



**Fall-Nr.:** EL 2008/47  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** EL - Ergänzungsleistungen  
**Publikationsdatum:** 12.03.2020  
**Entscheiddatum:** 13.08.2009

### **Entscheid Versicherungsgericht, 13.08.2009**

**Art. 3c Abs. 1 lit. g (seit dem 1. Januar 2008 Art. 11 Abs. 1 lit. g) ELG, Art. 14a Abs. 2 ELV. Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens. Art. 14a Abs. 2 ELV ist in bezug auf den Invaliditätsgrad nicht so zu verstehen, dass der IV-Grad immer verbindlich wäre. Kann der EL-Ansprecher schlüssig nachweisen, dass die IV-Stelle bei der Invaliditätsbemessung einen Fehler gemacht hat, muss die EL-Durchführungsstelle im Rahmen der Anwendung von Art. 14a Abs. 2 ELV auf den richtigen IV-Grad abstellen. Die Vermutung des Art. 14a Abs. 2 ELV zu widerlegen, bedeutet den Nachweis einer unüberwindlichen Arbeitslosigkeit. Im Normalfall kann dieser Nachweis nur durch qualitativ und quantitativ ausreichende, aber erfolglose persönliche Arbeitsbemühungen geführt werden (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 13. August 2009, EL 2008/47).**

Präsident Franz Schlauri, Versicherungsrichterinnen Monika Gehrler-Hug und Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiber Ralph Jöhl

Entscheid vom 13. August 2009

in Sachen

K.\_\_\_\_,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Bernhard Reeb, Hauptstrasse 11a,  
8280 Kreuzlingen,

gegen



## St.Galler Gerichte

Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen, Ausgleichskasse des Kantons St. Gallen, Postfach 368, 9016 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Ergänzungsleistung zur IV

Sachverhalt:

A.

Die IV-Stelle sprach K.\_\_\_\_ (Jg. 1949) am 21. März 2007 rückwirkend ab Mai 2005 eine halbe Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von 55% zu. Am 1. April 2007 meldete er sich zum Bezug einer Ergänzungsleistung an. Er verneinte die Frage, ob er ein Erwerbseinkommen erziele. Gemäss den für das zuständige RAV ausgefüllten Nachweisen über persönliche Arbeitsbemühungen hatte er in den Monaten März bis Oktober 2007 jeweils eine Bewerbung um eine Arbeitsstelle vorgenommen. Die EL-Durchführungsstelle teilte ihm am 31. März 2008 mit, dass sie ein hypothetisches Erwerbseinkommen anrechnen werde, weil er sich nicht ausreichend um eine Arbeitsstelle bemüht habe, auch wenn es aufgrund seines Alters und seiner gesundheitlichen Einschränkung schwierig sei (wohl: eine Stelle zu finden). Solange er nicht mehr erfolglose Arbeitsbemühungen vorlege, müsse das hypothetische Erwerbseinkommen angerechnet werden. Bei der Anspruchsberechnung rückwirkend ab Mai 2005 rechnete die EL-Durchführungsstelle tatsächlich ein hypothetisches Erwerbseinkommen an. Sie sprach dem Versicherten für die Zeit von Mai 2005 bis Oktober 2006 eine Ergänzungsleistung zu. Für die Zeit ab November 2006 verneinte sie einen Anspruch auf Ergänzungsleistungen. Die entsprechende Verfügung erging am 3. April 2008.

B.

Das Sozialamt A.\_\_\_\_ erhob am 18. April 2008 für den Versicherten Einsprache gegen diese Verfügung. Es beantragte die Zusprache einer Ergänzungsleistung, bei deren



Berechnung kein hypothetisches Erwerbseinkommen Berücksichtigung finden dürfe. Zur Begründung führte es aus, entgegen der der Rentenverfügung zugrunde liegenden Einschätzung bestätige Dr. med. B.\_\_\_\_ eine seit Juni 2005 anhaltende Arbeitsunfähigkeit von 100%. Für ein Einsatzprogramm der C.\_\_\_\_ habe Dr. med. B.\_\_\_\_ angegeben, der Versicherte werde kaum mehr als 15% Leistung erbringen können. Trotz der Einnahme starker Schmerzmittel habe der Versicherte das im Oktober 2005 begonnene Einsatzprogramm im September 2006 schmerzbedingt aufgeben müssen. Er sei krankheitsbedingt nur noch sehr eingeschränkt fähig, seinen Haushalt zu besorgen. Deshalb könne ihm kein hypothetisches Erwerbseinkommen angerechnet werden. Da die Haushaltsarbeit sehr viel Zeit erfordere und anschliessend eine längere Regenerierungsphase notwendig sei, erschienen Bewerbungen im verlangten Umfang als ausgeschlossen. Im Übrigen hätten Erwerbsunkosten vom hypothetischen Erwerbseinkommen abgezogen werden müssen. Da es im Zusammenhang mit der Ermittlung des Vermögens zu einer unzulässigen Verzögerung des Verfahrens gekommen sei, sei es dem Versicherten nicht möglich gewesen, seine Arbeitsbemühungen zu intensivieren. Zur Durchsetzung seines Rentenanspruchs gegenüber der Pensionskasse habe der Versicherte einen Anwalt benötigt. Die entsprechenden Kosten seien als Ausgaben von der Rentennachzahlung abzuziehen, denn sie hätten nur der Erfüllung der EL-spezifischen Schadenminderungspflicht gedient.

C.

Die EL-Durchführungsstelle hielt in einer internen Notiz vom 27. Mai 2008 fest, laut den IV-Akten sei der Versicherte für körperlich leichtere Arbeiten zu 60%, also 5 Std. täglich, idealerweise vormittags und nachmittags je 2,5 Std. mit Lagewechsel (sitzend, stehend, gehend), arbeitsfähig. Auch ohne Aufforderung hätte der Versicherte alles unternehmen müssen, um die Resterwerbsfähigkeit zu verwerten. Die EL-Durchführungsstelle wies die Einsprache am 12. September 2008 ab. Sie machte geltend, die Zeugnisse des Hausarztes vermöchten nicht zu überzeugen. Es bestehe eine Bindung an die im IV-Verfahren festgelegte Erwerbsfähigkeit. Diese sei aufgrund eines fachärztlichen Gutachtens festgelegt worden. Die Zeugnisse des Hausarztes widersprächen diesem Gutachten und hätten daher keine relevante Beweiskraft. Die Notwendigkeit, den eigenen Haushalt zu besorgen, vermöge den Versicherten nicht



## St.Galler Gerichte

von der Pflicht zu entbinden, ein Erwerbseinkommen zu erzielen. Da der Versicherte nur äusserst dürftige Arbeitsbemühungen vorzuweisen habe, liege keine unverschuldete Arbeitslosigkeit vor. Eine Mahnung sei nicht nötig gewesen. Der Versicherte hätte sich nie darauf verlassen dürfen, dass der selbstverschuldete Ausfall an Erwerbseinkommen durch die Ergänzungsleistung aufgefangen werde. Ein Abzug von Gewinnungskosten sei nicht vorgesehen. Auch für den Abzug von Gewinnungskosten bei der PK-Rente fehle die gesetzliche Grundlage.

D.

Der Versicherte liess am 14. Oktober 2008 Beschwerde erheben und - sinngemäss - beantragen, es sei ihm eine Ergänzungsleistung ohne die Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens zuzusprechen. Eventualiter sei die Sache zur weiteren Abklärung an die EL-Durchführungsstelle zurückzuweisen. Zur Begründung wurde ausgeführt, es lägen insbesondere aufgrund der Zeugnisse von Dr. med. B.\_\_\_\_ konkrete Hinweise darauf vor, dass der Versicherte nicht in der Lage sei, ein Erwerbseinkommen zu erzielen. Damit sei die umfassende Abklärungspflicht der EL-Durchführungsstelle aktiviert. Es seien auch invaliditätsfremde Faktoren zu berücksichtigen. Der Versicherte sei 59 Jahre alt. Aufgrund der aktuellen wirtschaftlichen Situation und der aktuellen Arbeitsmarktlage sei eine Anstellung sehr unrealistisch, zumal die beruflichen Kenntnisse (Ausbildung als Schriftenmaler, Grundausbildung zum PC-Supporter ohne berufliche Umsetzung) wertlos seien. Seit dem 1. April 2004 sei der Versicherte arbeitslos. Davor sei er nur von August 1997 bis Februar 1998 als Grafiker und von 1998 bis 2000 als Aussendienstmitarbeiter tätig gewesen. Anschliessend habe er noch sporadisch im Gastgewerbe gearbeitet. Effektiv sei der Versicherte also seit über zehn Jahren praktisch aus dem geordneten Arbeitsprozess ausgeschieden. Er sei der Arbeit entwöhnt, das sich erschwerend auf die Stellensuche auswirke. Diese Verengung des in Frage kommenden Arbeitsmarktes und die zusätzliche Einschränkung durch die Einnahme starker Schmerzmittel lasse das Arbeitsloskeitsrisiko voll zum Tragen kommen.

E.

Die EL-Durchführungsstelle beantragte am 20. Oktober 2008 die Abweisung der Beschwerde.



Erwägungen:

1.

Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. a und g ELG i.V.m. Art. 14a Abs. 2 lit. b ELV ist Invaliden unter sechzig Jahren als Erwerbseinkommen mindestens der Höchstbetrag für den Lebensbedarf eines Alleinstehenden anzurechnen, wenn der Invaliditätsgrad zwischen 50% und weniger als 60% beträgt. Rechtsprechungsgemäss ist damit eine Vermutung für die Erzielbarkeit eines Erwerbseinkommens in dieser Höhe für den Fall aufgestellt worden, dass der invalide EL-Ansprecher keiner Erwerbstätigkeit nachgeht. Diese Vermutung kann durch den Beweis des Gegenteils umgestossen werden (vgl. Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, bearbeitet von Urs Müller, 2.A., S. 152 Rz EL 489). Hinter dieser Verordnungsbestimmung steht die (in Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG verankerte) Überlegung, dass die teilinvaliden EL-Ansprecher eine EL-spezifische "Schadenminderungspflicht" treffe: Soweit ihnen dies möglich und zumutbar ist, haben sie selbst für ihren Existenzbedarf zu sorgen. Dazu gehört auch, dass sie ihre verbliebene Arbeitsfähigkeit soweit als möglich und zumutbar einsetzen, um ein Erwerbseinkommen zu erzielen. Unmöglich ist die Ausübung einer Erwerbstätigkeit, soweit eine Arbeitsunfähigkeit besteht oder soweit die Restarbeitsfähigkeit aufgrund einer unüberwindbaren Arbeitslosigkeit nicht verwertet werden kann. Die Vermutung des Art. 14a Abs. 2 ELV bezieht sich allerdings nur auf die Arbeitslosigkeit. In bezug auf die Invalidität wird ohne weiteres unterstellt, dass die invaliditätsbedingte teilweise Unfähigkeit, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, nicht überwunden werden könne. Dabei wird auf das Ergebnis des IV-Verfahrens in bezug auf die rentenspezifische Invalidität verwiesen, d.h. der Invaliditätsgrad wird EL-rechtlich von der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Ergebnis als Sachverhaltselement qualifiziert. Tatsächlich handelt es sich aber um eine ausschliesslich verwaltungsökonomisch begründete Übernahme des Ergebnisses einer rechtlichen Würdigung durch einen anderen Sozialversicherungsträger. Das ausnahmslose Abstellen auf den im IV-Verfahren ermittelten Invaliditätsgrad zur Ermittlung der behinderungsbedingten teilweisen Unmöglichkeit, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, lässt sich mit dem Untersuchungsgrundsatz nicht in Übereinstimmung bringen. Kann ein EL-Ansprecher nämlich belegen, dass die Invaliditätsbemessung durch die IV-Stelle fehlerhaft



gewesen ist, fehlt es an einer mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit belegten behinderungsbedingten teilweisen Unfähigkeit, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. In einer solchen Situation auf der Richtigkeit der Invaliditätsbemessung durch die IV-Stelle zu beharren und für die EL-Anspruchsberechnung auf den entsprechenden – falschen -Invaliditätsgrad abzustellen, wäre stossend. Ist der korrekte Invaliditätsgrad nachgewiesen, so muss die EL-Durchführungsstelle auf darauf abstellen, um Art. 14a Abs. 2 ELV korrekt zur Anwendung zu bringen. Dieser Fall dürfte allerdings äusserst selten eintreten. Im vorliegenden Fall kann davon ausgegangen werden, dass der von der IV-Stelle ermittelte Invaliditätsgrad (eigentlich der dahinter stehende Arbeitsunfähigkeitsgrad) des Beschwerdeführers im Umfang von 55% eine Erwerbstätigkeit objektiv ausschliesst.

2.

Diese Übernahme des von der IV-Stelle ermittelten Invaliditätsgrades ist entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht so zu verstehen, dass die behinderungsbedingten Nachteile eines EL-Ansprechers auf dem Arbeitsmarkt auch bei der Frage, ob die Arbeitslosigkeit überwunden werden könnte, keine Beachtung finden dürften. Behinderungsbedingte Nachteile gegenüber gesunden Arbeitnehmern sind nämlich durchaus geeignet, das Finden einer Arbeitsstelle zu erschweren, denn viele Arbeitgeber schrecken davor zurück, eine gesundheitlich angeschlagene Person anzustellen. Diese indirekt behinderungsbedingten Nachteile (wie beispielsweise die Unfähigkeit, unter starkem Leistungsdruck zu arbeiten, bei Bedarf Überstunden zu machen, flexibel den Arbeitsplatz zu wechseln usw.) können also durchaus die Überwindung der Arbeitslosigkeit erschweren. Sie sind deshalb bei der Beantwortung der Frage, ob die mit Art. 14a Abs. 2 ELV geschaffene Vermutung, dass ein Erwerbseinkommen erzielt werden könnte, widerlegt sei, zu berücksichtigen. Die in Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG als "Sanktionsnorm" zum Ausdruck gelangende EL-spezifische Schadenminderungspflicht, die sich im vorliegenden Fall auf die anrechenbare Einnahme 'Erwerbseinkommen' (Art. 11 Abs. 1 lit. c ELG) bezieht, ist erst dann erfüllt, wenn tatsächlich ein Erwerbseinkommen im Ausmass mindestens des in Art. 14a Abs. 2 lit. b ELV vorgesehenen Betrages erzielt wird. Sie entfällt dann, wenn nachweislich keine Möglichkeit besteht, die Arbeitslosigkeit zu überwinden und die verbliebene



Arbeitsfähigkeit an einer Arbeitsstelle zu verwerten. Der EL-Ansprecher hat also den Tatbeweis zu erbringen, dass er unverschuldet arbeitslos ist. Dies entspricht der Lösung in der Arbeitslosenversicherung (Art. 17 Abs. 1 AVIG), auch wenn dort ein anderes Sanktionssystem zur Anwendung gelangt (Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG). Der einmal gelungene Beweis, dass die Arbeitslosigkeit nicht überwunden werden kann, kann keine Dauerwirkung entfalten, weil der massgebende Arbeitsmarkt einer dauernden Veränderung unterworfen ist. Deshalb muss der Tatbeweis - und damit der Umstand, dass im konkreten Einzelfall keine erfüllbare Schadenminderungspflicht (d.h. kein Verzicht auf Erwerbseinkommen) besteht - immer wieder neu geführt werden. Dies kann nur dadurch geschehen, dass qualitativ und quantitativ ausreichende Stellenbewerbungen gemacht werden, diese aber erfolglos sind. Die Tatsache allein, dass die Lage auf dem Arbeitsmarkt für Stellensuchende – meist konjunkturbedingt - schlecht ist, kann nicht belegen, dass keine erfüllbare Schadenminderungspflicht besteht, weil jede Stellenbewerbung zum vornherein aussichtslos wäre. In bezug auf die qualitativen und quantitativen Anforderungen an die sogenannten "Arbeitsbemühungen" kann ohne weiteres auf die entsprechenden Bestimmungen und die hiezu entwickelte Praxis der Arbeitslosenversicherung abgestellt werden, da es auch dort um eine Schadenminderungspflicht im Rahmen des sozialen Risikos der Arbeitslosigkeit geht.

3.

Die EL-spezifische Schadenminderungspflicht kann nicht unter Art. 21 Abs. 4 ATSG subsumiert werden, da weder die Umschreibung des Inhalts des geforderten schadenmindernden Verhaltens noch die Art der Sanktionen bei einer Verletzung der Schadenminderungspflicht Anwendung finden können. Bei der EL-spezifischen Schadenminderungspflicht geht es nämlich nicht um eine Verbesserung der Erwerbsfähigkeit oder um eine neue Erwerbsmöglichkeit, sondern darum, den Existenzbedarf soweit als möglich und zumutbar aus eigener Kraft zu decken. Das kann zwar auch durch die Ausübung einer Erwerbstätigkeit geschehen, aber dabei handelt es sich nur um eine von mehreren Möglichkeiten (wie z.B. die bestmögliche Vermietung einer im Eigentum des EL-Ansprechers stehenden Liegenschaft gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. g i.V.m. lit. b ELG, das Beantragen eines angemessenen familienrechtlichen Unterhaltsbeitrages im Rahmen eines Scheidungsverfahrens



gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. g i.V.m. lit. h ELG oder die vollständige Ausnützung aller versicherungs- und sozialversicherungsrechtlichen Leistungsansprüche gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. g i.V.m. lit. d ELG). Bei der EL-spezifischen Schadenminderungspflicht handelt es sich um eine sowohl aus dem Sozialhilfe- als auch aus dem Versicherungsleistungscharakter der Ergänzungsleistungen fließende Pflicht, die keine explizite gesetzliche Grundlage benötigt. Niemand soll sich auf die Solidarität der Gesellschaft oder der Versichertengemeinschaft berufen können, der den Schaden selbst verursacht bzw. nicht alles Mögliche und Zumutbare vorgekehrt hat, um den Schaden/die Hilfsbedürftigkeit so klein wie möglich zu halten. Das bedeutet, dass die EL-spezifische Schadenminderungspflicht nicht in Anwendung von Art. 21 Abs. 4 ATSG abgemahnt werden muss, denn sie ist auch für einen juristischen Laien selbstverständlich (vgl. Art. 17 AVIG, der ebenfalls keine Abmahnung der Pflicht zur Stellensuche vorsieht, sondern davon ausgeht, dass diese Pflicht spätestens mit dem Eintritt der Arbeitslosigkeit entsteht). Im vorliegenden Fall ist die EL-spezifische Schadenminderungspflicht in der Form der Verwertung der verbliebenen erwerblichen Leistungsfähigkeit objektiv mit dem Beginn der Arbeitsunfähigkeit, spätestens mit dem Verlust der Arbeitsstelle entstanden. Eine Abmahnung ist dazu nicht nötig gewesen. Im Folgenden ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls ab wann der Beschwerdeführer die EL-spezifische Schadenminderungspflicht in der Form der Ausübung einer Erwerbstätigkeit im noch möglichen und zumutbaren Ausmass verletzt hat.

4.

Die Gesundheitsbeeinträchtigung hatte, wie das Ergebnis des IV-Verfahrens zeigt, trotz der entsprechenden Arbeitsunfähigkeitsbestätigungen des Hausarztes objektiv keine vollständige Unfähigkeit zur Folge, ein Erwerbseinkommen zu erzielen. Im massgebenden Zeitraum war der Beschwerdeführer noch weit von der in Art. 14a Abs. 2 ELV vorgegebenen Altersgrenze von 60 Jahren entfernt. Den aus dem Alter resultierenden Wettbewerbsnachteil auf dem Markt für adaptierte Hilfsarbeiten hätte er beispielweise durch die Bereitschaft zu besonderer Arbeitsqualität kompensieren können und müssen. Für das Vorliegen der behaupteten Arbeitsentwöhnung im Sinne einer Unfähigkeit, sich wieder in die Arbeitswelt zu integrieren und regelmässig einer Arbeit nachzugehen, fehlt jeder Hinweis. Die Umschreibung der adaptierten Erwerbstätigkeit, die sich den IV-Akten entnehmen lässt, lässt nicht auf eine ganz



besonders starke Verengung des noch in Frage kommenden Marktes für Hilfsarbeiten schliessen. In vielen Branchen werden leichte Hilfsarbeiten nachgefragt, die es dem Beschwerdeführer erlauben würden, das medizinisch ermittelte Höchstmass an Arbeitsleistung zu erbringen, ohne gesundheitliche Nachteile in Kauf nehmen zu müssen. Die Einnahme von Schmerzmitteln führt selten zu einem Nachteil auf dem Arbeitsmarkt, denn bei einer korrekten Medikation treten in der Regel keine relevanten Einschränkungen (beispielsweise in der Konzentrationsfähigkeit oder der intellektuellen Leistungsfähigkeit) auf. Die beruflichen Kenntnisse und Erfahrungen des Beschwerdeführers sind nicht per se wertlos. Es dürfte durchaus adaptierte Arbeitsplätze geben, an denen ihm seine beruflichen Kenntnisse und Erfahrungen sogar einen Wettbewerbsvorteil verschaffen würden. Ein erheblicher Nachteil ist die Beschränkung auf eine Tagesarbeitszeit von fünf Stunden, je hälftig verteilt auf den Vormittag und den Nachmittag. Es dürfte kaum Arbeitsplätze in der Industrie geben, an denen der Beschwerdeführer mit dieser Einschränkung eingesetzt werden könnte. Andererseits ist davon auszugehen, dass es beispielsweise in Handwerks- oder Gewerbebetrieben durchaus möglich und sinnvoll sein kann, eine Arbeitskraft einzustellen, die ohne Zeitdruck leichte Arbeiten besorgt, für welche die anderen Arbeitnehmer keine Zeit haben oder überqualifiziert sind. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer zwar eine Reihe von Nachteilen aufweist, die es ihm erschweren, eine geeignete Arbeitsstelle zu finden, dass diese Nachteile (zusammen mit der Teilinvalidität) aber nicht ausreichen, um ohne weiteres von einer unvermeidbaren Arbeitslosigkeit auszugehen. Der Beschwerdeführer hätte sich also in einem zumutbaren Ausmass um eine Arbeitsstelle bewerben müssen. Daran hat ihn die Besorgung des Haushalts nicht gehindert, denn die Behauptung, die Haushaltsarbeit erschöpfe ihn so stark, dass er sich nicht mehr bewerben könne, ist nicht plausibel. Die im IV-Verfahren ermittelte Gesundheitsbeeinträchtigung kann sich nämlich gar nicht derart stark auf die Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers auswirken, dass ihm sogar das Bewerben um eine Arbeitsstelle nicht mehr möglich wäre.

5.

Von Oktober 2005 bis September 2006 hat der Beschwerdeführer an einem Einsatzprogramm der C.\_\_\_\_ teilgenommen. Davor ist er gemäss seinen eigenen Angaben arbeitslos gewesen. Dass er sich damals bemüht hätte, eine Arbeitsstelle zu



finden, ist nicht belegt. Allerdings war der Beschwerdeführer von seinem Hausarzt Dr. med. B.\_\_\_\_ bereits damals zu 100% arbeitsunfähig geschrieben. Bis zum Beginn des Einsatzprogramms ist deshalb davon auszugehen, dass sich der Beschwerdeführer zwar nicht um eine Stelle bemüht hat, damit aber die objektiv bestehende ELV-spezifische Schadenminderungspflicht nicht schuldhaft verletzt hat, weil er sich aufgrund der Angaben seines Hausarztes für vollständig arbeitsunfähig halten durfte. Für die Zeit vor dem Beginn des Einsatzprogramms darf deshalb kein hypothetisches Erwerbseinkommen angerechnet werden, denn die Vermutung des Art. 14a Abs. 2 lit. b ELV muss als widerlegt gelten. Die Arbeit während des Einsatzprogramms mag zwar behinderungsbedingt eher ungeeignet gewesen sein, aber zumindest musste dem Beschwerdeführer damals klar geworden sein, dass er nicht vollständig arbeitsunfähig war. Auch für die Zeit der Teilnahme am Arbeitsprogramm sind keine Arbeitsbemühungen dokumentiert. Trotzdem kann aufgrund der Natur dieses Programms davon ausgegangen werden, dass ernsthaft, aber erfolglos versucht worden ist, dem Beschwerdeführer eine Arbeitsstelle in der freien Wirtschaft zu vermitteln. Das ist nicht gelungen, so dass der Beschwerdeführer nach dem Abschluss des Einsatzprogramms wieder ohne Arbeit gewesen ist. Es ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer während der Dauer des Einsatzprogramms seine Schadenminderungspflicht nicht verletzt hat, denn es hat trotz (ausreichender) Bemühungen keine Stelle für ihn gefunden werden können. Auch für die Dauer des Einsatzprogramms ist deshalb die Vermutung des Art. 14a Abs. 2 lit. b ELV widerlegt, so dass kein hypothetisches Erwerbseinkommen angerechnet werden darf. Während der Zeit unmittelbar nach dem Einsatzprogramm sind keine persönlichen Arbeitsbemühungen des Beschwerdeführers dokumentiert. Erst ab März 2007 hat er sich (einmal monatlich) um eine Arbeitsstelle beworben. Ein Teil dieser Bewerbungen hat ungeeignete, der Gesundheitsbeeinträchtigung nicht angepasste Stellen betroffen. Für die Zeit nach dem Ende des Einsatzprogramms ist somit davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer sich weder in qualitativer noch in quantitativer Hinsicht in ausreichendem Mass um eine Arbeitsstelle bemüht hat, so dass die von ihm behauptete Unvermeidbarkeit der Arbeitslosigkeit nicht nachgewiesen ist. Grundsätzlich ist deshalb die Vermutung des Art. 14a Abs. 2 lit. b ELV nicht mehr widerlegt, so dass ein entsprechendes hypothetisches Erwerbseinkommen anzurechnen ist. Hätte sich der Beschwerdeführer nach dem Ende des



Einsatzprogramms sofort in ausreichendem Mass um eine Arbeit bemüht, hätte er die Chance gehabt, eine geeignete Stelle zu finden. Allerdings wäre dies kaum auf sofort möglich gewesen. Es hätte einige Zeit gedauert, bis er die Stelle gefunden und sie dann auch angetreten hätte. Das rechtfertigt es, noch bis Ende 2006 davon auszugehen, dass die Vermutung des Art. 14a Abs. 2 lit. b ELV widerlegt ist. Erst ab dem 1. Januar 2007 ist deshalb eine Anspruchsberechnung vorzunehmen, bei der das pauschale hypothetische Erwerbseinkommen gemäss Art. 14a Abs. 2 lit. b ELV Berücksichtigung finden muss. Die Anspruchsberechnung der Beschwerdegegnerin erweist sich somit nur für die Zeit ab 1. Januar 2007 als korrekt. Für die Periode davor ist sie dadurch zu korrigieren, dass auf die Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens verzichtet wird. Dazu ist der angefochtene Einspracheentscheid aufzuheben und die Sache ist zur Neuverfügung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

6.

Im Sinne der vorstehenden Ausführungen ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. In bezug auf das Begehren des Beschwerdeführers um die Zusprache einer Parteientschädigung ist von einem vollständigen Obsiegen auszugehen, da sich der angefochtene Einspracheentscheid als rechtswidrig herausgestellt hat, die Beschwerdeführung also unverzichtbar gewesen ist. Der Vertretungsaufwand ist in Anwendung der Kriterien des Art. 61 lit. g ATSG auf Fr. 3000.- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen. Damit kommt das eventualiter gestellte Begehren um die Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung nicht zum Zug. Das Beschwerdeverfahren ist kostenlos.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 12. September 2008 aufgehoben und die Sache wird zur neuen Verfügung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.



2. Die Beschwerdegegnerin bezahlt dem Beschwerdeführer eine Parteienschädigung von Fr. 3000.-.
3. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.