

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT EL 2010/16 vom 27. September 2010**

Sg Versicherungsgericht, 2010-09-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_EL\\_2010\\_16](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_EL_2010_16)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT EL 2010/16 du 27 septembre 2010

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT EL 2010/16 del 27 settembre 2010

## **Regeste**

Art. 21. Abs. 4 ATSG. Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG. Hypothetisches Erwerbseinkommen eines Selbständigerwerbenden einer EL-berechtigten Versicherten ohne existenzsicherndes Einkommen. Fehlendes Mahn- und Bedenkzeitverfahren im Revisionsverfahren betreffend Anrechnung eines höheren hypothetischen Einkommens unter der Annahme, dass dem Ehemann die Geschäftsaufgabe und Aufnahme einer unselbständigen Tätigkeit zumutbar wäre (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 27. September 2010, EL 2010/16).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Auf den 1. Januar 2008 ist das neue Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG; SR 831.30) in Kraft getreten. Das neue ELG ersetzt dasjenige Gesetz vom 19. März 1965 in der bis 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung. In Bezug auf die vorliegend umstrittene Frage der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens hat sich die Rechtslage materiell nicht geändert.

### **E. 2**

2.1 Die jährliche EL entspricht dem Betrag, um den die anerkannten Ausgaben die anrechenbaren Einnahmen übersteigen (Art. 9 Abs. 1 ELG; Art. 3a Abs. 1 aELG). Die anerkannten Ausgaben und die anrechenbaren Einnahmen, worin in bestimmtem Umfang auch das Vermögen einbezogen ist, werden nach den in Art. 10 und 11 ELG (Art. 3b und 3c aELG) sowie Art. 11 bis 18 der Verordnung über die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV (ELV; SR 831.301) festgelegten Bestimmungen ermittelt. Als Einnahmen anzurechnen sind nach Art. 11 Abs. 1 ELG (Art. 3c Abs. 1 aELG) unter anderem Einkünfte, auf die verzichtet worden ist (lit. g). Eine Verzichtshandlung liegt vor, wenn die versicherte Person ohne rechtliche Verpflichtung auf Vermögen verzichtet hat, wenn sie einen Rechtsanspruch auf bestimmte Einkünfte und Vermögenswerte hat, davon aber faktisch nicht Gebrauch macht bzw. ihre Rechte nicht durchsetzt oder wenn sie aus von ihr zu verantwortenden Gründen von der Ausübung einer möglichen und zumutbaren Erwerbstätigkeit absieht (Urteil des Bundesgerichts vom 9. Juli 2002 [P 18/02]; BGE 121 V 205 E. 4a; AHI 2001 S. 133 E. 1b). 2.2 Auch Personen, die in die Anspruchsberechnung der versicherten Person einbezogen sind, partizipieren an der EL, da diese den Existenzbedarf der ganzen Familie sicherstellt. So ist auch der Ehegatte der EL-anspruchsberechtigten Person Leistungsempfänger. Verzichtet er auf die mögliche und zumutbare Erzielung eines Erwerbseinkommens, so ist die Geltendmachung eines EL-Anspruchs zur Deckung jenes Teils der anerkannten Ausgaben, der durch das Erwerbseinkommen des Ehegatten gedeckt

werden könnte, missbräuchlich (Ralph Jöhl, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, in: SBVR XIV-Meyer, Soziale Sicherheit, 2. Aufl. Basel 2007, S. 1759, Rz. 179). Deswegen ist bei der EL-Berechnung der versicherten Person ein hypothetisches Erwerbseinkommen für deren Ehegatten anzurechnen, sofern dieser auf die mögliche und zumutbare Erzielung eines Einkommens verzichtet. 2.3 Geht eine versicherte Person – bzw. deren in die EL-Berechnung miteinbezogener Ehegatte –, die durch eine unselbständige Erwerbstätigkeit einen Lohn erzielen könnte, einer selbständigen Erwerbstätigkeit nach, die keinen oder nur einen deutlich unter dem möglichen Lohn für unselbständige 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 selbständigen in eine unselbständige 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, E. 5). Demnach ist auch im Rahmen der Anwendung der EL-spezifischen Schadenminderungspflicht ein solcher Wechsel grundsätzlich zumutbar (Jöhl, a.a.O., S. 1754 f., Fn. 575). Bei der Beurteilung, ob der Wechsel in eine unselbständige Tätigkeit zumutbar ist, ist auf den konkreten Einzelfall abzustellen und eine umfassende Sachverhaltswürdigung vorzunehmen. Ein einmaliger wirtschaftlicher Einbruch im Rahmen der selbständigen Erwerbstätigkeit reicht jedenfalls für sich allein nicht aus, um die Aufgabe der Selbständigkeit als zumutbar zu erachten (vgl. auch Jöhl, a.a.O., S. 1755. Fn. 575). Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen erachtet es als angemessen, beim Aufbau einer selbständigen Erwerbstätigkeit zumindest für das erste Jahr lediglich auf das effektiv erzielte Einkommen abzustellen, wobei die Beurteilung den konkreten Umständen des Einzelfall Rechnung zu tragen hat. Danach ist bei weiterhin deutlich unterdurchschnittlichem Einkommen die Frage nach der Zumutbarkeit der Geschäftsaufgabe erneut zu prüfen (vgl. Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 28. Oktober 2008 i/S. C [EL 2008/28]). 2.4 Stellt die Verwaltung nach anfänglichen Abklärungen fest, dass der Ehegatte im Rahmen der Schadenminderungspflicht zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit verpflichtet ist beziehungsweise sich zumindest ernsthaft um Arbeit zu bemühen hat beziehungsweise seine selbständige Erwerbstätigkeit zugunsten einer unselbständigen Erwerbstätigkeit aufzugeben hat, so hat sie diese Schadenminderungspflicht unter Hinweis auf die Konsequenzen eines Untätig-Bleibens und unter Ansetzung einer angemessenen Frist abzumahnen. Ein solches Mahn- und Bedenkzeitverfahren im Sinn von Art. 21 Abs. 4 Satz 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) hat den Zweck, die betroffene versicherte Person freiwillig zu einem bestimmten regelkonformen Verhalten zu veranlassen.

### **E. 3**

3.1 Mit Verfügung vom 24. September 2009 hat die Beschwerdegegnerin das hypothetische Einkommen des Ehemannes der Beschwerdeführerin von Fr. 18'000.-- auf Fr. 43'737.-- angehoben. Das hat eine Herabsetzung der bisherigen EL von Fr. 1'577.-- auf Fr. 554.-- zur Folge. Gemäss den vorhandenen Steuerveranlagungen hatte der Ehemann der Beschwerdeführerin in den Jahren 2004 bis 2006 jeweils kein oder ein vernachlässigbares Einkommen angegeben (Veranlagung 2006: EL-act. 38-9/15; Veranlagung 2005: EL-act. 46-2/6; Veranlagung 2004: EL-act. 51). Daran hatte sich gemäss seiner Aussage bis zum Verfügungszeitpunkt nichts verändert (EL-act. 21). Gemäss Beschwerdeschrift hat er ab Oktober 2009 ein gewisses Einkommen erzielt. Die Beschwerdegegnerin hat bereits ab

1. April 2004 ein hypothetisches Einkommen des Ehemannes von Fr. 10'000.-- angerechnet (Verfügung vom 6. Juli 2004; EL-act. 62). Mit Verfügung vom 10. Februar 2005 hat sie das hypothetische Einkommen ab 1. März 2005 auf Fr. 18'000.-- angehoben (EL-act. 56). Nachdem sich im Zeitverlauf gezeigt hat, dass die selbständige Erwerbstätigkeit nicht erfolgreich ist und der Ehemann gemäss Überprüfung der Einkommensverhältnisse vom Juni 2009 im Jahr 2008 weiterhin kein relevantes Einkommen erzielt hat, hat die Beschwerdegegnerin ab 1. Oktober 2009 das hypothetische Einkommen auf Fr. 43'737.-- erhöht. Mit der angefochtenen Verfügung vom 24. September 2009 hat die Beschwerdegegnerin somit das implizit am 3. Juni 2009 eingeleitete Revisionsverfahren nach Art. 17 ATSG abgeschlossen, indem sie ein Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit angerechnet hat. Damit hat sie eine fiktive Sachverhaltsveränderung in der fiktiven Karriere des Ehemannes der Beschwerdeführerin angenommen, indem sie ihm die Aufgabe der unrentablen selbständigen Erwerbstätigkeit sowie die Aufnahme einer unselbständigen Tätigkeit unterstellt hat. Eine solche Änderung des Sachverhalts auf der Grundlage einer Fiktion ist nicht ohne vorgängige Durchführung eines Mahn- und Bedenkzeitverfahrens zulässig. Denn mit der Anrechnung des höheren hypothetischen Einkommens wird der aus Sicht der Beschwerdegegnerin zumutbare Wechsel in die unselbständige Erwerbstätigkeit fingiert und das vom Ehemann der Beschwerdeführerin verlangte, aber nicht erbrachte Verhalten sanktioniert.

3.2 Die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, eine Anpassungsfrist sei nicht erforderlich, da sie den Ehemann der Beschwerdeführerin seit Jahren wiederholt darauf aufmerksam gemacht habe, dass er seinen Anteil zur Existenzsicherung in der ehelichen Gemeinschaft beizutragen habe oder ansonsten mit der Anrechnung eines höheren hypothetischen Einkommens zu rechnen habe. Wie aus den Akten hervorgeht, hat die Beschwerdegegnerin am 15. Oktober 2007 angedroht, das hypothetische Einkommen zu erhöhen, falls der Ehemann der Beschwerdeführerin keine ausreichenden Bemühungen hinsichtlich Arbeitsstellensuche vorweisen könne (EL-act. 37). Nachdem dieser angegeben hatte, er habe im August 2007 einen Shop im Internet eröffnet, der noch im Aufbau sei, verzichtete die EL-Durchführungsstelle auf eine Anrechnung eines höheren hypothetischen Einkommens bis Mai 2008 (EL-act. 35-2/2 und 34). Auf die entsprechende Aufforderung vom 26. Mai 2008, sämtliche Bewerbungsbemühungen ab Dezember 2007 einzureichen, fand am 4. Juni 2008 eine Aussprache mit dem Ehemann der Beschwerdeführerin statt. Dabei einigte man sich auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens von weiterhin Fr. 18'000.--. Eine Anpassung respektive Erhöhung des Einkommens wurde vorbehalten. Bemühungen zur Suche einer Anstellung wurden zu diesem Zeitpunkt vom Ehemann nicht mehr verlangt (EL-act. 30 und 29). In Anwendung der zitierten Rechtsprechung ist dem Selbständigerwerbenden somit erneut während eines Jahres die Gelegenheit gegeben worden, sein Geschäft existenzsichernd aufzubauen, nachdem der Ehemann bereits im Jahr 2004 den Aufbau einer selbständigen Erwerbstätigkeit angekündigt hatte. Ein Jahr später hat der Ehemann der Beschwerdeführerin am 19. Juni 2009 weiterhin ein unverändertes tiefes Einkommen angegeben und das Vorhandensein einer Erfolgsrechnung oder Bilanz verneint (EL-act. 21). Ohne weitere Vorwarnung hat die Beschwerdegegnerin daraufhin am 24. September 2009 das hypothetische Einkommen auf Fr. 43'737.-- ab 1. Oktober 2009 angehoben (EL-act. 13). Die konkreten Umstände einer allfälligen Geschäftsaufgabe hat sie nicht geprüft. In diesem Revisionsverfahren ist bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Anrechnung eines höheren hypothetischen Einkommens kein eigentliches Mahn- und Bedenkzeitverfahren, das den Wechsel in eine unselbständige Erwerbstätigkeit zum

Gegenstand gehabt hätte, durchgeführt worden. Auch wurde die Beschwerdeführerin nicht auf die konkrete Absicht der Beschwerdegegnerin, das hypothetische Einkommen neu ab 1. Oktober 2009 anzurechnen, aufmerksam gemacht. Die Beschwerdegegnerin hat dem Ehemann der Beschwerdeführerin zuletzt am 15. Oktober 2007 angedroht, ein hypothetisches, über dem tatsächlich liegenden Einkommen zu berücksichtigen. In der Bestätigung des Gesprächs vom 4. Juni 2008 wurde eine Erhöhung lediglich vorbehalten. In der Aufforderung vom 3. Juni 2009, Erfolgsrechnung und Bilanz einzureichen, ist keine Androhung einer Erhöhung des hypothetischen Einkommens auf einen bestimmten Zeitpunkt hin enthalten. Die Reduktion der EL von Fr. 1'577.-- auf Fr. 554.-- hat eine wesentliche Belastung der Beschwerdeführerin zur Folge. Dem Ehemann der Beschwerdeführerin ist deshalb vorgängig die Gelegenheit zu bieten, seine EL-rechtliche Schadenminderungspflicht wahrzunehmen und sich um eine unselbständige Teilzeit- oder gar Vollzeittätigkeit zu bemühen. Denn der Wechsel in eine unselbständige Erwerbstätigkeit ist ihm zumutbar. Seit Jahren versucht sich der Ehemann der Beschwerdeführerin in einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu etablieren, ohne dass er einen relevanten Gewinn ausweisen könnte. Die Ertragsituation hat sich in den Jahren der selbständigen Tätigkeit kaum verbessert. Der Ehemann leidet an den notorischen Schwierigkeiten in der hart konkurrenzten Branche. Sein selbständig erzielt Einkommen genügt zur Existenzsicherung des Ehepaares nicht. Unter diesen Umständen ist ein Wechsel in eine unselbständige Tätigkeit im Rahmen der Schadenminderungspflicht zumutbar. Diese Schadenminderungspflicht ist gemäss Art. 21 Abs. 4 ATSG in einem Mahn- und Bedenkzeitverfahren abzumachen. Eine Abmahnung "auf Vorrat" gibt es nicht. Denn solange sich der Ehemann der Beschwerdeführerin immer noch mit der Beschwerdegegnerin über die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens von Fr. 18'000.-- hat einigen können, war für ihn nicht erkennbar, ob und wann die Beschwerdegegnerin von ihm eine Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit erwarten würde. Dabei ist der zugemutete Wechsel oder zumindest die Aufnahme einer unselbständigen Teilerwerbstätigkeit Voraussetzung für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens. Selbst wenn dem Ehemann der Beschwerdeführerin im Gespräch vom 4. Juni 2008 erläutert worden wäre, dass er gegebenenfalls innert Jahresfrist eine unselbständige Erwerbstätigkeit suchen müsste, hätte ihm im Juni 2009 die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens unter Aufgabe der Selbständigkeit angedroht werden müssen, damit er dazu hätte Stellung nehmen können. Der Ehemann der Beschwerdeführerin hat bisher nicht signalisiert, dass für ihn eine Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit auch nur zum Teil in Frage komme. In Analogie zu Art. 25 Abs. 4 ELV hätte ihm vorerst genügend Zeit gewährt werden müssen (mindestens sechs Monate), seine Angelegenheiten zu regeln und sich um eine Arbeitsstelle zu bemühen. Die vorliegende Verfügung vom 24. September 2009 beziehungsweise der Einspracheentscheid vom 8. Februar 2010 sind daher rechtswidrig.

3.3 Im Übrigen muss der Ehemann der Beschwerdeführerin seine selbständige Erwerbstätigkeit während der Stellensuche nicht aufgeben, weil Arbeitsbemühungen auch parallel zur selbständigen Erwerbstätigkeit vorgenommen werden können. So kann er seine Schadenminderungspflicht während der Stellensuche durch Fortführung der selbständigen Erwerbstätigkeit wahren. Solange er nachweisen kann, dass er trotz ausreichenden Bemühungen keine Arbeitsstelle finden kann, darf ihm kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden. Die Beschwerdegegnerin hat dem Ehemann der Beschwerdeführerin mitzuteilen, welche konkreten qualitativen und quantitativen Anforderungen sie an ausreichende Stellenbewerbungen stellt, damit der

Nachweis der unverschuldeten Stellenlosigkeit erbracht werden kann. 3.4 Die Beschwerde ist gemäss den vorstehenden Erwägungen teilweise gutzuheissen. Die Sache ist zur Durchführung eines Mahn- und Bedenkzeitverfahrens und anschliessenden neuen Verfügung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben. Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG entschieden: 1. Die Beschwerde wird unter Aufhebung des Einspracheentscheids vom 8. Februar 2010 teilweise gutgeheissen und die Sache im Sinn der Erwägungen zur Fortführung des Verwaltungsverfahrens an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

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