er ein Einsatzprogramm des RAV (IV-act. 22, 25). Mit Wirkung ab 1. Mai 2004 erhielt er eine halbe IV-Rente wegen eines chronifizierten Schmerzsyndroms mit Verdacht auf somatoforme Überlagerung und eines depressiven Syndroms (IV-act. 19, 20). Für die Verfügung vom 22. April 2004 (halbe Rente gestützt auf einen IV-Grad von 57% seit 1. Mai 2004; IV-act. 45) ging die IV-Stelle davon aus, dass der Kläger in seiner bisherigen Tätigkeit als Hilfsmetzger vollumfänglich arbeitsunfähig sei. In einer der Behinderung

angepassten Tätigkeit bestehe eine Arbeitsfähigkeit von 50%. Auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt könnte er ein Jahreseinkommen von Fr. 26'000.-- verdienen (IV-act. 35). Der Kläger bezog bis zu seiner Aussteuerung im Juli 2004 Taggelder der Arbeitslosenversicherung (EL-act. 84). Am 11. Juni 2004 bescheinigte das RAV zuhanden der EL-Durchführungsstelle, dass der Kläger seine Arbeitsfähigkeit aufgrund der Arbeitsmarktsituation in der Wohnregion nicht verwerten könne. Die lediglich teilweise Vermittlungsfähigkeit (43%) bereite Schwierigkeiten. Im Weiteren bestünden schulische Mängel. Die Arbeitssuche sei intensiv, aber erfolglos. Seit August 2004 erhielt er daher EL, mehrheitlich unter Verzicht auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens (act. G 1/7; EL-act. 88, 87, 86, 82). Er musste dafür jeweils den Nachweis seiner persönlichen Arbeitsbemühungen erbringen (act. G 18.1; EL-act. 88, 61, 49). Für Juli 2005 wurde eine Herabsetzung des EL-Anspruchs verfügt, da aufgrund ungenügender Arbeitsbemühungen ein hypothetisches Erwerbseinkommen zu Anrechnung kam. Die EL-Durchführungsstelle forderte den Kläger mit Schreiben vom 8. Juli 2005 auf, sich gezielt und schriftlich, auch mit Hilfe des RAV, zu bewerben (act. G 1/8; EL-act. 58, 59). In der Folge bescheinigte die EL-Durchführungsstelle für die Zeit ab August 2005 ausreichende Arbeitsbemühungen (act. G 1/9; EL-act. 48, 43) und rechnete auch kein hypothetisches Erwerbseinkommen mehr an (act. G 1/10, 1/12, 1/13; EL-act. 46, 41, 32, 31, 27, 26). Für Januar 2008 stellte die EL-Behörde zwar in Aussicht, die EL erneut unter Berücksichtigung eines hypothetischen Einkommens festzulegen, weil der Kläger keine schriftlichen Arbeitsbemühungen eingereicht habe (EL-act. 19). Diese Anrechnung fand in der Folge jedoch nach Lage der Akten nicht statt (EL-act. 10).

3.2 Der behandelnde Psychiater Dr. med. C.\_\_\_\_, Wil, war im Bericht vom 30. Januar 2006 von einer Arbeitsfähigkeit von 25% in einer adaptierten Tätigkeit ausgegangen. Der Kläger leide an einer endogenen Depression. Die Verschlechterung des gesundheitlichen Zustands habe er (der Arzt) bereits beim ersten Gespräch am 9. Oktober 2003 feststellen können (IV-act. 65). Der Hausarzt Dr. med. B.\_\_\_\_, Arzt für Allgemeine Medizin FMH, hielt demgegenüber im Bericht vom 28. April 2006 fest, der Gesundheitszustand des Klägers habe sich seit 2003 kaum geändert. Es fehle an der Motivation und am Arbeitsmut (IV-act. 68). Dr. C.\_\_\_\_ bestätigte hierauf am 24. August 2006 eine mittel- bis schwergradige depressive Störung mit somatischen Symptomen, eine Karzinophobie sowie ein chronifiziertes Schmerzsyndrom. Seit 9. Oktober 2003 bestehe eine 25%ige Arbeitsfähigkeit. In einem geschützten Rahmen könne der Kläger eine Tätigkeit an zwei bis drei Halbtagen wöchentlich ausüben. Dabei dürfe er weder unter einem Zeit- noch unter einem Leistungsdruck stehen (IV-act. 73). Von Seiten des RAD wurde die Arbeitsfähigkeitsbestätigung von Dr. C.\_\_\_\_ lediglich als neue Einschätzung eines medizinisch gleich gebliebenen Sachverhalts taxiert (IV-act. 74), weshalb die IV-Stelle in der Mitteilung vom 3. November 2006 von einem unveränderten IV-Grad von 57% ausging (IV-act. 75).

#### **E. 4**

4.1 Nach der - vor BGE 134 V 64 publizierten - Meinung des Bundesamtes für Sozialversicherung war das zumutbarerweise noch erzielbaren Erwerbseinkommens unter Berücksichtigung der Umstände (Art und Ausmass der Behinderung) und des tatsächlichen Arbeitsmarktes (tatsächliche Situation auf der lokalen und regionalen Ebene, Anzahl der angebotenen Stellen im Verhältnis zu Stellensuchenden etc.) festzulegen. Das Bundesamt stellte sich auf den Standpunkt, es handle sich dabei nicht um das Einkommen, welches auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt erzielt werden könne, und es sei auch nicht zulässig, auf das Durchschnittseinkommen der betreffenden Branche oder auf das Einkommen,

welches die IV-Stellen sowie die Suva für die Vornahme des Einkommensvergleichs bei der Berechnung des IV-Grads annehmen würden, abzustellen. Dies bedeute, dass die Vorsorgeeinrichtung, welche eine Einkommensanrechnung machen wolle, zur Verhinderung von ungerechtfertigten Kürzungen jeden Fall einzeln beurteilen müsse (Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 82 Rz 478). Die Auffassung des Bundesamtes wurde durch BGE 134 V 64 insofern nicht bestätigt, als dort die Vermutung der Erzielbarkeit des von der IV festgelegten Invalideneinkommens aufgestellt wurde (vgl. auch Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 106 Rz 645). Allerdings sind auch nach der neuen bundesgerichtlichen Praxis persönliche Umstände und tatsächliche Arbeitsmarktchancen, welche der Erzielung eines mit dem Invalideneinkommen äquivalenten Resterwerbseinkommens entgegenstehen, zu berücksichtigen (vgl. vorstehende Erw. 2.3). Abzuklären ist, in welcher Form und unter welchen Voraussetzungen dies konkret zu geschehen hat. In der Lehre wird in diesem Zusammenhang ausgeführt, persönliche Verhältnisse auf Seiten der versicherten Person seien nur insoweit von Bedeutung, als sie deren wirtschaftliches Fortkommen nicht aus anderen, invaliditätsfremden Gründen (wie zum Beispiel fortgeschrittenes Alter, mangelnde Schulbildung oder Sprachkenntnisse, psychosoziale und familiäre Stressoren, Maladaptation, sekundärer Krankheitsgewinn etc.) zusätzlich beeinträchtigen würden. Derartige invaliditätsfremde Umstände, soweit sie persönlicher Natur seien und nicht (allein) mit der aktuellen Arbeitsmarktlage erklärt werden könnten, hätten bei der Ermittlung des kürzungsrelevanten erzielbaren Einkommens im BVG-Obligatoriums-bereich ausser Betracht zu bleiben. Die Einzelfallprüfung könne sich auf die Frage beschränken, ob der für die versicherte Person in Betracht fallende Arbeitsmarkt im fraglichen Zeitpunkt eine passende Stelle bereithalte oder nicht (Markus Moser/Hans-Ulrich Stauffer, *Leistungskoordination zum Zweiten*, Schweizer Personalvorsorge 2008 Nr. 4, 85ff; Moser/Stauffer, *Die Überentschädigungskürzung berufsvorsorgerechtl. Leistungen im Lichte der Rechtsprechung*, SZS 2008, 91ff, insb. 103ff).

4.2 Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, im Bereich der EL sowie im Bereich der beruflichen Vorsorge bestehe insofern eine Parallele, als bei der Anspruchsberechnung die Anrechnung eines zumutbarerweise noch erzielbaren Erwerbseinkommens erfolgen könne. Dies unabhängig davon, welcher Verfassungsauftrag der jeweiligen Sozialversicherung zugrunde liege. Es würden im EL-Bereich Umstände abgeklärt, die auch im Bereich der beruflichen Vorsorge für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens gelten würden. Einziger Unterschied zwischen EL und beruflicher Vorsorge sei, dass bei den EL die versicherte Person dafür beweispflichtig sei, dass sie ihre Resterwerbsfähigkeit nicht verwerten könne. Im Bereich der beruflichen Vorsorge obliege dieser Beweis der Vorsorgeeinrichtung (act. G 1 S. 8f). Demgegenüber lässt die Beklagte vorbringen, die Anrechnung eines Erwerbseinkommens im EL-Bereich folge eigenen Grundsätzen, die auf die berufliche Vorsorge nicht übertragbar seien. Der Kläger müsse darlegen, dass er keine Arbeit finde, die Gründe dafür gegenüber der Beklagten genügend substantiieren und die entsprechenden Beweise offerieren (act. G 8). Ausgehend von der von der Rechtsprechung aufgestellten Vermutung der Erzielbarkeit des von der IV festgelegten Invalideneinkommens ist in beweisrechtlicher Hinsicht vorweg festzuhalten, dass es grundsätzlich an der versicherten Person liegt, im Rahmen des rechtlichen Gehörs und ihrer Mitwirkungspflicht eine allfällige Nichterzielbarkeit darzutun und die Vermutung dadurch umzustossen. Das - erstmals im Urteil vom 6. Februar 2008 (BGE 134 V 64) ausdrücklich vorausgesetzte - rechtliche Gehör kann vorliegend insofern als gewahrt gelten, als der Kläger im Nachgang zu der mit

Schreiben der Beklagten vom 28. November 2006 angekündigten Neuberechnung auf 1. Mai 2007 (act. G 1/3) Gelegenheit hatte, seinen Standpunkt darzulegen. Der Kläger wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass ihm von den EL-Behörden kein hypothetisches Einkommen angerechnet werde. Nach Lage der dargelegten Akten war dies für den hier streitigen Zeitraum ab 1. Mai 2007 denn auch der Fall. Der Kläger erbrachte - offenbar auch für den Monat Januar 2008 - nach den Feststellungen der EL-Behörde zureichende Arbeitsbemühungen (vgl. vorstehende Erw. 3.1). Es kann somit entgegen der vorerst geäusserten Auffassung der Beklagten (act. G 8 S. 3) nicht in Abrede gestellt werden, dass sich der Kläger im streitigen Zeitraum ab Mai 2007 und auch zuvor - mit Ausnahme des Juli 2005 (EL-act. 58f) - um eine Arbeitsstelle im Rahmen seiner verbliebenen Erwerbsfähigkeit bemühte. Zu prüfen ist allerdings, inwiefern die Feststellungen betreffend Einkommensanrechnung im EL-Bereich für die vorliegend streitige Angelegenheit herangezogen werden können. Dabei stellt der von der Beklagten angeführte Umstand allein, dass sie nicht in das Überprüfungsverfahren der EL-Behörde einbezogen worden und daher nicht an den Entscheid dieser Behörde gebunden sei (act. G 8 S. 6), keinen Grund dar, die im EL-Verfahren gemachten Feststellungen und die dort produzierten Akten auch im hier streitigen Verfahren zu würdigen. Vielmehr erscheint es schon aus Gründen der Praktikabilität sinnvoll, die Abklärungsergebnisse der EL-Behörde für die Klärung der hier streitigen Frage beizuziehen. Gemäss Art. 3c Abs. 1 lit. g ELG gehören auch Einkünfte, auf die verzichtet worden ist, zu den anrechenbaren Einnahmen. Ein solcher Verzicht auf Einkünfte liegt unter anderem dann vor, wenn ein EL-Ansprecher aus von ihm zu verantwortenden Gründen von der Ausübung einer möglichen und zumutbaren Erwerbstätigkeit und damit von der Erzielung eines Erwerbseinkommens absieht. Bei einem Teilinvaliden ist grundsätzlich das Erwerbseinkommen anzurechnen, das er effektiv erzielt (Art. 14a Abs. 1 ELV). Bei Teilinvaliden, die das 60. Altersjahr noch nicht vollendet haben und die keiner Erwerbstätigkeit nachgehen, ist gemäss Art. 14a Abs. 2 ELV in Abhängigkeit vom Invaliditätsgrad ein bestimmter Mindestbetrag als hypothetisches Erwerbseinkommen anzurechnen (Art. 14a Abs. 2 lit. a ELV). Rechtsprechungsgemäss handelt es sich dabei um eine gesetzliche Vermutung dafür, dass es einem Teilinvaliden möglich und zumutbar wäre, im Rahmen seines von der Invalidenversicherung ermittelten restlichen Leistungsvermögens mindestens diesen Einkommensbetrag zu erzielen. Diese gesetzliche Vermutung kann durch den Beweis des Gegenteils umgestossen werden. Dabei sind nur jene Umstände von Belang, die bei der Invaliditätsbemessung zwar irrelevant waren, es dem Versicherten aber verunmöglichen, seine Resterwerbsfähigkeit effektiv zu verwerten. Dazu gehören sämtliche objektiven und subjektiven Besonderheiten wie Alter, Gesundheitszustand, Sprachkenntnisse, Ausbildung, bisherige Tätigkeit, konkrete Arbeitsmarktlage sowie eine allfällige Dauer der Abwesenheit vom Berufsleben (ZAK 1992, 174 Erw. 2c; BGE 117 V 287 Erw. 3a). Massgebend ist hierbei der konkrete Arbeitsmarkt in der Umgebung des Wohnortes des Beschwerdeführers (Urteil des EVG P 18/02 vom 9. Juli 2002 i/S Y., Erw. 3b; zur Bemessung des anrechenbaren Einkommens vgl. Entscheid des st. gallischen Versicherungsgerichts vom 11. Mai 2004 i/S P.S. [EL 2003/47] und das in der Folge ergangene Urteil des EVG vom 17. August 2005 [P 40/04]).

4.3 Auch wenn die Grundsätze aus dem EL-Bereich nicht umfassend und unbesehen für diejenigen der beruflichen Vorsorge übernommen werden können, ergibt sich doch für beide Bereiche übereinstimmend einerseits die Vermutung der Erzielbarkeit des Invalideneinkommens und andererseits die Feststellung, dass für die Ermittlung des zumutbarerweise noch erzielbaren Resterwerbs die konkreten Verhältnisse der versicherten

Person und der tatsächlich zur Verfügung stehende Arbeitsmarkt zu eruieren sind. Dabei kann entgegen der Auffassung der Beklagten (act. G 25 S. 7f) nicht entscheidend sein, dass im EL-Bereich beim zumutbarerweise noch erzielbaren Erwerbseinkommen grundsätzlich Pauschalbeträge angenommen werden, wohingegen in der beruflichen Vorsorge vom Invalideneinkommen der IV ausgegangen wird. Dies umso weniger, als auch im Bereich der EL das effektiv zumutbare und mögliche Erwerbseinkommen zu ermitteln ist. Gemäss dem klaren Wortlaut des Einleitungssatzes des Art. 14a Abs. 2 ELV sind die in den lit. a bis c vorgeschriebenen Einkommenszahlen nur Mindestbeträge. Verzichtet eine versicherte Person auf ein Einkommen, das höher wäre als der massgebende Mindestbetrag gemäss Art. 14a Abs. 2 lit. a bis c ELV, so ist dieses höhere Erwerbseinkommen in die EL-Anspruchsberechnung einzusetzen (vgl. VsGE vom 11. Mai 2004 [EL 2003/47], a.a.O., Erw. 1c). Die von den EL-Behörden ermittelten Umstände haben unter diesen Voraussetzungen für die Einkommensanrechnung in der beruflichen Vorsorge zumindest den Charakter von Indizien. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Anrechnung eines zumutbaren Resterwerbs keinen ausschliesslich EL-spezifischen Hintergrund hat, sondern auch im Leistungsrecht der Militärversicherung vorgesehen ist. So ist in Art. 32 Abs. 1 lit. c MVV festgehalten, dass Erwerbseinkünfte, die der teilweise erwerbsunfähige Bezüger einer Rente der Militärversicherung und der IV oder der Unfallversicherung zumutbarerweise noch erzielen könnte, voll anzurechnen sind. Dabei wird grundsätzlich ebenfalls vom Invalideneinkommen der IV ausgegangen (vgl. dazu F. Schlauri, Die Militärversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 2. A., Rz 237, sowie F. Schlauri, Beiträge zum Koordinationsrecht der Sozialversicherungen, 1995, S. 65f, und F. Schlauri, Der zumutbare Resterwerb in der Überentschädigungsberechnung der Sozialversicherungen, in: Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc, Lausanne 2001, S. 282). In Fällen, in denen es der versicherten Person nicht oder nur teilweise zuzumuten ist, die ihr nach der Rentenverfügung verbliebene Erwerbsfähigkeit zu realisieren, ist die Kürzung von vorneherein in dem Mass auszuschliessen, in welchem die Realisierung nicht möglich erscheint (vgl. Schlauri, Der zumutbare Resterwerb, S. 281 mit Hinweisen). Zum Hinweis der Beklagten, Ergänzungsleistungen hätten einen gewissen Sozialhilfecharakter (vgl. act. G 1/6), ist somit festzuhalten, dass den Leistungen aus dem Bereich der Militärversicherung, wo unter Berücksichtigung der konkreten arbeitsmarktlichen Verhältnisse hypothetische Einkommen ebenfalls zur Anrechnung kommen, ein solcher Charakter auf jeden Fall nicht zukommt. Sodann ist festzuhalten, dass an den vom Kläger zu erbringenden Beweis nicht Anforderungen gestellt werden dürfen, welche zum vornherein und unter allen in Betracht kommenden Konstellationen nicht erfüllt werden können. So kann von ihm insbesondere nicht verlangt werden, neben dem Beweis, dass er keine Arbeit findet, auch noch zu belegen, aus welchen Gründen im Einzelnen seine Arbeitssuche bislang nicht zum Erfolg führte.

4.4 Nach der Rechtsprechung im Bereich der Arbeitslosenversicherung werden Bewerbungen, welche lediglich telefonisch und "auf gut Glück" erfolgten, grundsätzlich als qualitativ ungenügend erachtet (vgl. Entscheide des st. gallischen Versicherungsgerichts vom 13. Juli 2004 i/S P.H. [AVI 2004/40] und i/S J.B. [2004/61]). Zudem setzt der Nachweis der Nichterzielbarkeit eines Erwerbseinkommens zweifelsfrei voraus, dass sich eine versicherte Person um Stellen bewirbt, welche ihren gesundheitlichen und persönlichen Verhältnissen angepasst sind. Die EL-Durchführungsstelle wies den Kläger mehrmals darauf hin, dass er sich gezielt und schriftlich auf Stelleninserate zu bewerben habe und die Bemühungen überprüfbar zu machen seien. Hieraus ergibt sich, dass die

Arbeitsbemühungen von dieser Stelle effektiv überprüft wurden. Die EL-Durchführungsstelle rechnete jedoch wie dargelegt im Zeitraum von 2005 bis Anfang 2008 lediglich einmal ein hypothetisches Erwerbseinkommen an (vorstehende Erw. 3.1; act. G 1/8, 1/11, 1/12, 1/13) und erachtete die Bemühungen des Klägers damit grundsätzlich als zureichend (vgl. auch Schreiben der Ausgleichskasse vom 11. August 2009, in welchem für die Zeit ab Juni 2009 die Arbeitsbemühungen verlangt werden und gemäss welchem für den vorangegangenen Zeitraum offenbar keine Einkommensanrechnung erfolgt war; act. G 45 Beilage 1). Zum Einwand der Beklagten, dass sich der Kläger in der Regel telefonisch bei potentiellen Arbeitgebern nach Stellen erkundigt und es sich zudem um Spontanbewerbungen gehandelt habe (act. G 25 S. 5, G 39 S. 1f), ist festzuhalten, dass die Arbeitsbemühungen für die Zeit von September 2004 bis November 2007 (act. G 18.1) gemäss den Angaben in den entsprechenden Formularen tatsächlich zum grössten Teil mündlich/telefonisch erfolgten, dass jedoch - wohl als Ergebnis der erwähnten Aufforderungen der EL-Durchführungsstelle - ab 2005 und insbesondere im Jahr 2007 auch einzelne schriftliche Bemühungen vermerkt sind. Die mündliche Form der Bemühungen vermag für sich allein deren Qualität noch nicht in Zweifel zu stellen, wenn daneben auch schriftliche Bemühungen ausgewiesen werden. Dies umso weniger, als für den Kläger ein relativ grosses Spektrum an nicht einschlägig qualifizierten Hilfsarbeiten in Betracht kommt, für welche von potentiellen Arbeitgebern in der Regel keine schriftlichen Bewerbungen verlangt werden. Entgegen der Auffassung der Beklagten lässt sich aus dem Umstand, dass der Kläger lediglich eine beschränkte Anzahl schriftlicher Absagen von Arbeitgebern zu den Akten reichte, offensichtlich nicht ableiten, dass er auch an höchstens neun potentielle Arbeitgeber seine Bewerbungsunterlagen geschickt habe (vgl. act. G 25 S. 6), zumal erfahrungsgemäss bei weitem nicht alle Bewerbungen eine Reaktion von Seiten der angeschriebenen Arbeitgeber zur Folge haben. Was die in Erw. 4.1 erwähnten allfälligen invaliditätsfremden Gründe für die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens betrifft, ist festzuhalten, dass die ausländische Staatsangehörigkeit und die fehlende (verwertbare) Berufsausbildung dem Beschwerdeführer grundsätzlich nicht schaden, weil die zumutbare Arbeit eine Hilfsarbeit ist, für welche eine eigentliche Ausbildung nicht erforderlich ist. Hilfsarbeiten stellen zudem regelmässig nur geringe Anforderungen an die Kommunikationsmöglichkeit in deutscher Sprache. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Nichterzielung eines Erwerbseinkommens im Wesentlichen darin begründet ist, dass der konkrete Arbeitsmarkt jedenfalls im Prüfungszeitraum ab 1. Mai 2007 keine passende Teilzeitstelle bereithielt. Deshalb ist die Vermutung für die Verwertbarkeit der Resterwerbsfähigkeit als widerlegt zu erachten. 4.5 Die Beklagte lässt im Weiteren vorbringen, es liege ein starkes Indiz dafür vor, dass der Kläger seine Restarbeitsfähigkeit (zumindest) teilweise (effektiv) verwerte. Es seien Angaben und Unterlagen zu den vom Kläger in den vergangenen fünf Jahren eingelösten und abgemeldeten Fahrzeugen einzuholen. Der Kläger sei aufzufordern, über seine diesbezüglichen Einkünfte belegmässig Auskunft zu geben (act. G 39 S. 2). Im E-Mail vom 17. Januar 2005 (EL-act. 16-1/12) hatte die Kantonspolizei darauf hingewiesen, dass der Kläger innerhalb eines kürzeren Zeitraumes mehrere Autos eingelöst und abgemeldet habe. Aus den Steuerakten des Klägers ist jeweils ein Fahrzeugwert ersichtlich (EL-act. 13-3/17, 16-12/12). Er lässt dazu ausführen, dass er gerne an älteren Wagen herumwerkle. Er bastle, putze und verkaufe sie an Kollegen zum Selbstkostenpreis. Einen finanziellen Gewinn ziehe er daraus nicht. Er habe etwas zu tun, könne sich ablenken, fühle sich nicht ganz unnütz (act. G 45 S. 3). Anhaltspunkte, aufgrund welcher diese Darlegungen in Zweifel zu

ziehen wären, liegen nicht vor. Wie dargelegt hätte die Erzielung eines Einkommens bis zur monatlichen Höhe von Fr. 1'875.-- keine Rentenkürzung zur Folge (vgl. Erw. 3.1). Mangels entsprechender Hinweise darf davon ausgegangen werden, dass der Kläger mit der erwähnten Tätigkeit kein Einkommen in der erwähnten Höhe erzielt. Weitere diesbezügliche Abklärungen erscheinen bei diesem Sachverhalt nicht angezeigt. 4.6 Vorliegend konnte lediglich der Zeitraum von Mai 2007 bis Januar 2008 Gegenstand der Prüfung bilden, da für die Folgezeit keine Akten (insbesondere Arbeitsbemühungs-Nachweise) vorlagen. Mit der Beklagten ist festzuhalten, dass der Kläger von seiner künftigen Mitwirkungs- und Schadenminderungspflicht nicht entbunden ist, auch wenn ihm für den geprüften Zeitraum der Nachweis gelingt, dass er kein dem Invalideneinkommen entsprechendes Resterwerbseinkommen erzielen kann. Der von der Beklagten geltend gemachte Umstand, dass für das Jahr 2008 keine Unterlagen (Arbeitsbemühungen) vorliegen (act. G 25 S. 5), vermag nichts daran zu ändern, dass der Nachweis der Nichterzielbarkeit eines Erwerbseinkommens für die Zeit ab Mai 2007 vorderhand als erbracht zu gelten hat. Der Nachweis der Nichterzielbarkeit eines Erwerbseinkommens steht allerdings - wie die Überentschädigungsberechnung als solche (vgl. Art. 24 Abs. 5 BVV 2) - immer unter dem Vorbehalt einer Neuprüfung für den Fall einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse. Der Beklagten ist es unbenommen, bei Vorliegen der Voraussetzungen nach Art. 24 Abs. 5 BVV 2 eine Neuprüfung zu veranlassen und den Kläger zu entsprechender Mitwirkung bzw. Einreichung von Unterlagen (vgl. dazu act. G 39 S. 2 unten) aufzufordern.

## **E. 5**

5.1 Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Klage gutzuheissen und die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger unter Anrechnung bereits erbrachter Leistungen rückwirkend ab 1. Mai 2007 eine ohne Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens festgelegte Rente zu erbringen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 73 Abs. 2 BVG). Der Kläger hat Anspruch auf Parteientschädigung. Es rechtfertigt sich, diese auf pauschal Fr. 4'000.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzulegen. 5.2 Im Bereich der beruflichen Vorsorge anerkennt die Rechtsprechung die Pflicht zur Entrichtung von Verzugszinsen bei einer verspäteten Überweisung von Freizügigkeitsleistungen sowie bei verspäteter Auszahlung eines Alterskapitals oder bei Invalidenrenten (Hans-Ulrich Stauffer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zur beruflichen Vorsorge, 1996, S. 27). Enthalten die Statuten keine Bestimmung über die Höhe des Verzugszinses, beträgt dieser 5% (Art. 104 Abs. 1 OR). Der Beginn der Zinspflicht richtet sich nach Art. 105 Abs. 1 OR (BGE 119 V 133 Erw. 4 = Pra 83 (1994) Nr. 67), wonach ein Schuldner, der mit der Entrichtung von Renten im Verzug ist, erst vom Tag der Anhebung der Betreibung oder der gerichtlichen Klage an Verzugszinsen zu bezahlen hat. Im vorliegenden Fall hat der Kläger am 13. Februar 2008 Klage beim Versicherungsgericht erhoben; somit schuldet ihm die Beklagte ab diesem Zeitpunkt Verzugszins zu 5% auf den ausstehenden Leistungen. Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG entschieden:

1. In Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger unter Anrechnung bereits erbrachter Leistungen rückwirkend ab 1. Mai 2007 eine ohne Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens festgelegte Rente zuzüglich Zins zu 5% seit 13. Februar 2008 auf den ausstehenden Leistungen zu erbringen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beklagte hat den Kläger mit Fr. 4'000.-- zu entschädigen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.