

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT EL 2008/28 vom 28. Oktober 2008**

Sg Versicherungsgericht, 2008-10-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_EL\\_2008\\_28](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_EL_2008_28)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT EL 2008/28 du 28 octobre 2008

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT EL 2008/28 del 28 ottobre 2008

## **Regeste**

Art. 47 Abs. 1 VRP/SG. Nichteintreten wegen verspäteter Rekurerhebung in Bezug auf den Erlass der kantonalrechtlichen ausserordentlichen EL. Art. 25 Abs. 1 ATSG; Art. 25 Abs. 1 lit. c i.V.m. Abs. 2 lit. c ELV. Koordinationsrechtlich notwendige Fiktion der Rentenzahlung ab Anspruchsbeginn bei einer rückwirkend nachbezahlten Rente. Der Erlass der Rückforderung ist auch dann ausgeschlossen, wenn eine Verrechnung der zurückzufordernden EL mit der nachbezahlten Rente versehentlich unterblieben ist. Art. 11 Abs. 1 lit. a i.V.m. lit. g ELG (in der seit 1. Januar 2008 geltenden Fassung). Nimmt der Ehegatte der versicherten Person, für den ein (hypothetisches) Erwerbseinkommen anzurechnen ist, eine selbstständige Erwerbstätigkeit auf, so kann ihm nicht weiterhin das Einkommen angerechnet werden, das er in unselbstständiger Stellung verdienen könnte. Vielmehr ist für den konkreten Einzelfall zu prüfen, ob dem Ehegatten die Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit zugunsten einer unselbstständigen Anstellung zumutbar ist. Dies wurde vorliegend verneint für einen Ehegatten, der sich als Coiffeur selbstständig machte und dabei ein Einkommen erzielte, das (zumindest in den ersten Monaten) unter dem ihm in unselbstständiger Tätigkeit anzurechnenden Einkommen lag. Die Zumutbarkeitsprüfung stellt sich für die Zukunft erneut, wenn sich zeigt, dass der Ehegatte als Selbstständigerwerbender längerfristig kein ausreichendes Einkommen zu erzielen vermag. (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 28. Oktober 2008, EL 2008/28)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Die Beschwerdegegnerin hat mit Einspracheentscheid vom 31. Juli 2008 an der Verweigerung des Erlasses der Rückforderung ordentlicher (Fr. 5'500.-) und ausserordentlicher EL (Fr. 1'991.-) festgehalten (act. G 1.1). Als Rechtsmittel hat sie unrichtigerweise nur die Beschwerde ans Versicherungsgericht innert 30 Tagen angegeben, obwohl betreffend Erlass der kantonalrechtlichen ausserordentlichen EL als Rechtsmittel einzig der Rekurs innert 14 Tagen zulässig ist (Art. 42 Abs. 1 lit. a bis i.V.m. Art. 47 Abs. 1 des st. gallischen Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRP; sGS 951.1]). Im Gerichtsentscheid EL 2007/30 vom 4. Oktober 2007 betreffend Rückforderung wurde die Problematik der falschen Rechtsmittelbelehrung betreffend ausserordentliche EL gegenüber der Beschwerdeführerin und ihrem Rechtsvertreter ausführlich dargelegt (Erw. 5). In jenem Verfahren wurde der eigentlich verspätete Rekurs aus Vertrauensschutz-Überlegungen gerettet. Auch im vorliegenden Verfahren hat der Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin den Rekurs verspätet eingereicht, obwohl er spätestens mit dem Entscheid vom 4. Oktober 2007 über die Rechtslage ausdrücklich ins Bild gesetzt worden war. Damit durfte er sich

nicht auf die abermals falsche Rechtsmittelbelehrung des Einspracheentscheids vom 31. Juli 2008 verlassen. Der Rekurs gegen die Abweisung des Erlassgesuchs betreffend ausserordentliche EL erging erst nach Ablauf der 14-tägigen Frist gemäss Art. 47 Abs. 1 des st. gallischen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRP; sGS 951.1). Mangels schutzwürdigem Vertrauen kann das Gericht im vorliegenden Verfahren die verspätete Rekurerhebung nicht nochmals retten (vgl. auch den Entscheid EL 2008/6 des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 28. März 2008, bestätigt durch das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen mit Entscheid B 2008/83 vom 19. August 2008, Erw. 2.4). Auf den Rekurs betreffend den Erlass von ausserordentlichen EL in der Höhe von 1'991.- ist daher wegen verspäteter Erhebung nicht einzutreten. Freilich ist dringend zu wünschen, dass die Beschwerdegegnerin ihre anhaltend falschen Rechtsmittelbelehrungen in Bezug auf ausserordentliche EL endlich korrigiert. 1.2 Die Beschwerde betreffend den Erlass der bundesrechtlichen ordentlichen EL wurde demgegenüber rechtzeitig erhoben und ist vorliegend materiell zu behandeln.

## **E. 2**

2.1 Unrechtmässig bezogene Leistungen sind zurückzuerstatten. Wer die unrechtmässigen Leistungen aber in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt (Art. 25 Abs. 1 ATSG; Art. 4 f. der Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSV; SR 830.11]). Die Rückerstattung kann nur erlassen werden, wenn die beiden Voraussetzungen des gutgläubigen Empfangs und der grossen Härte der Rückerstattung kumulativ erfüllt sind (vgl. etwa Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Zürich 2003, Rz. 19 zu Art. 25 ATSG). Ein gutgläubiger Bezug einer Sozialversicherungsleistung liegt vor, wenn das Bewusstsein über den unrechtmässigen Leistungsbezug fehlt, sofern dieses Fehlen in einer objektiven Betrachtungsweise unter den konkret gegebenen Umständen entschuldbar ist. Der gute Glaube, dessen Vorhandensein zu vermuten ist, besteht deshalb insbesondere dann, wenn sich die empfangende Person keiner groben Nachlässigkeit schuldig gemacht hat (Kieser, a.a.O., Rz. 23 zu Art. 25 ATSG). 2.2 Die Beschwerdeführerin, die bereits früher EL bezogen hatte, musste sich darüber im Klaren sein, dass für die EL-Bemessung sämtliche Vermögenspositionen anzugeben sind. Mit der Wiederanmeldung vom Januar 2006 reichte sie denn auch Belege der Bankkonten etc. ein. Dem Berechnungsblatt zur EL-zusprechenden Verfügung vom 3. März 2006 war zu entnehmen, dass das gesamte Vermögen in die Berechnung Eingang fand, wobei ein Freibetrag von Fr. 40'000.- in Abzug gebracht wurde. In der Verfügung wurde unter anderem darauf hingewiesen, dass eine Erhöhung des Vermögens (z.B. Renten, Pensionen) der Meldepflicht unterliege (EL-act. 27). Im April 2006 erhielt der Ehemann eine Nachzahlung der UV über Fr. 71'505.35 für Leistungen für die Jahre 2003 bis 2005 (EL-act. 34-3). Dies wäre der Beschwerdegegnerin unverzüglich zu melden gewesen, sodass ab 1. Mai 2006 ein um die Nachzahlung erhöhtes Vermögen in die Berechnung Eingang gefunden hätte. In Bezug auf die infolge der Meldepflichtverletzung mit zu tiefem Betrag angerechnete Position des Vermögens und die daraus resultierende zu hohe EL ab Mai 2006 war die Beschwerdeführerin nicht gutgläubig.

## **E. 3**

3.1 Die UV hat dem Ehemann der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 28. Oktober 2006 einen Anspruch auf eine Rente von monatlich Fr. 857.- ab 1. Januar 2006 sowie eine Integritätsentschädigung von Fr. 5'340.- eingeräumt (EL-act. 34-5) und den Betrag von Fr. 14'767.- nachbezahlt (dies wohl im November 2006; EL-act. 34-4). Bei dieser

Nachzahlung handelte es sich um eine Sachverhaltsveränderung während des laufenden EL-Bezugs, die gemäss Art. 17 Abs. 2 ATSG eigentlich eine Leistungsanpassung ex nunc hätte zur Folge haben müssen. Es handelte sich nämlich um eine Erhöhung des gemäss Art. 3c Abs. 1 lit. c des bis Ende 2007 gültigen ELG anrechenbaren Vermögens im Betrag der Summe der nachzuzahlenden Leistungen. Die Anpassung an diese Erhöhung des anrechenbaren Vermögens hätte gemäss Art. 25 Abs. 1 lit. c und Art. 25 Abs. 2 lit. c ELV auf den Beginn des auf die Anpassung folgenden Monats, also per 1. November 2006, vorgenommen werden müssen. Die EL-Durchführungsstelle hat nun aber die laufenden EL nicht per 1. November 2006 dieser Erhöhung des anrechenbaren Vermögens angepasst, sondern hat fingiert, dass die UV-Leistungen nicht im November 2006 nachbezahlt, sondern in monatlichen Raten von Fr. 857.- ab EL-Bezugsbeginn am 1. Januar 2006 ausbezahlt worden seien. Dementsprechend hat sie die ursprüngliche leistungszusprechende Verfügung vom 3. März 2006 aufgehoben und durch eine Verfügung ersetzt, mit der sie die UV-Rente bereits ab Januar 2006 als laufende Einnahme gemäss Art. 3c Abs. 1 lit. d aELG berücksichtigt hat. Da die ursprüngliche Verfügung vom 3. März 2006 angesichts der damaligen effektiven wirtschaftlichen Situation der Beschwerdeführerin korrekt war, kam eine Wiedererwägung dieser Verfügung nicht in Frage. Die Fiktion der periodischen Rentenauszahlung bereits ab 1. Januar 2006 muss als neue Tatsache gewertet werden, so dass es sich um eine prozessuale Revision (Art. 53 Abs. 1 ATSG) der Verfügung vom 3. März 2006 gehandelt haben muss (vgl. den rechtskräftigen Entscheid EL 2005/45 des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 1. Juni 2006, Erw. 4).

3.2 Die Fiktion der monatlichen Auszahlung der UV-Rente bereits ab Januar 2006 lässt sich EL-rechtlich nicht begründen. Dass es sich nicht um eine EL-spezifische Problematik handelt, zeigt sich darin, dass auch in anderen Sozialversicherungszweigen mit einer solchen Fiktion operiert wird, beispielsweise wenn Taggelder der Arbeitslosenversicherung zurückgefordert werden, weil dem Bezüger dieser Taggelder rückwirkend eine Invalidenrente zugesprochen worden ist. Diese nachträgliche Zusprache einer Invalidenrente belegt, dass die versicherte Person entgegen der ursprünglichen Annahme nicht arbeitslos, sondern invalid gewesen ist, so dass nicht der Sozialversicherungszweig Arbeitslosenversicherung, sondern der Sozialversicherungszweig Invalidenversicherung von Anfang an leistungspflichtig gewesen ist. Es liegt also ein Problem der Koordination der Leistungen zweier Sozialversicherungszweige vor. Richtet ein Sozialversicherungszweig Leistungen aus und stellt sich später heraus, dass er gar nicht (oder nicht im angenommenen Umfang) leistungspflichtig ist, weil ein anderer Sozialversicherungszweig prioritär Leistungen zu erbringen hat, so stellt sich das Problem der Rückabwicklung der bereits erfolgten Leistungsausrichtung. Dies erklärt, weshalb die Leistungsnachzahlung des effektiv leistungspflichtigen Sozialversicherungszweigs immer rückwirkend die vom nicht leistungspflichtigen Sozialversicherungszweig ausgerichteten Leistungen ersetzen muss. Es handelt sich also um das koordinationsrechtliche Problem der Vermeidung von Überentschädigungen.

3.3 Dies lässt sich anhand des wohl häufigsten Anwendungsfalls im EL-Bereich belegen: Bezieht eine versicherte Person eine halbe Invalidenrente und EL, so ist damit ihr Existenzbedarf gedeckt. Stellt sie nun ein Rentenrevisionsgesuch und verlangt darin die Ausrichtung einer ganzen Invalidenrente, so kann die EL nicht sofort – also noch vor Abschluss des Rentenrevisionsverfahrens – reduziert werden. Die EL muss nach wie vor so hoch sein, dass sie zusammen mit der weiterhin ausbezahlten halben Invalidenrente den Existenzbedarf der versicherten Person deckt, auch wenn die Gefahr besteht, dass sich dieser Betrag im Nachhinein als Folge der rückwirkenden Zusprache

einer ganzen Invalidenrente als überhöht erweist. Wird dann effektiv rückwirkend ab der Einreichung des Rentenrevisionsgesuchs eine ganze Invalidenrente nachbezahlt, so kann nur durch eine Fiktion der Ausrichtung der ganzen Invalidenrente bereits ab Einreichung des Rentenrevisionsgesuchs und durch die damit bewirkte EL-Rückforderung erreicht werden, dass eine Überentschädigung durch im Ergebnis nicht gerechtfertigte EL vermieden wird. Im Normalfall wird die Invalidenrentennachzahlung mit der EL-Rückforderung verrechnet, d.h. koordinationsrechtlich betrachtet wird der Erbringer der bereits ausgerichteten Leistungen ausgewechselt (Invalidenrente statt EL). Die finanzielle Lage der versicherten Person wird dadurch nicht tangiert. Die Rückforderung der in der Vergangenheit zu Recht, nachträglich aber fiktiv zu Unrecht ausgerichteten EL ist also ausschliesslich koordinationsrechtlich begründet. Sie dient nur dem koordinationsrechtlichen Zweck der Vermeidung einer Überentschädigung. Es geht nicht darum, einen im Sinn von Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG unrechtmässigen Leistungsbezug rückgängig zu machen, d.h. eine (nicht unbedingt koordinationsrechtlich bedingte) Überentschädigung abzuschöpfen, sondern den Eintritt einer ungerechtfertigten Überentschädigung zu vermeiden (Entscheid EL 2005/45, Erw. 4).

3.4 Die koordinationsrechtlich notwendige Fiktion der Ausrichtung der effektiv nachbezahlten (prioritären) Leistung bereits in der Vergangenheit führt dazu, dass die zurückzufordernde (sekundäre) Leistung als unrechtmässig bezogen zu betrachten ist, obwohl sie damals effektiv rechtmässig war, weil ein unbedingter Anspruch auf ihre Ausrichtung bestand. Die Ursache der Qualifikation als unrechtmässig ist also ausschliesslich die koordinationsrechtlich begründete Notwendigkeit der Schaffung einer Rückforderung zum Zweck der Verhinderung einer Überentschädigung mittels Verrechnung mit der Leistungsnachzahlung. Da es sich um einen, wenn auch fiktiven, unrechtmässigen Leistungsbezug gehandelt hat, kann eine koordinationsrechtlich begründete Rückforderung unter Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG subsumiert werden. Diese Gesetzesbestimmung umfasst demnach auch Rückforderungen, die nur der Ermöglichung einer Verrechnung mit der Leistungsnachzahlung und damit im Ergebnis der Auswechslung des leistungspflichtigen Sozialversicherungsträgers dienen. In Bezug auf diese Kategorie von Rückforderungen bildet Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG also Teil des Koordinationsrechts. Die Bestimmung ist in diesem Zusammenhang eine Ausführungsbestimmung zu der in Art. 69 ATSG verankerten Pflicht zur Vermeidung von Überentschädigungen.

3.5 Im vorliegenden Fall steht eine derartige koordinationsrechtlich begründete Rückforderung zur Diskussion. Die Leistungspflicht der UV ist gegenüber den EL prioritär. Die koordinationsrechtlich begründete Rückforderung dient nicht wie die "normale" Rückforderung der Rückgängigmachung eines unrechtmässigen Leistungsbezugs, sondern der Verhinderung des Eintritts einer Überentschädigung. Dies wirft notwendigerweise die Frage auf, ob bei einer koordinationsrechtlich begründeten Rückforderung überhaupt ein Bedarf nach der Rechtswohlthat des Erlasses bestehen kann. Im Gegensatz zur Rückforderung zu Unrecht ausgerichteter Leistungen würde nämlich mit der Gewährung des Erlasses einer koordinationsrechtlich begründeten Rückforderung nicht ein bestehender Zustand belassen, sondern es würde – entgegen der Zwecksetzung der koordinationsrechtlich begründeten Rückforderung – die Entstehung einer Überentschädigung ermöglicht, indem im Ergebnis die Verrechnung von Nachzahlung und Rückforderung ausgeschlossen würde. Der hinter der Rechtswohlthat des Erlasses der Rückforderung unrechtmässig bezogener Leistungen stehende Vertrauensgrundsatz kann für einen Erlass der koordinationsrechtlich begründeten Rückforderung nicht ins Feld geführt werden, denn es fehlt zum Vornherein an einem das

Vertrauen in die Leistungsausrichtung enttäuschenden Verhalten, weil nur der Sozialversicherungsträger für die bereits ausgerichteten Leistungen ausgewechselt wird. Ein schützenswertes Interesse der versicherten Person am Eintritt einer Überentschädigung als Folge eines Erlasses der koordinationsrechtlich begründeten Rückforderung und damit der Verunmöglichung der Verrechnung von Rückforderung und Nachzahlung ist nicht erkennbar, denn die Überentschädigung ist objektiv betrachtet nichts anderes als ein Missbrauch von Sozialversicherungsleistungen. Deshalb kann es die Rechtswohlthat des Erlasses der rein koordinationsrechtlich begründeten Rückforderung, die ihrer Natur nach eigentlich ein "Anspruch auf eine Überentschädigung" wäre, nicht geben. Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG weist diesbezüglich eine ausfüllungsbedürftige Lücke auf. Diese Lücke ist richterrechtlich durch die Anordnung zu füllen, dass die Rechtswohlthat des Erlasses auf die koordinationsrechtlich begründete Rückforderung nicht zur Anwendung gelange (Entscheid EL 2005/45, Erw. 4).

### **E. 3.6**

3.6.1 Zu beantworten bleibt die Frage, ob die koordinationsrechtliche Begründung einer Rückforderung die Rechtswohlthat des Erlasses generell ausschliesst oder ob wenigstens in jenen Fällen ein Erlass zu prüfen ist, in denen die Verrechnung der Rückforderung mit der Nachzahlung der prioritären Leistung versehentlich unterblieben ist, sodass als Folge der effektiven Ausrichtung der Leistungsnachzahlung eine Überentschädigung der versicherten Person eingetreten ist. In einem solchen Fall kann das Fehlen der Erlassmöglichkeit nicht damit begründet werden, dass durch den Erlass erst eine Überentschädigung bewirkt würde, denn die Überentschädigung ist ja bereits eingetreten. Unterbleibt die Verrechnung von Nachzahlung und Rückforderung aufgrund einer Koordinationspanne, so entsteht eine Situation, die grundsätzlich die Bildung und Betätigung von Vertrauen in den Bestand der Überentschädigung zulassen würde. Allerdings kann sich die Frage nach dem gutgläubigen Leistungsbezug nicht auf die zurückgeforderte Leistung beziehen, denn diese ist ja damals zu Recht ausgerichtet worden, weil auf sie ein unbedingter Anspruch bestanden hat. Erst die Fiktion, dass die – effektiv nachbezahlte – Leistung bereits damals geflossen sei, führt nachträglich zu einem – ebenfalls fiktiven – unrechtmässigen damaligen Leistungsbezug.

3.6.2 Diese Fiktion kann aber für die Frage nach dem guten Glauben beim damaligen Leistungsbezug nicht massgebend sein, weil sonst in jedem Fall ein "bösgläubiger" Bezug fingiert werden müsste. Die Frage nach dem guten Glauben macht nur dann einen Sinn, wenn sie nicht auf die Leistung, die nun (aus koordinationsrechtlichen Gründen) zurückgefordert wird, sondern auf die Leistung, deren versehentliche Ausrichtung die Überentschädigung erst ausgelöst hat, bezogen wird. Das Problem besteht also darin, dass zwar nicht die die Überentschädigung bewirkende Leistungsnachzahlung zurückgefordert wird, die Frage nach dem guten Glauben als Erlassvoraussetzung aber nur im Zusammenhang mit dem Verhalten der versicherten Person beim Bezug dieser Leistungsnachzahlung Sinn macht. Im obigen Beispiel der rückwirkenden Ablösung der halben Invalidenrente mit EL durch eine ganze Invalidenrente ohne EL ginge es also nicht um den guten Glauben beim – damals rechtmässigen, fiktiv aber unrechtmässigen – Bezug der nun zurückgeforderten EL, sondern um den guten Glauben bei der versehentlichen Ausrichtung der IV-Rentennachzahlung, die aber gar nicht zurückgefordert wird. Eine derartige Aufspaltung lässt sich weder mit dem Wortlaut noch mit dem Sinn und Zweck des Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG in Übereinstimmung bringen, weshalb davon auszugehen ist, dass es im Zusammenhang mit der koordinationsrechtlich begründeten Rückforderung auch dann keine Erlassmöglichkeit

gibt, wenn aufgrund einer Koordinationspanne die Verrechnung unterbleibt und die Nachzahlung effektiv ausgerichtet wird (Entscheid EL 2005/45, Erw. 4). 3.6.3  
Wenn man trotzdem den Erlass der koordinationsrechtlichen Rückforderung grundsätzlich zuliesse, indem man die Erlassvoraussetzung des guten Glaubens am Verhalten der rückerstattungspflichtigen versicherten Person beim Bezug der Nachzahlung der prioritären Leistung prüfen würde, müsste das Erlassgesuch in aller Regel abgewiesen werden, denn niemand darf darauf vertrauen, dass er zu Recht "überentschädigt" worden sei. Insbesondere die EL-Bezüger müssten sich bei Aufwendung pflichtgemässer Sorgfalt bewusst sein, dass ihnen die Nachzahlung einer eigentlich als Einnahme anzurechnenden Leistung nicht zusätzlich zur EL zustehen könnte, sondern zu einer EL-Rückforderung und zu einer Verrechnung dieser Rückforderung mit der Leistungsnachzahlung führen müsste. Die Entgegennahme der Nachzahlung würde also generell "bösgläubig" erfolgen. Nach einer koordinationsrechtlich begründeten Möglichkeit der versicherten Person, die durch eine Koordinationspanne entstandene Überentschädigung behalten zu können, besteht kein schutzwürdiger Bedarf. Somit kann auch kein Bedarf nach einem dies ermöglichenden erlassähnlichen Institut bejaht werden. Bezogen auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt bedeutet dies, dass die Beschwerdegegnerin im Ergebnis zu Recht den Erlass der Rückforderung der zwischen Januar und November 2006 ausgerichteten EL verweigert hat, auch wenn die Beschwerdeführerin ihre Meldepflicht in Bezug auf die seit Januar 2006 fiktiv ausgerichtete UV-Rente ihres Ehemanns nicht verletzt hat. Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen.

#### **E. 4**

4.1 Im Folgenden ist die Abweisung des im Dezember 2007 gestellten neuen EL-Gesuchs zu prüfen. Bei der EL-Berechnung ist insbesondere strittig, ob für den Ehemann der Beschwerdeführerin erneut ein hypothetisches Erwerbseinkommen in der Höhe von Fr. 32'030.- brutto anzurechnen ist. Über die Berechtigung der Anrechnung im für das Urteil EL 2007/30 massgebenden Zeitraum hat das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen bereits rechtskräftig entschieden. An der Anrechnung eines (hypothetischen) Erwerbseinkommens für den arbeitsfähigen Ehegatten hat sich auch unter der Herrschaft des seit 1. Januar 2008 in Kraft stehenden ELG nichts geändert (vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. a i.V.m. lit. g ELG). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin macht nun geltend, deren Ehemann habe ab November 2007 eine selbstständige Erwerbstätigkeit als Coiffeur aufgenommen. Er verwerte seine Arbeitsfähigkeit optimal, sei aber infolge Geschäftsaufbaus (noch) nicht in der Lage, das ihm angerechnete Einkommen zu erzielen.

4.2 Geht eine versicherte Person – bzw. deren in die EL-Berechnung miteinbezogener Ehegatte –, die durch eine unselbstständige Erwerbstätigkeit einen Lohn erzielen könnte, einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nach, die keinen oder nur einen deutlich unter dem möglichen Lohn für unselbstständige Tätigkeit liegenden Gewinn abwirft, stellt sich die Frage, ob damit im Differenzbetrag auf Erwerbseinkommen verzichtet wird. In der IV wird etwa bei der Invaliditätsbemessung ein Wechsel von einer selbstständigen in eine unselbstständige Tätigkeit als grundsätzlich zumutbare Konsequenz der Selbsteingliederungs- bzw. Schadenminderungspflicht erachtet, wobei die Beurteilung anhand der konkreten Umstände vorzunehmen ist (vgl. etwa SVR 2002 IV Nr. 8, Erw. 5). Demnach ist auch im Rahmen der Anwendung der EL-spezifischen Schadenminderungspflicht ein solcher Wechsel grundsätzlich zumutbar (Jöhl Ralph, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, in: SBVR XIV-Meyer, Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel 2007, S. 1754 f., Fn. 575). Bei der Beurteilung, ob der Wechsel in eine

unselbstständige Tätigkeit zumutbar ist, ist auf den konkreten Einzelfall abzustellen und eine umfassende Sachverhaltswürdigung vorzunehmen. Ein einmaliger wirtschaftlicher Einbruch im Rahmen der selbstständigen Erwerbstätigkeit reicht jedenfalls für sich allein nicht aus, um die Aufgabe der Selbstständigkeit als zumutbar zu erachten (vgl. auch Jöhl, a.a.O., S. 1755 Fn. 575).

4.3 Der Ehemann der Beschwerdeführerin hat seine selbstständige Tätigkeit als Coiffeur im November 2007 aufgenommen. Gemäss der Erfolgsrechnung vom 4. Februar 2008 erzielte er bis Ende 2007 einen kleinen Reingewinn von Fr. 683.- (EL-act. 96-8). Bevor der Beschwerdeführer im Jahr 1967 in die Schweiz einreiste, machte er in Italien eine Anlehre zum Herrencoiffeur. 1976 kehrte er nach Italien zurück und arbeitete dort bis 1978 als selbstständigerwerbender Coiffeur (EL-act. 68-3; 55-1). In der Tätigkeit als Coiffeur ist der Ehemann der Beschwerdeführerin nicht eingeschränkt, muss er doch insbesondere den Umgang mit formaldehyd- und phenolformaldehydhaltigen Klebern, die Arbeit in einer staub- und schadstoffhaltigen Umgebung sowie schwere körperliche Arbeit vermeiden (EL-act. 54-1; 34-6). Seine Stelle bei der letzten Arbeitgeberin hat der Ehemann der Beschwerdeführerin per September 2001 aufgegeben (EL-act. 68-2). Die Stellensuche blieb weitgehend erfolglos. Das Regionale Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Rapperswil hielt am 8. Juni 2006 fest, aufgrund der gesundheitlichen Einschränkungen des Ehemanns sei die Motivation für einen Arbeitgeber klein, ihn einzustellen (EL-act. 31-2; vgl. auch 75-2). Auch die Unterstützung des Sozialamts Uznach in der Stellensuche verhalf dem Ehemann nicht zu einer Festanstellung (EL-act. 72). Wenngleich durch intensivere längerfristige Bewerbungsbemühungen möglicherweise eine unselbstständige Arbeitstätigkeit hätte gefunden werden können, ist es nachvollziehbar, dass der Ehemann den Schritt in die Selbstständigkeit erneut wagen wollte. Es ist nicht ausgeschlossen, dass es ihm auf diese Weise gelingt, seine Arbeitsfähigkeit optimal zu verwerten und seiner Schadenminderungspflicht nachzukommen, zumal er früher bereits einige Jahre Erfahrung als selbstständigerwerbender Coiffeur sammeln konnte. Der Versuch, sich als Coiffeur selbstständig zu machen, erscheint also insgesamt als sinnvoll. Zur Ermittlung des anrechenbaren Einkommens liegen noch keine verlässlichen Zahlen vor. Die ersten beiden Monate der selbstständigen Erwerbstätigkeit fallen noch in die Aufbauphase und erlauben keine Beurteilung darüber, ob der Ehemann der Beschwerdeführerin mittel- bis längerfristig ein Einkommen in der Höhe des in einer unselbstständigen Tätigkeit Erzielbaren erreichen kann. Zum Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung war dem Ehemann die Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit jedenfalls (noch) nicht zumutbar und deshalb die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens unzulässig.

4.4 Zumindest für das erste Jahr der selbstständigen Tätigkeit des Ehemanns erscheint es nach dem Gesagten als angemessen, in der EL-Berechnung der Beschwerdeführerin lediglich das von ihrem Ehemann als Coiffeur effektiv erzielte Einkommen anzurechnen. Um dieses festzusetzen, wird die Beschwerdegegnerin etwa die Monatsabrechnungen des Ehemanns der Beschwerdeführerin einzuverlangen haben. Gestützt auf diese Zahlen ist der EL-Anspruch neu zu berechnen. Sollte der Ehemann der Beschwerdeführerin auch nach einem Jahr selbstständiger Erwerbstätigkeit noch ein Einkommen erzielen, das deutlich unter jenem von ca. Fr. 32'000.- liegt, das der Ehemann grundsätzlich in einer unselbstständigen Stellung verdienen könnte, so ist die Frage nach der Zumutbarkeit der Geschäftsaufgabe erneut anhand der konkreten Umstände zu prüfen.

## E. 5

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin bestreitet, dass das Fahrzeug des Ehepaars den von der EL-Durchführungsstelle angerechneten Wert von Fr. 7'438.- hat. Dieser Wert basiert auf einer Fahrzeugbewertung vom 22. Februar 2007 (EL-act. 56-6). Die Bewertung der anrechenbaren Vermögensbestandteile hat nach den Grundsätzen der Gesetzgebung über die direkte kantonale Steuer im Wohnsitzkanton zu erfolgen (Rz. 2109 der Wegleitung über die Ergänzungsleistungen zur AHV/IV). Die Beschwerdegegnerin hielt in einer internen Stellungnahme vom 10. März 2007 selbst fest, bei den Steuern werde pro Jahr ein Minderwert von 20% akzeptiert (EL-act. 57). Für das Jahr 2008 ist diese Reduktion beim Wert des Autos entsprechend vorzunehmen.

## **E. 6**

6.1 Gemäss den obenstehenden Erwägungen ist auf den Rekurs betreffend den Erlass der Rückforderung der kantonalrechtlichen ausserordentlichen EL nicht einzutreten. Das Erlassgesuch betreffend die Rückforderung der bundesrechtlichen ordentlichen EL ist abzuweisen. 6.2 Betreffend EL-Anspruch ab 1. Januar 2008 ist die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit diese im Sinn der Erwägungen weitere Abklärungen vornehme und über den EL-Anspruch der Beschwerdeführerin anschliessend neu verfüge. 6.3 Für die bundesrechtliche Beschwerde sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Das kantonalrechtliche Rekursverfahren ist hingegen grundsätzlich kostenpflichtig (Art. 94 VRP). Das Gericht hat aber die Möglichkeit, auf die Erhebung amtlicher Kosten zu verzichten, wenn die Umstände es rechtfertigen (Art. 97 VRP). Da die Eintretensprüfung beim Rekurs gegen das abweisende Erlassgesuch betreffend ausserordentliche EL keinen nennenswerten Zusatzaufwand verursachte, ist auf die Erhebung von Kosten für das kantonalrechtliche Erlassbegehren zu verzichten. 6.4 Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung. Betreffend Erlass ist die Beschwerdeführerin unterlegen, weshalb sie für diesen Verfahrensteil keinen Entschädigungsanspruch hat. In Bezug auf die Beschwerde betreffend EL ab 1. Januar 2008 hat die Beschwerdeführerin jedoch Anspruch auf eine Parteientschädigung, zumal die Rückweisung zur Neubeurteilung praxisgemäss als volles Obsiegen gilt (ZAK 1987 S. 268 Erw. 5a). Die Entschädigung ist vom Gericht ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses zu bemessen (Art. 61 lit. g ATSG; vgl. auch Art. 98 ff. VRP/SG, sGS 951.1). Angemessen erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer). Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG entschieden: 1. Auf den kantonalrechtlichen Rekurs betreffend Erlass der Rückforderung der ausserordentlichen EL wird nicht eingetreten. 2. Die bundesrechtliche Beschwerde betreffend Erlass der Rückforderung der ordentlichen EL wird abgewiesen. 3. Die Beschwerde betreffend EL-Anspruch ab 1. Januar 2008 wird teilweise gutgeheissen und die Sache im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, damit diese weitere Abklärungen vornehme und anschliessend über den Anspruch neu verfüge. 4. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. 5. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

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