



<b>Fall-Nr.:</b>	EL 2012/8
<b>Stelle:</b>	Versicherungsgericht
<b>Rubrik:</b>	EL - Ergänzungsleistungen
<b>Publikationsdatum:</b>	09.04.2015
<b>Entscheiddatum:</b>	09.04.2015

### **Entscheid Versicherungsgericht, 09.04.2015**

**Art. 11 Abs. 1 lit. g i.V.m. lit. a ELG. Verzicht auf Erwerbseinkommen. Ist der in die Anspruchsberechnung einbezogenen Ehefrau eine Invalidenrente mit der Begründung verweigert worden, sie sei aufgrund der IV-Praxis zu den somatoformen Schmerzstörungen und anderen syndromalen Krankheitsbildern "rechtlich" nicht invalid, während sie in einem Gutachten als nur noch zu 60% arbeitsfähig bezeichnet worden ist, so darf die IV-Praxis nicht übernommen werden. Massgebend für die Verzichtsproblematik ist die effektive und nicht eine fingierte "rechtliche" Leistungsfähigkeit (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 9. April 2015, EL 2012/8). Vizepräsident Ralph Jöhl, Versicherungsrichtern Monika Gehr-Hug und Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiber Tobias Bolt**

**Entscheid vom 9. April 2015 in Sachen A. \_\_\_, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Jürg Jakob, rohner thurnherr wiget & partner, Rosenbergstrasse 42b, 9000 St. Gallen, gegen Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen, Ausgleichskasse, Brauerstrasse 54, Postfach, 9016 St. Gallen, Beschwerdegegnerin, betreffend Ergänzungsleistung zur IV Sachverhalt:**

A.

A.a A. \_\_\_, meldete sich am 27. Juni 2010 zum Bezug einer Ergänzungsleistung zur Invalidenrente an (act. 38). Im Gesuchsformular gab er an, er erhalte eine Invalidenrente von Fr. 19'704.--; seine Ehefrau erziele ein Erwerbseinkommen von Fr. 52'252.--. In seinem Begleitschreiben hielt der Versicherte fest (act. 36), seine Ehefrau sei zu 100% erwerbstätig gewesen, bis im Januar 2009 ein "Burn-out" diagnostiziert worden sei. Seither sei sie krankgeschrieben und erhalte nun im zweiten Jahr 80% ihres Lohnes. Die EL-Durchführungsstelle erkundigte sich am 22. Juli 2010 beim Versicherten, wie hoch das der Ehefrau ausgerichtete Taggeld sei, seit wann es ausgerichtet werde und



wann der Anspruch enden werde (act. 24). B.\_\_\_\_ teilte am 20. August 2010 mit (act. 23), das Krankentaggeld werde seit dem 5. März 2009 ausgerichtet und es belaufe sich auf Fr. 125.60. Es werde noch bis 3. Januar 2011 ausgerichtet werden. Bei der Anspruchsberechnung ab Juni 2010 berücksichtigte die EL-Durchführungsstelle durchgehend jährliche Taggeldeinnahmen der Ehefrau von Fr. 45'844.--. Hinzu kamen die Invalidenrente von Fr. 19'704.-- und ein hypothetisches Erwerbseinkommen des Versicherten von Fr. 18'720.-- bzw. nach Abzug des Freibetrages von Fr. 1'500.-- und nach der Reduktion um einen Drittel Fr. 11'480.--. Das Einnahmentotal von Fr. 77'028.-- überschritt das Ausgabentotal von Fr. 72'624.-- um Fr. 4'404.-- (act. 22-2), weshalb die EL-Durchführungsstelle das Leistungsbegehren des Versicherten mit einer Verfügung vom 3. September 2010 abwies (act. 22-1).

A.b Der Versicherte ersuchte die Invalidenversicherung am 24. September 2010, seine Rente zu erhöhen (IV-Grad 70% statt 55%, act. 21). Am gleichen Tag erhob er Einsprache gegen die Abweisung seines Gesuchs um eine Ergänzungsleistung (act. 19). Er machte geltend, er sei zu 100% krankgeschrieben. Die EL-Durchführungsstelle sistierte das Einspracheverfahren bis zum rechtskräftigen Abschluss des IV-Rentenrevisionsverfahrens (act. 17). Der Versicherte reichte am 19. Dezember 2010 erneut eine Anmeldung zum Bezug einer Ergänzungsleistung ein (act. 9). Darin gab er u.a. an, er erhalte eine halbe Invalidenrente von Fr. 10'944.-- und zwei Kinderrenten à Fr. 4'380.--. Seine Ehefrau erziele kein Einkommen mehr, da ihr per 31. Januar 2011 gekündigt worden sei. Die Arbeitgeberin hatte der Ehefrau am 8. Juli 2010 eröffnet, dass das Arbeitsverhältnis nach dem Ende der Lohnfortzahlungspflicht/Ausrichtung des Krankentaggeldes am 3. Januar 2011 per 31. Januar 2011 aufgelöst werde (act. 15-1). Die AHV-Zweigstelle forderte den Versicherten am 22. Dezember 2010 auf, den Lohnausweis 2010 seiner Ehefrau einzureichen (act. 11). Der Versicherte reichte am 26. Januar 2011 die Lohnabrechnung für Januar 2011 ein (act. 8-2). Diese wies für Dezember 2010 ein Krankentaggeld von Fr. 3'894.-- und für die ersten drei Tage im Januar 2011 solches von Fr. 377.-- aus (act. 8-3). Gemäss dem Lohnausweis 2010 hatte die Ehefrau des Versicherten in diesem Jahr Lohnzahlungen von netto Fr. 58'297.-- erhalten (act. 6-2). Der Versicherte liess am 30. Mai 2011 sinngemäss geltend machen (act. 4), er sei aufgrund einer Verschlechterung seines Gesundheitszustandes nur noch in der Lage, ein bis zwei Stunden am Tag mit einer Leistung von lediglich 50-60% zu arbeiten. Die Ergänzungsleistung sei entsprechend zu berechnen. Ein



## St.Galler Gerichte

allfälliger Rentenanspruch der Ehefrau werde durch die Invalidenversicherung geprüft. Mit einer Verfügung vom 26. Oktober 2011 wies die Invalidenversicherung das Rentenerhöhungsgesuch des Versicherten ab (act. 42). Sie bestätigte den bisherigen Invaliditätsgrad von 55%. Die EL-Durchführungsstelle wies die Einsprache gegen die EL-Abweisungsverfügung vom 3. September 2010 am 31. Januar 2012 mit der Begründung ab (act. 43), der Versicherte bewerbe sich offenbar zur Zeit nicht auf offene Stellen. Deshalb könne er die gesetzliche Vermutung, dass es ihm möglich und zumutbar sei, ein Erwerbseinkommen von Fr. 18'720.-- zu erzielen, nicht umstossen. Demnach sei von einem Einnahmenüberschuss auszugehen.

B.

B.a Der Versicherte liess am 29. Februar 2012 Beschwerde gegen diesen Einspracheentscheid erheben (act. G 1). Sein Rechtsvertreter beantragte die Ausrichtung einer Ergänzungsleistung rückwirkend ab Juni 2010. Zur Begründung führte er aus, auf der Einnahmenseite seien mehrere Korrekturen vorzunehmen: Die Krankentaggelder von Fr. 45'844.-- dürften ab Februar 2011 nicht mehr angerechnet werden. An ihre Stelle sei eine Erwerbsunfähigkeitsrente der Versicherung C.\_\_\_\_ von Fr. 350.-- monatlich getreten. Der Beschwerdeführer habe zwischen September und Dezember 2011 neunzig Taggelder der Arbeitslosenversicherung erhalten. Diese hätten sich, umgerechnet auf ein Jahr, auf Fr. 9'546.-- belaufen. Die Ausrichtung dieser Taggelder sei im Januar 2012 eingestellt worden. Seit Februar 2012 sei die Invalidenrente des Beschwerdeführers das einzige Einkommen der Familie. Der angefochtene Einspracheentscheid hätte der Sachverhaltsentwicklung bis 31. Januar 2012 Rechnung tragen müssen. Tatsächlich habe aber weder der Wegfall des Krankentaggeldes noch die Ausrichtung eines Taggeldes der Arbeitslosenversicherung Berücksichtigung gefunden. Selbst wenn dem Beschwerdeführer grundsätzlich ein hypothetisches Erwerbseinkommen anzurechnen wäre, hätte spätestens ab Februar 2011 ein Anspruch auf eine Ergänzungsleistung bestanden. Dass sich der Beschwerdeführer während des laufenden Rentenrevisionsverfahrens nicht auf offene Stellen beworben habe, liege auf der Hand, denn er sei in Übereinstimmung mit seinen behandelnden Ärzten von einer vollständigen Erwerbsunfähigkeit ausgegangen. Unmittelbar nach der Zustellung des Vorbescheides der Invalidenversicherung habe er sich beim RAV zur Stellenvermittlung gemeldet und sich während rund sechs Monaten



vergeblich um eine Anstellung bemüht. Damit sei offenkundig, dass er seine Restarbeitsfähigkeit auf dem aktuellen Arbeitsmarkt nicht verwerten könne. Deshalb dürfe ihm kein hypothetisches Erwerbseinkommen angerechnet werden. In der Beschwerdeergänzung vom 30. März 2012 (act. G 4) liess der Beschwerdeführer argumentieren, seine Ehefrau sei seit dem 4. Januar 2009 krankgeschrieben. Gemäss einem Vorbescheid der Invalidenversicherung vom 20. Februar 2012 habe sie keinen Anspruch auf eine Invalidenrente. Die definitive Verfügung stehe noch aus. Die Versicherung C.\_\_\_\_ habe die Erwerbsunfähigkeitsrente von Fr. 350.-- monatlich bis Ende Februar 2012 ausgerichtet. Im angefochtenen Einspracheentscheid hätte dem Wegfall der Krankentaggelder per 4. Januar 2011 und der Ausrichtung von Taggeldern der Arbeitslosenversicherung ab 1. September 2011 (die jedenfalls ein hypothetisches Erwerbseinkommen ersetzen) Rechnung getragen werden müssen. In Bezug auf die Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens des Beschwerdeführers machte dessen Rechtsvertreter geltend, während des laufenden Rentenrevisionsverfahrens hätten die beiden behandelnden Ärzte eine Arbeitsunfähigkeit von 100% bzw. von 70-80% attestiert. Unter diesen Umständen könnten für diesen Zeitraum keine Stellenbewerbungen verlangt werden. Deshalb müsse für die Dauer des Rentenrevisionsverfahrens auf die Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens verzichtet werden. Gemäss dem in diesem Revisionsverfahren eingeholten psychiatrischen Gutachten werde es der Beschwerdeführer schwer haben, auf dem freien Arbeitsmarkt eine Anstellung zu finden. Nach der Zustellung des Vorbescheids habe sich der Beschwerdeführer unverzüglich zur Stellenvermittlung beim RAV gemeldet und sich dann regelmässig um eine Stelle bemüht. Trotzdem sei es ihm während sieben Monaten nicht gelungen, eine Arbeitsstelle zu finden. Auch nach dem Ende der Taggeldausrichtung habe er seine Arbeitsbemühungen - erfolglos - weitergeführt. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers reichte die zuhanden des RAV erstellten Nachweise der persönlichen Arbeitsbemühungen für September 2011 bis März 2012 ein. Er machte weiter geltend, auch der Ehefrau sei kein hypothetisches Erwerbseinkommen anzurechnen, denn es seien minderjährige Kinder vorhanden, was in Analogie zu Art. 14b ELV und zum Scheidungsrecht die Ausübung einer Erwerbstätigkeit als unzumutbar erscheinen lasse. Gerade die dreifache Belastung durch die Erwerbstätigkeit, die Kinderbetreuung und die Versorgung des Beschwerdeführers



habe zu einem Burn-out-Syndrom geführt. Das Rentengesuch sei immer noch hängig. Selbst wenn aus IV-rechtlicher Sicht eine Arbeitsfähigkeit von 50% gegeben sein sollte, sei die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit somit nicht zumutbar.

B.b Die Beschwerdegegnerin beantragte am 17. April 2012 die Abweisung der Beschwerde (act. G 7). Sie machte geltend, der Wegfall der Krankentaggelder sei ihr nicht gemeldet worden. "So oder anders" sei ein Einkommen der Ehefrau anzurechnen. Diese könne nicht im IV-Verfahren als vollerwerbstätig, im EL-Verfahren aber als Hausfrau gelten, nur weil das vorteilhafter sei.

B.c Der Beschwerdeführer liess in der Replik vom 21. Mai 2012 sinngemäss geltend machen (act. G 9), der Methode zur Invaliditätsbemessung und der Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens lägen komplett unterschiedliche Fragestellungen zugrunde, nämlich im IV-Verfahren die Frage nach dem Verhalten ohne die Gesundheitsbeeinträchtigung und im EL-Verfahren die Frage nach dem zumutbaren Verhalten mit der Gesundheitsbeeinträchtigung. Anzurechnen sei das Einkommen, das die betreffende Person tatsächlich erzielen könnte, wobei nicht auf den (IV-spezifischen) ausgeglichenen, sondern auf den konkreten Arbeitsmarkt abzustellen sei. Der Ehefrau sei es wegen der drohenden permanenten Überforderung (Kinderbetreuung, Mitbetreuung des Ehemannes, Haushaltbesorgung, Erwerbstätigkeit) nicht mehr zumutbar, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Dass das Rentengesuch der Ehefrau abgewiesen werde, sei reine Spekulation. Gemäss einem psychiatrischen Gutachten sei die Ehefrau nur noch in einer behinderungsadaptierten Tätigkeit (ohne erhöhte emotionale Belastung, ohne erhöhten zeitlichen Druck, ohne Forderung nach geistiger Flexibilität, ohne vermehrte Kundenkontakte, ohne Nacharbeit, ohne überdurchschnittliche Dauerbelastung) einsetzbar und dort noch zu 60% arbeitsfähig. Weil die Ausbildung zur Coiffeuse lange zurückliege und nie ausgeübt worden sei, käme nur noch eine einfache und repetitive Tätigkeit in Frage, so dass ein hypothetisches Einkommen anhand des Durchschnittslohnes der Hilfsarbeiterinnen ermittelt werden müsste. Das ergäbe ein hypothetisches Erwerbseinkommen von Fr. 19'822.40, das allerdings gemäss Art. 25 Abs. 4 ELV frühestens sechs Monate nach der Zustellung der entsprechenden Verfügung angerechnet werden dürfte. Die Meldepflicht sei nicht verletzt worden, weil kein Revisionsverfahren vorliege. Am 1. Juni



2012 gab der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers im Detail an (act. G 11), wann und wie die Auskunftspflicht erfüllt worden sei.

B.d Mit einer Verfügung vom 13. Juni 2012 sprach die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer rückwirkend ab Dezember 2010 eine Ergänzungsleistung zu (act. G 13.1). Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers wies in einer Eingabe an das Gericht vom 19. Juli 2012 darauf hin (act. G 13), dass diese Verfügung rechtskräftig sei. Bei dieser neuen Ausgangslage ziehe er die Beschwerde zurück. Da die verfügte Leistungszusprache einer vollständigen Anerkennung der Beschwerde gleichkomme, bestehe trotz des Beschwerderückzuges ein Anspruch auf eine Parteientschädigung. Diese belaufe sich auf Fr. 5'137.20. Mit einer Verfügung vom 21. August 2012 widerrief die Beschwerdegegnerin ihre Verfügung vom 13. Juni 2012. Gleichzeitig verneinte sie für die Zeit ab Dezember 2010 einen Anspruch auf eine Ergänzungsleistung (act. G 17.1). Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers machte am 4. September 2012 geltend (act. G 17), er habe seine Eingabe irrtümlicherweise als Rückzug betitelt. Tatsächlich habe es sich aber um einen Antrag auf Abschreibung infolge Gegenstandslosigkeit gehandelt. Das ergebe sich auch daraus, dass der Antrag auf eine ausseramtliche Entschädigung beibehalten worden sei. Mit der neuen Verfügung wäre die Gegenstandslosigkeit rückwirkend wieder entfallen. Tatsächlich sei die Widerrufsverfügung aber als nichtig einzustufen, da die Beschwerdegegnerin wegen des Devolutiveffekts der Beschwerde gar nicht mehr funktionell zuständig gewesen sei. Würde das irrtümlicherweise als "Rückzug" betitelte Schreiben als Rückzug eingestuft, wäre dem Widerruf mit dem Widerruf vom 21. August 2012 die Grundlage entzogen, womit die Rückzugserklärung als unbeachtlich einzustufen und das Beschwerdeverfahren fortzusetzen wäre. Das Beschwerdeverfahren sei aufgrund der Verfügung vom 13. Juni 2012 als gegenstandslos abzuschreiben.

B.e Die Beschwerdegegnerin führte am 18. September 2012 aus (act. G 19), im Juni 2012 sei es gar nicht mehr möglich gewesen, den angefochtenen Einspracheentscheid wiederzuerwägen. Das sei für den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers erkennbar gewesen. Trotzdem habe er die Beschwerde vorbehaltlos zurückgezogen. Das Beschwerdeverfahren sei deshalb infolge Rückzuges abzuschreiben. Die Verfügung vom 13. Juni 2012 sei ohnehin nichtig.



B.f Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers wies am 10. Oktober 2012 darauf hin, dass die Beschwerdegegnerin aus ihrem widersprüchlichen Verhalten nicht für sich einen Vorteil ableiten könne. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 109 V 234 E. 3) komme einem Beschwerderückzug keine Rechtswirkung zu, wenn dieser im Vertrauen auf eine sich als nichtig herausstellende Verfügung erfolgt sei. Im Übrigen sei die Verfügung vom 13. Juni 2012 keine Wiedererwägung, sondern eine Ergänzung gewesen. Deshalb sei sie auch nicht als nichtig zu betrachten. Da die Beschwerdegegnerin die am 13. Juni 2012 verfügte Leistung sofort ausbezahlt habe, habe kein Grund bestanden, an der Rechtsgültigkeit dieser Verfügung zu zweifeln. Die Verfügung vom 13. Juni 2012 wäre, wenn sie nichtig wäre, als Antrag an das Gericht zu interpretieren, so dass übereinstimmende Anträge das Beschwerdeverfahren beendet hätten. Die Vertretungskosten hätten sich auf Fr. 6'094.80 erhöht.

B.g Die Beschwerdegegnerin liess sich dazu nicht vernehmen.

B.h Das Gericht sistierte das Beschwerdeverfahren am 11. Juli 2013 bis zum rechtskräftigen Abschluss des den Invalidenrentenanspruch der Ehefrau betreffenden Verfahrens vor dem Bundesgericht (act. G 25). Mit einem Urteil vom 29. Oktober 2013 (9C\_454/2013) verneinte das Bundesgericht einen Rentenanspruch der Ehefrau des Beschwerdeführers.

### **Erwägungen:**

1. Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist der Einspracheentscheid vom 31. Januar 2012 und Streitgegenstand ist die Abweisung eines Gesuchs um die Ausrichtung einer Ergänzungsleistung rückwirkend ab Juni 2010 (Gesuch vom 27./28. Juni 2010). Die "Verfügung" vom 13. Juni 2012 enthält keinen Hinweis darauf, dass die Beschwerdegegnerin damit den angefochtenen Einspracheentscheid vom 31. Januar 2012 hätte widerrufen und durch eine Leistungszusprache ersetzen wollen. Sie erwähnt nämlich nicht das Leistungsgesuch vom Juni 2010, sondern eine "Anmeldung" vom 22. Dezember 2010. Tatsächlich hat der Beschwerdeführer unter diesem (Eingangs-) Datum nochmals ein Gesuchsformular eingereicht. Die Fokussierung auf diese "Anmeldung" vom 22. Dezember 2010 dürfte dazu geführt haben, dass die Sachbearbeiter der Beschwerdegegnerin am 13. Juni



2012 eine "Verfügung" erstellt und versandt haben, die das gesamte bis dahin abgelaufene Verwaltungs-, Einsprache- und Beschwerdeverfahren ignoriert hat. Das ändert aber nichts daran, dass die Verfügung vom 13. Juni 2012 pendente lite ergangen ist, denn sie hat - zumindest ab Dezember 2010 - dasjenige Rechtsverhältnis zum Gegenstand, das den Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet. Der Devolutiveffekt einer Beschwerde hat grundsätzlich zur Folge, dass die Verwaltung mit der Beschwerdeerhebung ihre funktionelle Zuständigkeit verliert. Erlässt sie also nach der Beschwerdeerhebung eine Verfügung, die den Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens betrifft, so ist diese Verfügung wegen der fehlenden Zuständigkeit nichtig. Art. 53 Abs. 3 ATSG sieht eine beschränkte Ausnahme vom Devolutiveffekt vor: Die Verwaltung bleibt bis zu ihrer Stellungnahme im Beschwerdeverfahren funktionell zuständig, kann also nochmals über das Rechtsverhältnis verfügen, das den Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet. Die "Verfügung" vom 13. Juni 2012 ist nach der Stellungnahme im Beschwerdeverfahren vom 17. April 2012 eröffnet worden. Zu diesem Zeitpunkt ist die Beschwerdegegnerin nicht mehr gestützt auf Art. 53 Abs. 3 ATSG funktionell zuständig gewesen. Das bedeutet, dass die "Verfügung" vom 13. Juni 2012, wie im Übrigen auch diejenige vom 21. August 2012, nichtig ist. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ist am 19. Juli 2012 also in einem - von der Beschwerdegegnerin durch ihren eigenen Fehler provozierten - Irrtum befangen gewesen, als er unter Berufung auf die formell rechtskräftige "Verfügung" vom 13. Juni 2012 ausgeführt hat: "Aufgrund dieser neuen Ausgangslage ziehe ich hiermit die für den Beschwerdeführer [...] erhobene Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 31. Januar 2012 zurück und bitte Sie, das Verfahren am Protokoll abzuschreiben". Er ist nämlich davon ausgegangen, dass eine verbindliche Leistungszusprache in der Form der "Verfügung" vom 13. Juni 2012 vorliege, obwohl diese "Verfügung" nichtig war und deshalb das im Streit liegende Rechtsverhältnis gar nicht regeln konnte. Die gewählte Formulierung ist so klar gewesen, dass entgegen den späteren Ausführungen des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers nicht angenommen werden kann, es sei gemeint gewesen, das Beschwerdeverfahren solle wegen der durch die verbindliche Anerkennung seitens der Beschwerdegegnerin bewirkten Gegenstandslosigkeit abgeschrieben werden. Diese "Interpretation" vermag nicht zu überzeugen, zumal die Verfügung vom 13. Juni 2012 den unmittelbaren Anspruch in der Zeit von Juni bis Dezember 2010 nicht erfasst hat.



Deshalb ist zu prüfen, ob die Beschwerde rechtswirksam zurückgezogen worden ist. Ein Beschwerderückzug muss vorbehaltlos erfolgen, ist also bedingungsfeindlich, da auch der Abschreibungsbeschluss des Gerichts, der sich auf diesen Rückzug stützt, vorbehaltlos sein muss, um eine unerträgliche Rechtsunsicherheit zu vermeiden. Daraus darf aber nicht der Schluss gezogen werden, dass der Beschwerderückzug nicht widerrufen werden könne, wenn die Beschwerde führende Person nachträglich feststellt, dass ihr Beschwerderückzug auf einem Irrtum beruht hat. Der Widerruf eines Beschwerderückzugs schafft nämlich keine unerträgliche Rechtsunsicherheit, da das Gericht nun einen materiellen Entscheid erlassen wird. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat zwar seinen Beschwerderückzug nicht explizit widerrufen, sondern ihn nachträglich als ein Begehren auf eine Abschreibung zufolge Anerkennung durch die Beschwerdegegnerin uminterpretieren wollen. Faktisch hat er damit aber klargestellt, dass der Beschwerderückzug nach seinem Willen keine Wirkung entfalten sollte. Das ist als wirksamer Widerruf des Beschwerderückzuges zu deuten. Die Beschwerde ist deshalb materiell zu beurteilen.

2. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. g i.V.m. lit. a ELG ist ein Erwerbseinkommen, auf dessen Erzielung verzichtet wird, als Einnahme anzurechnen. Ein Verzicht liegt vor, wenn die betreffende Person keiner Erwerbstätigkeit nachgeht, obwohl ihr dies möglich und zumutbar wäre. Möglich ist die Ausübung einer Erwerbstätigkeit, wenn die betreffende Person arbeitsfähig ist und wenn sie auf dem aktuellen für sie in Frage kommenden Arbeitsmarkt eine Stelle finden könnte, wenn sie sich darum bemühen würde. Zumutbar ist eine Erwerbstätigkeit, wenn nicht eine andere Aufgabe (z.B. die Betreuung eines behinderten Kindes) vorgehen muss, weil sie unbedingt nötig ist und nicht durch eine andere Person oder durch eine Institution (z.B. Spitex) geleistet werden kann.

2.1 Invaliden unter 60 Jahren ist gemäss Art. 14a Abs. 2 lit. b ELV bei einem Invaliditätsgrad von 50% bis unter 60% ein hypothetisches Erwerbseinkommen im Umfang des Höchstbetrages für den Lebensbedarf (Art. 10 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 ELG) anzurechnen. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer gestützt auf diese Verordnungsbestimmung ein hypothetisches Erwerbseinkommen angerechnet. Sie ist also davon ausgegangen, dass es dem Beschwerdeführer möglich und zumutbar sei, ein Erwerbseinkommen im angerechneten Pauschalbetrag zu erzielen. Der



Beschwerdeführer hat sinngemäss einwenden lassen, er sei nicht arbeitsfähig. Er hat dies mit den Arbeitsfähigkeitsschätzungen behandelnder Ärzte belegt. Die Beschwerdegegnerin hat die Arztzeugnisse nicht auf ihre Überzeugungskraft geprüft. Sie hat stattdessen auf Art. 14a Abs. 2 lit. b ELV verwiesen. Tatsächlich hat diese (vom Bundesgericht in einer langjährigen Rechtsprechung als gesetzmässig qualifizierte) Regelung zum Zweck, den EL-Durchführungsstellen die Ermittlung des objektiv bestehenden Arbeitsfähigkeitsgrades der Invalidenrentner zu "ersparen". Dazu wird das Ergebnis der Sachverhaltsabklärung der IV-Stelle, nämlich der Invaliditätsgrad, als vermutungsweise korrekt erklärt. Wer also wie der Beschwerdeführer zu 55% invalid ist, muss belegen, dass die Resterwerbsfähigkeit von 45% nicht der objektiv bestehenden Arbeitsfähigkeit entspricht, wenn er verhindern will, dass ihm ein hypothetisches Erwerbseinkommen angerechnet wird. Der Beschwerdeführer hat dazu zwar Arbeitsfähigkeitsschätzungen behandelnder Ärzte eingereicht, aber das gleichzeitig ablaufende Rentenrevisionsverfahren hat ergeben, dass diese Arbeitsfähigkeitsschätzungen nicht richtig sind, dass der Beschwerdeführer also nach wie vor in einem Umfang arbeitsfähig ist, der einer Resterwerbsfähigkeit von 45% entspricht. Das bedeutet, dass der Beschwerdeführer die Vermutung des Art. 14a Abs. 2 lit. b ELV in Bezug auf die ihm verbliebene Arbeitsfähigkeit nicht hat widerlegen können. Der Beschwerdeführer hat im Beschwerdeverfahren nichts vorgebracht, das diese Vermutung widerlegen könnte. Zu prüfen bleibt, ob der Beschwerdeführer in der Lage gewesen ist, eine geeignete Arbeitsstelle zu finden, an der er seine Restarbeitsfähigkeit adäquat verwerten könnte. Art. 14a Abs. 2 lit. b ELV enthält auch diesbezüglich eine widerlegbare Vermutung. Diese lautet: Der Beschwerdeführer hätte eine Arbeitsstelle finden können, wenn er sich darum bemüht hätte. Diese Vermutung kann nicht durch einen Verweis auf eine schlechte Arbeitsmarktsituation, auf eine geringe Zahl von Stellen für in ihrer Gesundheit beeinträchtigte und deshalb nur teilarbeitsfähige Personen u.ä. widerlegt werden, denn auf diese Weise lässt sich eine "unverschuldete" Stellenlosigkeit nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit belegen. Dieser Nachweis kann nur mittels einer aktiven Stellensuche der invaliden Person geführt werden. Findet diese Person keine Arbeitsstelle, obwohl sie sich in einem ausreichenden Ausmass ernsthaft bemüht, so ist ihr der Nachweis der Unmöglichkeit, die Restarbeitsfähigkeit zu verwerten, gelungen und die Vermutung des Art. 14a Abs. 2 lit. b ELV ist widerlegt. Dann liegt kein Verzicht



auf ein Erwerbseinkommen vor. Dieser Nachweis kann allerdings nicht ein für allemal geführt werden, da sich die Art und die Zahl der offenen Arbeitsstellen dauernd ändert. Der Nachweis der "unverschuldeten" Stellenlosigkeit muss deshalb dauernd geführt werden, denn Monat für Monat stellt sich die Frage nach der Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens neu. Der Beschwerdeführer hat sich vor der Anmeldung zum Leistungsbezug im Juni 2010 nicht um eine Arbeitsstelle bemüht. Dasselbe gilt für die Zeit bis zum Erlass der Verfügung vom 3. September 2010. Allerdings ist nicht bekannt, wann der Beschwerdeführer das Rentenrevisionsgesuch gestellt hat bzw. ab wann die behandelnden Ärzte eine praktisch vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert haben. Die Behauptung, das Unterbleiben der Stellensuche während des laufenden Rentenrevisionsverfahrens dürfe nicht als Verzichtshandlung qualifiziert werden, weil die damals bestehende Überzeugung, praktisch vollständig arbeitsunfähig zu sein, gar keine Arbeitsbemühungen zugelassen habe (zumal die IV-Stelle dem Beschwerdeführer widersprüchliches Verhalten vorgeworfen hätte), ist von der Beschwerdegegnerin im Einspracheverfahren nicht auf seine Richtigkeit geprüft worden. Den dem Gericht vorliegenden Akten lässt sich nicht entnehmen, wann erstmals eine erhöhte Arbeitsunfähigkeit attestiert worden ist, wann ein Rentenrevisionsverfahren eröffnet worden ist und ob der Beschwerdeführer wirklich davon überzeugt gewesen ist bzw. objektiv hat überzeugt sein können, nicht mehr fähig zu sein, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Auch für die Periode, in welcher der Beschwerdeführer sich im Zusammenhang mit der Ausrichtung eines Taggeldes der Arbeitslosenversicherung um eine Arbeitsstelle bemüht hat, steht nicht fest, dass diese Anstrengungen quantitativ und qualitativ ausreichend gewesen sind, um die Vermutung der "selbstverschuldeten" Stellenlosigkeit in Art. 14a Abs. 2 lit. b ELV zu widerlegen. Das gilt erst recht für die Zeit nach dem Ende der Taggeldausrichtung. In Bezug auf die Stellenlosigkeit erweist sich der Sachverhalt somit als unzureichend abgeklärt. Schliesslich bleibt noch zu untersuchen, ob es dem Beschwerdeführer zumutbar gewesen ist, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Sollte sich ergeben, dass der Ehefrau ein hypothetisches Erwerbseinkommen anzurechnen ist, das auf einer - fiktiven - vollständigen Ausnützung der objektiv bestehenden Arbeitsfähigkeit beruht, stellt sich die Frage, ob die Ehefrau daneben auch noch den Haushalt hätte besorgen und nötigenfalls die Kinder betreuen können. Sollte diese Frage verneint werden müssen, hätte es am Beschwerdeführer gelegen, diese Aufgaben zu übernehmen. Damit wäre



seine Restarbeitsfähigkeit wohl erschöpft gewesen, so dass es ihm nicht mehr zumutbar gewesen wäre, überhaupt noch einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Auch im Zusammenhang mit der Zumutbarkeit einer fiktiven Erwerbstätigkeit besteht also noch ein zusätzlicher Abklärungsbedarf. Dieser betrifft zum einen die Leistungsfähigkeit der Ehefrau des Beschwerdeführers und zum anderen den Aufwand für die Haushaltsbesorgung und die Kinderbetreuung.

2.2 Die Ehefrau des Beschwerdeführers hat zwar minderjährige Kinder (Jg. 20\_\_ und 20\_\_), aber das rechtfertigt entgegen der Auffassung des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers keine analoge Anwendung des Regelungsinhalts des Art. 14b ELV oder der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Unterhaltsansprüchen geschiedener Frauen. Die Ehefrau des Beschwerdeführers ist nämlich bei der Kinderbetreuung und der Haushaltsbesorgung, anders als eine verwitwete oder geschiedene Frau, nicht auf sich allein gestellt. Selbst wenn der Beschwerdeführer im Ausmass seiner Restarbeitsfähigkeit einer Erwerbstätigkeit nachginge, wäre er doch den halben Tag zuhause und könnte somit in dieser Zeit die Kinderbetreuung übernehmen und allenfalls sogar gewisse Arbeiten im Haushalt ausführen. Mit der Kinderbetreuung und der Haushaltsbesorgung lässt sich die (sinngemäss) behauptete Unzumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit also nicht begründen. Es sind auch keine anderen Umstände erkennbar, welche die Ausübung einer Erwerbstätigkeit als unzumutbar erscheinen liessen. Zu klären bleibt, ob es der Ehefrau des Beschwerdeführers möglich ist, im Umfang ihrer Restarbeitsfähigkeit einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Die IV-Stelle hat im Rahmen der Prüfung des Rentenbegehrens der Ehefrau des Beschwerdeführers eine psychiatrische Begutachtung veranlasst. Dabei ist die Diagnose einer Neurasthenie kombiniert mit einer mittelgradigen depressiven Störung erhoben worden. Der psychiatrische Sachverständige hat die Arbeitsfähigkeit bezogen auf eine behinderungsangepasste Erwerbstätigkeit auf 60% geschätzt. Trotzdem ist die IV-Stelle von einer uneingeschränkten Arbeitsfähigkeit ausgegangen; sie hat das Rentenbegehren abgewiesen. Dieser Entscheid ist letztinstanzlich vom Bundesgericht bestätigt worden (Urteil vom 29. Okt. 2013, 9C\_454/2013). Das Bundesgericht hat dies damit begründet, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers bei einer objektiven Betrachtung eine leidensadaptierte Tätigkeit ohne wesentliche Einschränkung verrichten könne. Die Neurasthenie erfülle die Foerster'schen Kriterien nicht, so dass bei einer zumutbaren



Willensanstrengung weder die Auswirkungen dieser Krankheit noch die Auswirkungen der mittelgradigen depressiven Störung eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bewirkten. Selbst wenn die mittelgradige depressive Störung ein von der Neuasthenie unabhängiges Leiden wäre, könnte sie "rechtlich" keine Invalidität begründen. Es wäre dann nämlich davon auszugehen, dass diese Erkrankung therapierbar sei. Begründet hat das Bundesgericht seine eigenständige "rechtliche" Arbeitsfähigkeitsschätzung mit der medizinischen Empirie, die belege, dass die Neurasthenie (und die daraus entstandene mittelgradige Depression) mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar sei. Tatsächlich hat das Bundesgericht nicht zu erklären vermocht, woher diese medizinische Empirie stammt. Das erstaunt nicht, denn die medizinische Wissenschaft kennt kein objektives, d.h. für alle Kranken identisches Mass an zumutbarer Willensenergie bezogen auf die Ausübung einer Erwerbstätigkeit trotz der Krankheit. Aus medizinischer Sicht kann offensichtlich nur das subjektive, d.h. das dem einzelnen Patienten effektiv zur Verfügung stehende Mass an Willensenergie relevant sein. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Arbeitsfähigkeit bei somatoformen Schmerzstörungen und ähnlichen syndromalen Krankheitsbildern beruht also nicht auf einer einzelfallspezifischen Realität, sondern auf einem fiktiven, rein rechtlich definierten Arbeitsfähigkeitsbegriff, für dessen Existenz naturgemäss keine medizinische Empirie angeführt werden kann. Hinzu kommt, dass es sich dabei nicht um den normalen rechtlichen Arbeitsfähigkeitsbegriff handelt, da er nur für somatoforme Schmerzstörungen und verwandte Krankheitsbilder eine so grosse Willensenergie fingiert, dass praktisch immer eine uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit resultiert. Diese wenig überzeugende Rechtsprechung kann nicht auf den Verzichtstatbestand des Art. 11 Abs. 1 lit. g i.V.m. lit. a ELG übertragen werden. Ob allerdings eine rechtskräftige Invaliditätsbemessung, die sich auf diese Rechtsprechung stützt, in Anwendung von Art. 14a Abs. 2 ELV doch massgebend sein muss, kann vorliegend offen bleiben, denn auf die Frage nach einem allfälligen Einkommensverzicht der Ehefrau des Beschwerdeführers ist diese Verordnungsbestimmung nicht anwendbar. Der psychiatrische Sachverständige hat die Arbeitsfähigkeit der Ehefrau des Beschwerdeführers bezogen auf eine behinderungsadaptierte Erwerbstätigkeit auf 60% geschätzt, wie sich dem entsprechenden Urteil des Bundesgerichts entnehmen lässt. Diese medizinische Arbeitsfähigkeitsschätzung ist vom Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen als überzeugend und damit als überwiegend wahrscheinlich richtig



qualifiziert worden (Entscheid IV 2012/192 vom 22. Mai 2013). Folglich ist die Beschwerdegegnerin zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Post in einem Vollpensum hätte erwerbstätig sein und ein entsprechendes Einkommen erzielen können. Aus medizinischer Sicht hätte ihr nur die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in einem Pensum von 60% zugemutet werden können. Damit ist aber die Frage, ob die familiäre Situation bzw. die Betreuungs- und Haushaltführungspflichten dies zugelassen hätten, noch nicht beantwortet. Für die Zeit nach dem Ende der Krankentaggeldzahlungen bis zum Abschluss des Verfahrens zur Prüfung eines Rentenanspruchs wird die Beschwerdegegnerin zu prüfen haben, ob sich die Ehefrau des Beschwerdeführers trotz der teilweisen Arbeitsunfähigkeit und der häuslichen Pflichten um eine Arbeitsstelle hätte bemühen müssen oder ob die Arbeitsplatzsuche noch nicht zumutbar, die Stellenlosigkeit also noch "unverschuldet" war, so dass kein hypothetisches Erwerbseinkommen angerechnet werden kann. Spätestens ab dem Urteil des Bundesgerichts hat sich die Ehefrau des Beschwerdeführers wohl darüber im Klaren sein müssen, dass sie ihre Restarbeitsfähigkeit von 60% ausnützen muss, um an den Unterhalt der Familie beizutragen. Die Beschwerdegegnerin wird anhand der IV-Akten die Höhe des zumutbaren Erwerbseinkommens zu ermitteln haben. Gegebenenfalls wird sie im Anschluss daran zu prüfen haben, ob es den Eheleuten bei einer (fiktiven) Ausnützung der jeweiligen Restarbeitsfähigkeit zur Erzielung eines Erwerbseinkommens noch möglich wäre, die Kinder zu betreuen und den Haushalt zu besorgen. Sollte diese Frage verneint werden müssen, wird die Beschwerdegegnerin prüfen, wie weit die fiktiven Erwerbstätigkeit(en) zu reduzieren sind, um die Kinderbetreuung und die Haushaltsbesorgung (fiktiv) weiterhin zu gewährleisten.

3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin den massgebenden Sachverhalt nicht ausreichend abgeklärt hat. Die Sache ist deshalb an sie zurückzuweisen, damit sie dies nachholen und dann neu verfügen kann. Im Hinblick auf einen allfälligen Anspruch auf eine Parteientschädigung ist dieser Verfahrensausgang als vollumfängliches Obsiegen des Beschwerdeführers zu werten. Dieser hat somit einen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Der Aufwand für die notwendige Vertretung im vorliegenden Verfahren erweist sich nicht als derart hoch, dass er die Ausrichtung einer der Honorarnote entsprechenden deutlich überdurchschnittlichen Parteientschädigung rechtfertigen würde. Die zu studierenden



Akten weisen einen durchschnittlichen Umfang auf. Die wesentlichen Rechtsfragen sind eng umrissen und spezifisch gewesen, was ebenfalls die Annahme eines überdurchschnittlichen Vertretungsaufwandes ausschliesst. Der durch den unangebrachten Beschwerderückzug verursachte Vertretungsaufwand kann nicht der Beschwerdegegnerin angelastet werden. Gesamthaft rechtfertigt es sich, die Parteientschädigung auf den praxisgemäss durchschnittlichen Pauschalbetrag von Fr. 3'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzulegen. Damit ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung gegenstandslos.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

### **entschieden:**

1. Die Beschwerde wird dahingehend gutgeheissen, dass der Einspracheentscheid vom 31. Januar 2012 aufgehoben und die Sache zur weiteren Abklärung des Sachverhalts und zur neuen Verfügung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird.
2. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- zu bezahlen.
3. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.