



Fall-Nr.: BV 2010/8
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: BV - berufliche Vorsorge
Publikationsdatum: 09.09.2019
Entscheiddatum: 11.08.2011

Entscheid Versicherungsgericht, 11.08.2011

Art. 24 Abs. 2 BVV 2. Überversicherungsberechnung in der beruflichen Vorsorge. Frage der Anrechnung eines hypothetisch erzielbaren Erwerbseinkommens beim Bezüger einer Teilrente, der ein Resterwerbseinkommen erzielt (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 11. August 2011, BV 2010/8).

Präsident Martin Rutishauser, Versicherungsrichterinnen Christiane Gallati und Marie-Theres Rüegg, Gerichtsschreiber Walter Schmid

Entscheid vom 11. August 2011

in Sachen

A.____,

Kläger,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Kaspar Noser, Marktstrasse 2, Postfach,
8853 Lachen SZ,

gegen

Pensionskasse B. _____,

Beklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Markus Storchenegger, Rorschacher Strasse 107,
9000 St. Gallen,



betreffend

Invalidenrente

Sachverhalt:

A.

Mit Verfügung vom 10. November 2008 sprach die IV-Stelle A.___ (nachfolgend: Versicherter) auf der Basis eines IV-Grads von 62% mit Wirkung ab August 2006 eine Dreiviertelsrente von monatlich Fr. 1'338.-- zuzüglich zweier Kinderrenten von je Fr. 535.-- (bis und mit Dezember 2006) bzw. von monatlich Fr. 1'374.-- zuzüglich zweier Kinderrenten von Fr. 550.-- (ab Januar 2007) zu. Das Invalideneinkommen 2006 legte sie mit Fr. 26'639.-- fest (act. G 1.1/2). Nachdem der Versicherte durch Rechtsanwalt lic. iur. K. Noser, Lachen, bei der Pensionskasse der B.___, (nachfolgend: Pensionskasse) die Ausrichtung von Invalidenleistungen hatte beantragen lassen (act. G 1.1/3), teilte die Pensionskasse am 29. August 2008 die voraussichtliche Leistungshöhe (unter Vorbehalt einer noch vorzunehmenden Überentschädigungsberechnung) mit (act. G 1.1/6). Der Rückversicherer der Pensionskasse, die Schweizerische Mobiliar Lebensversicherungs-Gesellschaft (nachfolgend: Mobiliar) anerkannte mit Schreiben vom 22. Januar 2009 den Anspruch des Versicherten auf eine reglementarische Invalidenrente auf der Basis eines IV-Grads von 62% ab dem 22. August 2007 (d.h. nach Ablauf der 24monatigen Wartezeit) im Betrag von Fr. 1'412.25 monatlich, wobei sie diesen Betrag nach Vornahme einer Überentschädigungsberechnung (Anrechnung eines weiterhin erzielbaren Erwerbseinkommens von Fr. 27'084.-- pro Jahr [2007] bzw. Fr. 2'257.-- pro Monat) auf Fr. 585.90 kürzte (act. G 1.1/12). Die Pensionskasse leistete hierauf für die Zeit vom 22. August 2007 bis 28. Februar 2009 eine Nachzahlung von Fr. 585.90 pro Monat und richtete diesen Betrag auch für die Folgezeit aus (act. G 1.1/13). Im Rahmen eines weiteren Briefwechsels bestätigte die Mobiliar ihren Standpunkt (act. G 1.1/14-16, 20-22).

B.



B.a Mit Eingabe vom 10. Mai 2010 erhob Rechtsanwalt Noser für den Versicherten Klage gegen die Pensionskasse mit den Anträgen, es sei festzustellen, dass der Kläger gegenüber der Beklagten mit Wirkung ab 22. August 2007 Anspruch auf eine reglementarische Invalidenrente zu 62% = Fr. 16'947.-- pro Jahr bzw. Fr. 1'412.25 pro Monat habe. Demgemäss sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger mit Wirkung ab 22. August 2007 die festzustellende Rente auszurichten, unter Anrechnung ihrer bisher erbrachten Leistungen. Zur Begründung hielt der Rechtsvertreter unter anderem fest, der Kläger sei mit der Anrechnung eines weiterhin erzielbaren Erwerbseinkommens von jährlich Fr. 27'084.-- nicht einverstanden, während er die übrigen Rechnungsfaktoren gemäss dem Schreiben der Mobiliar vom 22. Januar 2009 akzeptiere. Er sei nicht der Auffassung, er könne seine Restarbeitsfähigkeit überhaupt nicht verwerten. Seit dem Frühsommer 2008 habe er sich intensiv und monatelang um eine Teilzeitstelle bemüht, allerdings bis in den Januar 2009 erfolglos. Zwischen Januar und April 2009 habe er im Rahmen einer Hauswarttätigkeit bei durchschnittlich 41.5 Stunden monatlich Fr. 1'168.30 und ab Mai 2009 Fr. 1'083.-- erzielt. Er verwerte seine Restarbeitsfähigkeit entsprechend seinen gesundheitlichen Möglichkeiten und den Gegebenheiten auf dem Arbeitsmarkt. Das tatsächlich erzielte Erwerbseinkommen bewirke keine Überentschädigung. Wer wie der Kläger in erheblichem Ausmass teilinvalid sei, habe erfahrungsgemäss grosse Mühe, noch eine Teilzeiterwerbsstelle zu finden, welche exakt der medizinisch-theoretischen Restarbeitsfähigkeit, hier also 38%, entspreche. Wenn verlangt werde, dass der Kläger beweise, dass er nicht zu 38% teilerwerbstätig sein könne, würden überzogene Beweisanforderungen gestellt. Sowohl die Hausärztin als auch der behandelnde Psychiater würden dem Kläger eine erhebliche Einschränkung der Arbeitsfähigkeit in einer leichten Tätigkeit bescheinigen. Es sei überwiegend wahrscheinlich, dass sich das im IV-Verfahren ermittelte Resterwerbseinkommen tatsächlich nicht erzielen lasse. Auch unter rein gesundheitlichen Gesichtspunkten könne die theoretische Restarbeitsfähigkeit nur teilweise in eine Erwerbstätigkeit umgesetzt werden. Die Überentschädigungsberechnung der Beklagten beruhe auf unzutreffenden Annahmen und Vermutungen. Die Kürzung der Rente sei ungerechtfertigt und verstosse gegen das Gesetz und das Reglement der Beklagten.

B.b In der Klageantwort vom 23. August 2010 beantragte Rechtsanwalt lic. iur. M. Storchenegger, St. Gallen, für die Beklagte Abweisung der Klage, unter



Entschädigungsfolge zulasten des Klägers. Zur Begründung legte er unter anderem dar, das vom Kläger seit August 2009 erzielte Nettoeinkommen von Fr. 13'000.-- pro Jahr entspreche einem Bruttoeinkommen von Fr. 13'916.50. Beim Kläger könne aufgrund des Gutachtens des ZMB vom 17. Juni 2008 und des Schlussberichts der Befas Appisberg vom 29. Mai 2007 von einer mindestens 50%igen Arbeitsfähigkeit ausgegangen werden. Die vom Kläger ausgeübte Tätigkeit entspreche nur rund einem Viertel eines vollen Pensums. Er habe zwischen dem 2. Juni 2008 und dem 20. Januar 2009 praktisch ausschliesslich Stellen als Lagermitarbeiter oder Chauffeur gesucht. Nach Abschluss des Arbeitsvertrags als Hauswart und Abmeldung beim RAV habe er sich mit dem niedrigen Pensum zufrieden gegeben und habe in der Folge wohl auch sämtliche weiteren Stellensuchbemühungen eingestellt. Er könne sich über keine weitere Stellensuche im Hauswartbereich ausweisen. Es gelte damit weiterhin die Vermutung, dass das zumutbarerweise noch erzielbare Einkommen mit dem von der IV ermittelten Invalideneinkommen übereinstimme.

B.c Mit Replik vom 4. Oktober 2010 bestätigte der Rechtsvertreter des Klägers seinen Standpunkt. Zur Begründung führte er unter anderem aus, von Bedeutung sei nicht der ausgeglichene Arbeitsmarkt, sondern der konkrete, dem Kläger zur Verfügung stehende Arbeitsmarkt. Die Vermutung der Beklagten, der Kläger habe sich von der Arbeitslosenkasse mindestens zu 50% vermitteln lassen, treffe nicht zu. Der Kläger habe vernünftigerweise Stellen gesucht, bei denen er angesichts seiner starken Einschränkung Aussicht auf Erfolg gehabt habe, was dann auch bei der Hauswartstelle der Fall gewesen sei. Es treffe zu, dass der Kläger mit dem Antritt der Hauswartstelle weitere Stellenbemühungen eingestellt habe, weil er mit der Hauswartstelle vollauf ausgelastet sei; eine oder mehrere weitere Teilzeitstellen vermöchte er nicht zu versehen. Sein Gesundheitszustand lasse dies nicht zu. Für die Bemessung der Restarbeitsfähigkeit sei nicht das ZMB-Gutachten massgeblich, sondern die auch für die Beklagte verbindliche Verfügung der IV-Stelle.

B.d In der Duplik vom 4. November 2010 hielt der Rechtsvertreter der Beklagten an seinen Anträgen und Ausführungen fest.

B.e Das Versicherungsgericht zog die Akten der Arbeitslosenkasse Unia und des Regionalen Arbeitsvermittlungszentrums (RAV) Lachen betreffend den Kläger bei (act.



G 23, 24). Nach Einsichtnahme in die Akten teilte der Rechtsvertreter des Klägers am 7. Januar 2011 mit, er halte an der bisher vertretenen Rechtsauffassung fest und verzichte auf eine mündliche Verhandlung (act. G 27). Der Rechtsvertreter der Beklagten reichte am 18. Januar 2011 eine Stellungnahme ein (act. G 29). Hierzu äusserte sich der Rechtsvertreter des Klägers mit Eingabe vom 28. Januar 2011 (act. G 31).

Erwägungen:

1.

Am 1. Januar 2005 trat die 1. BVG-Revision, welche auch eine Änderung der Regelung der Überentschädigungsabschöpfung (insbesondere Art. 24 Abs. 2 BVV 2) mit sich brachte, in Kraft. - In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestands Geltung haben (BGE 127 V 467; vorliegend: Überversicherungsberechnung ab 22. August 2007). Grundlage des vorliegenden Klageverfahrens bildet nicht ein Rechtsmittelentscheid einer Vorinstanz. Hingegen steht fest, dass die Beklagte bzw. die Mobilien in der Überversicherungsrechnung vom 22. Januar 2009 per 22. August 2007 ein zumutbarerweise erzielbares (hypothetisches) Einkommen anrechnete (act. G 1.1/12) und ihren Standpunkt im Schreiben vom 21. April 2009 bestätigte (act. G 1.1/15). Hierauf leitete der Kläger am 10. Mai 2010 das Klageverfahren vor Versicherungsgericht ein. Mit Blick auf diese Gegebenheiten ist konkret das ab 1. Januar 2005 gültige Recht der obligatorischen beruflichen Vorsorge anzuwenden, soweit ihm neben dem Reglement der Beklagten (Ausgabe 2006; act. G 1.1/23) eine eigenständige Bedeutung zukommt.

2.

2.1 Die Vorsorgeeinrichtung kann die Hinterlassenen- und Invalidenleistungen kürzen, soweit sie zusammen mit anderen anrechenbaren Einkünften 90 Prozent des mutmasslich entgangenen Verdienstes übersteigen (Art. 24 Abs. 1 BVV 2). Als anrechenbare Einkünfte gelten Leistungen gleicher Art und Zweckbestimmung, die der anspruchsberechtigten Person aufgrund des schädigenden Ereignisses ausgerichtet



werden, wie Renten oder Kapitalleistungen mit ihrem Rentenumwandlungswert in- und ausländischer Sozialversicherungen und Vorsorgeeinrichtungen mit Ausnahme von Hilflosenentschädigungen, Abfindungen und ähnlichen Leistungen. Bezüglich von Invalidenleistungen wird überdies das weiterhin erzielte oder zumutbarerweise noch erzielbare Erwerbseinkommen angerechnet (Art. 24 Abs. 2 BVV 2). Die Vorsorgeeinrichtung kann die Voraussetzungen und den Umfang einer Kürzung jederzeit überprüfen und ihre Leistungen anpassen, wenn die Verhältnisse sich wesentlich ändern (Art. 24 Abs. 5 BVV 2). Gemäss Art. 20 Abs. 2 des ab 1. Januar 2006 gültigen Reglements der Beklagten werden Versicherungsleistungen gekürzt, soweit sie zusammen mit anderen anrechenbaren Einkünften 90 Prozent des mutmasslich entgangenen Verdienstes der versicherten Person übersteigen. Als anrechenbare Einkünfte gelten unter anderem das weiterhin tatsächlich erzielte oder erzielbare Erwerbseinkommen, sowie allfällige Leistungen der Arbeitslosenversicherung.

2.2 Nach der Rechtsprechung besteht der Zweck der in Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2 vorgeschriebenen Anrechenbarkeit des zumutbarerweise erzielbaren Erwerbseinkommens darin, teilinvalide Versicherte, welche die ihnen zumutbare Restarbeitsfähigkeit nicht verwerten, finanziell denjenigen gleichzustellen, die - in Erfüllung der Schadenminderungspflicht - das ihnen zumutbare Invalideneinkommen tatsächlich erzielen (BGE 134 V 64 Erw. 4.1.1). Zu berücksichtigen sei weiter der funktionale Zusammenhang zwischen erster (Invalidenversicherung) und zweiter Säule (berufliche Vorsorge), wie er in den Art. 23, 24 Abs. 1 und Art. 26 Abs. 1 BVG positivrechtlich verankert sei. Zweck dieser gesetzlichen Konzeption sei es, einerseits eine weitgehende materiellrechtliche Koordination zwischen erster und zweiter Säule zu erreichen. Andererseits sollten damit die Organe der beruflichen Vorsorge von eigenen aufwändigen Abklärungen bezüglich der Voraussetzungen des Umfangs und des Beginns des Invalidenrentenanspruchs in der zweiten Säule möglichst freigestellt werden (BGE 134 V 64 Erw. 4.1.2 mit Hinweis auf BGE 133 V 67 Erw. 4.3.2; BGE 132 V 1 Erw. 3.2 S. 4). Wenn nach der gesetzlichen Konzeption der Invalidenleistungen aus der ersten und zweiten Säule die Festlegungen der IV-Stelle bezüglich Entstehung, Höhe und Beginn des Rentenanspruchs grundsätzlich für die Invalidenrente der obligatorischen beruflichen Vorsorge massgebend und verbindlich seien, so müsse das im invalidenversicherungsrechtlichen Verfahren festgelegte Invalideneinkommen dem Grundsatz nach auch in der berufsvorsorgerechtlichen



Überentschädigungsberechnung Berücksichtigung finden. Ausgangspunkt sei daher der Grundsatz der Kongruenz von Invalideneinkommen und zumutbarerweise noch erzielbarem Erwerbseinkommen im Sinn des Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2. Im gleichen Verhältnis stünden Valideneinkommen und mutmasslich entgangener Verdienst (Urteil des Bundesgerichts [bis 31. Dezember 2006: Eidgenössisches Versicherungsgericht, EVG] B 17/03 vom 2. September 2004, zusammengefasst in: SZS 2005 S. 321). Damit sei im Sinn einer Vermutung davon auszugehen, dass das von der IV-Stelle festgelegte Invalideneinkommen dem zumutbarerweise noch erzielbaren Erwerbseinkommen nach Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2 entspreche (BGE 134 V 64 Erw. 4.1.3).

2.3 Das invalidenversicherungsrechtlich festgelegte Invalideneinkommen wird auf der Grundlage eines ausgeglichenen Arbeitsmarkts (Art. 16 ATSG) ermittelt. Der ausgeglichene Arbeitsmarkt ist ein theoretischer und abstrakter Begriff. Er berücksichtigt die konkrete Arbeitsmarktlage nicht, umfasst in wirtschaftlich schwierigen Zeiten auch tatsächlich nicht vorhandene Stellenangebote und sieht von den fehlenden oder verringerten Chancen Teilinvaliden, eine zumutbare und geeignete Arbeitsstelle zu finden, ab (BGE 110 V 273 Erw. 4b). Das zumutbarerweise erzielbare Erwerbseinkommen im Sinn von Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2 basiert nach der Rechtsprechung demgegenüber auf dem Zumutbarkeitsgrundsatz, der die Berücksichtigung der gesamten objektiven und subjektiven Umstände, auch in arbeitsmarktlicher Hinsicht, verlangt (BGE 134 V 64 Erw. 4.2.1 mit Hinweis auf Ueli Kieser, Bemerkungen, in: AJP 2005 S. 228, Ziff. 5.4.1; Stefan Hofer, Überlegungen zum revidierten Art. 24 Abs. 2 BVV 2, in: HAVE 2005, 167ff). Bei der Würdigung der subjektiven Gegebenheiten und Möglichkeiten einer bestimmten versicherten Person ist ein objektiver Massstab anzulegen. Bezogen auf das zumutbarerweise erzielbare Erwerbseinkommen verlangt der Zumutbarkeitsgrundsatz, dass die Vorsorgeeinrichtung, welche eine Kürzung ihrer obligatorischen Invalidenleistungen beabsichtigt, dem teilinvaliden Versicherten vorgängig das rechtliche Gehör hinsichtlich jener arbeitsmarktbezogenen und persönlichen Umstände gewähren muss, die ihm die Erzielung eines Resterwerbseinkommens in der Höhe des Invalideneinkommens erschweren oder verunmöglichen. Solche subjektiven Gegebenheiten, denen unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten Rechnung zu tragen ist, sind alle Umstände, welche - im Rahmen einer objektivierenden Prüfung - für die effektiven Chancen des betreffenden Versicherten, auf dem jeweiligen tatsächlichen Arbeitsmarkt eine



geeignete und zumutbare Arbeitsstelle zu finden, von wesentlicher Bedeutung sind (BGE 134 V 64 Erw. 4.2.1). Verfahrensrechtlich steht dem Recht der versicherten Person, mit subjektiven Gegebenheiten und tatsächlichen Arbeitsmarktchancen, welche die Erzielung eines dem Invalideneinkommen quantitativ entsprechenden Resterwerbseinkommens erschweren oder verunmöglichen, gehört zu werden, eine diesbezügliche Mitwirkungspflicht gegenüber. Die versicherte Person hat die persönlichen Umstände und tatsächlichen Arbeitsmarktchancen, welche der Erzielung eines mit dem Invalideneinkommen äquivalenten Resterwerbseinkommens entgegenstehen, im Überentschädigungsverfahren zu behaupten, zu substantiieren und hierfür soweit möglich Beweise anzubieten, namentlich durch den Nachweis erfolglos gebliebener Stellenbemühungen (BGE 134 V 64 Erw. 4.2.2).

3.

3.1 Ausgehend von der von der Rechtsprechung aufgestellten Vermutung der Erzielbarkeit des von der IV festgelegten Invalideneinkommens ist in beweisrechtlicher Hinsicht vorweg festzuhalten, dass es grundsätzlich an der versicherten Person liegt, im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht persönliche Umstände und tatsächliche Arbeitsmarktchancen für eine allfällige Nichterzielbarkeit darzutun und die Vermutung dadurch umzustossen. Der Kläger erhielt mit der Zustellung der Überentschädigungsberechnung mit Schreiben vom 4. Februar 2009 Kenntnis von der Anrechnung eines hypothetischen Resterwerbs (act. G 1.1/12f). Ein Hinweis auf die Einräumung des rechtlichen Gehörs zur Geltendmachung von arbeitsmarktlichen und persönlichen Gegebenheiten hinsichtlich der Erzielung eines höheren hypothetischen Resterwerbseinkommens als des tatsächlich erzielten fehlt darin (act. G 1.1/13). Immerhin wurden aber die Modalitäten der Überentschädigungsberechnung umfassend dargelegt, so dass der Kläger - auch wenn keine entsprechende Aufforderung der Beklagten vorlag - von sich aus dazu Stellung nehmen konnte. Er liess denn auch seinen Standpunkt mit Schreiben vom 16. Februar 2009 sowie in weiteren Eingaben darlegen. Auch wenn das rechtliche Gehör bei diesem Verfahrensablauf als nicht vollumfänglich gewährt angesehen würde, könnte diese Verletzung als geheilt gelten, da sich der Kläger - wenn auch erst im Nachhinein - umfassend zur Einkommensanrechnung äussern konnte.



3.2 Die Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens würde für die Zeit vom 22. August bis 31. Dezember 2007 bis zum monatlichen Betrag von Fr. 1'431.-- (Überentschädigungsgrenze von Fr. 5'317.-- [Fr. 70'891.-- x 90% : 12] abzüglich IV-Rente einschliesslich Kinderrenten von Fr. 2'474.-- sowie abzüglich ungekürzte BV-Rente von Fr. 1'412.-- [Fr. 16'947.-- : 12] zu keiner Kürzung der Rente der Beklagten führen. Zu prüfen ist somit die Frage, ob der Kläger ein höheres Einkommen als Fr. 1'431.-- pro Monat erzielen könnte bzw. ob ihm - in Ergänzung zu dem von ihm effektiv erzielten Erwerbs- oder Ersatzeinkommen - ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden kann. Mit Wirkung ab August 2006 erhält er eine Dreiviertels-Rente der IV wegen eines chronischen thorakolumbal betonten panvertebralen Syndroms, einer rezidivierenden depressiven Störung, gegenwärtig mittelgradige Episode, und einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung. Für die Verfügung vom 10. November 2008 stellte die IV-Stelle insbesondere auf das Gutachten des ZMB vom 17. Juni 2008 (act. G 9.1) ab. Darin wurde unter anderem festgehalten, repetitive schwere Arbeiten, die das Achsenorgan belasten würden, sollte der Kläger nicht mehr ausführen müssen. Für eine rückenadaptierte Tätigkeit in Wechselhaltung sei er somatisch jedoch vollschichtig arbeitsfähig. Aufgrund der aktuell weiter noch bestehenden Depressivität mit entsprechender Antriebshemmung und eingengtem Denken sei aktuell und wahrscheinlich seit der Erwerbsaufgabe 2006 von einer Arbeitsfähigkeit von höchstens 50% auszugehen. Mit seiner Zwanghaftigkeit sehe er sich mit Ängsten konfrontiert, die aufgrund der äusseren, realen Umstände nicht vollständig erklärt werden könnten. Er könne ca. sechs Stunden täglich für eine körperlich geeignete Arbeit eingesetzt werden; wegen der Verlangsamung resultiere eine Leistung von ca. 50%. Zur Frage, wann die Arbeitsunfähigkeit eingetreten sei, hielten die Gutachter fest, der Kläger sei nach der Kündigung der Arbeitsstelle (letzter Arbeitstag Ende Juni 2006; act. G 9.1 S. 6; G 24.13.8) in die depressive Entwicklung geraten (act. G 9.1 S. 21f). Diese Feststellungen stimmen im Wesentlichen überein mit denjenigen, welche bereits die Befas Appisberg in ihrem Schlussbericht vom 29. Mai 2007 festgehalten hatte. Damals war von einer (psychiatrisch begründeten) vollen Arbeitsunfähigkeit ausgegangen, diese jedoch für Juli 2007 zur Reevaluation empfohlen worden (act. G 9.2). Die Internistin Dr. med. C.____, verwies in ihrem Bericht vom 4. September 2009 ebenfalls auf die Ergebnisse der ZMB-Begutachtung. Sie hielt jedoch dann fest, der Kläger könne aus ihrer Sicht ca. zwei Stunden pro Tag in



angepasster Tätigkeit arbeiten. Seine Hauswartstelle, die er aktuell ausübe, sei eine ideale Alternative, sofern die Belastung die zwei Stunden pro Tag durchschnittlich nicht überschreite. Er könne die Arbeit nach eigenem Ermessen und je nach Befinden einteilen (act. G 1.1/18). Dr. med. D.____, Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, hielt im Bericht vom 7. September 2009 unter Verweis auf die bereits im ZMB-Gutachten angeführten Diagnosen fest, dass nach seiner Einschätzung, die er mit dem Kläger gemeinsam im vergangenen Jahr getroffen habe, dieser zu einer leichten beruflichen Tätigkeit im Umfang von drei Stunden pro Tag in der Lage wäre (act. G 1.1/19).

3.3 Die Beklagte nahm die Überentschädigungs-Berechnung auf den 22. August 2007 dahingehend vor, dass sie ein weiterhin erzielbares (hypothetisches) Erwerbseinkommen in Höhe von jährlich Fr. 27'084.-- bzw. Fr. 2'257.-- anrechnete. Hieraus resultierte eine gekürzte Rente von Fr. 585.90 monatlich (act. G 1.1/12). Zu prüfen ist nachstehend, ob sich die Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens - über den Betrag des tatsächlichen Einkommens hinaus - für die Zeit von August 2007 bis Juli 2008 (ohne Erzielung eines tatsächlichen Einkommens; nachstehend Erw. 4.1, 4.2), ab August 2008 (neben ALV-Taggeldern; nachstehend Erw. 4.2- 4.4) und ab Januar 2009 (neben einem tatsächlich erzielten Erwerbseinkommen; nachstehend Erw. 5) konkret aufrechterhalten lässt.

4.

4.1 Der Kläger erhielt bis Anfang September 2007 Krankentaggeldleistungen (act. G 24.13.9). Am 19. August 2008 hatte er sich zum Leistungsbezug bei der Arbeitslosenversicherung angemeldet und erklärt, er sei bereit und in der Lage, eine Teilzeittätigkeit im Umfang von 50% anzunehmen (act. G 24.13; G 13.1/32 S. 2). Auch in der Folgezeit bestätigte er immer wieder, dass er eine 50%-Tätigkeit suche (act. G 24.21 bis 24-26). Dieses Pensum entsprach dem gutachterlich festgestellten Arbeitsfähigkeitsgrad. Bereits für die beiden Monate zuvor, d.h. ab Juni 2008, erbrachte er Arbeitsbemühungen für Teilzeitstellen (act. G 23.1 bis 23.8; act. G 1.1/5). Der Kläger lässt ausführen, er habe sich seit Frühsommer 2008 intensiv um eine Teilzeitstelle bemüht (act. G 1 S. 5). Das RAV Lachen bescheinigte für die Zeit vor Eintritt der Arbeitslosigkeit denn auch genügende Arbeitsbemühungen (act. G 24.13.7).



Für den Zeitraum davor, d.h. von August 2007 bis Mai 2008, sind demgegenüber keinerlei Arbeitsbemühungen aktenkundig; solche werden vom Kläger auch nicht geltend gemacht. Aufgrund der medizinischen Akten kann als erstellt gelten, dass er in seiner seinem Gesundheitsschaden angepassten Tätigkeit zu 50 % (nicht 38%; vgl. act. G 1 S. 6) arbeitsfähig ist (vgl. dazu Erw. 3.2); massgebend ist dabei die Restarbeitsfähigkeit (Art. 6 ATSG), nicht die Resterwerbsfähigkeit (Art. 7 ATSG). Das zumutbare Invalideneinkommen 2006 auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt bezifferte die IV-Stelle mit Fr. 26'639.-- (act. G 1.1/2). Die Beklagte nahm eine Aufrechnung auf die Nominallohnverhältnisse 2007 vor und legte der Überentschädigungsberechnung einen Betrag von Fr. 27'084.-- bzw. Fr. 2'257.-- pro Monat zugrunde (act. G 1.1/12, 1.1/15). Aus den Berichten von Dr. C.____ und Dr. D.____ ist kein im Vergleich zur Situation anlässlich der ZMB-Begutachtung abweichender Gesundheitszustand ersichtlich. Die Einschätzung der Leistungsfähigkeit durch die behandelnden Ärzte stellt lediglich eine andere Würdigung derselben medizinischen Umstände dar, welche soweit ersichtlich im Wesentlichen auch auf der Einschätzung des Klägers beruht (vgl. act. G 1.1/18, 1.1/19). Im Übrigen bestätigte Dr. C.____ gegenüber der Arbeitslosenversicherung ab 1. August 2008 ebenfalls eine Arbeitsfähigkeit von 50% (act. G 24.13.2). Eine gesundheitliche Veränderung wird auch vom Kläger nicht geltend gemacht. Sein Einwand, dass sein gesundheitliches Befinden gerade noch die Ausübung der Teilzeitstelle erlaube, die er seit Januar 2009 versehe, und ihm eine Steigerung der Erwerbstätigkeit aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden könne (act. G 1 S. 7), hilft für sich allein - ohne konkrete Anhaltspunkte für die Unzumutbarkeit einer Tätigkeit mit hälftigem Pensum - nicht weiter. Der Umstand, dass der Kläger aufgrund seiner gesundheitlichen Situation mit einem im Vergleich zu gesunden Personen tieferen Einkommen zu rechnen hat, wurde beim Invalideneinkommen mit einem zusätzlichen Abzug von 10% berücksichtigt (act. G 1.1/2). Dem Einwand des Klägers, er sei in seiner Arbeitsfähigkeit zu über 60% (richtig: 50%) eingeschränkt und könne daher (ohne besondere Berufskennnisse) erfahrungsgemäss, wenn überhaupt, nur auf eine Teilzeitstelle im Niedriglohnbereich zählen (act. G 1 S. 6), ist mit dem erwähnten Abzug in einem gewissen Umfang Rechnung getragen worden. Eine Überprüfung der Berechnungsgrundlagen der IV-Rente, insbesondere des zumutbaren Invalideneinkommens, kann in diesem Verfahren nicht nachgeholt werden. Nachdem das ZMB-Gutachten, der Befas-Bericht und



Berichte der behandelnden Ärzte in diesem Verfahren eingereicht wurden, würde ein Beizug der weiteren IV-Akten für die Beurteilung der streitigen Fragen überwiegend wahrscheinlich keine zusätzlichen Erkenntnisse liefern. Es rechtfertigt sich daher, von einem solchen Aktenbeizug abzusehen. Persönliche oder arbeitsmarktliche Gründe, welche die Erzielung des von der IV festgelegten Invalideneinkommens ausschliessen würden, können bei den geschilderten Verhältnissen für den erwähnten Zeitraum (August 2007 bis Mai 2008) nicht als belegt gelten, weshalb sich diesbezüglich die Anrechnung des Invalideneinkommens bei der Überentschädigungsberechnung nicht beanstanden lässt.

4.2 Der Nachweis der Nichterzielbarkeit eines Erwerbseinkommens setzt voraus, dass sich eine versicherte Person um Stellen bewirbt, welche ihren gesundheitlichen und persönlichen Verhältnissen angepasst sind. Nach der Praxis der ALV-Behörden wird dazu eine fortlaufende – sich nicht auf einzelne Tage beschränkende - schriftliche Dokumentation der Bemühungen verlangt, wobei pro Monat generell fünf bis acht Bemühungen auszuweisen sind. Bewerbungen bei einem immer gleich bleibenden Kreis von potentiellen Arbeitgebern genügen - vor allem wenn sich dies dann über einen längeren Zeitraum erstreckt - den qualitativen Anforderungen nicht (vgl. Einstellraster gemäss dem vom seco herausgegebenen Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung, D33 und D50-D64, D72 abrufbar unter www.treffpunkt-arbeit.ch; vgl. auch Weisung GL-18 des Amtes für Arbeit, St. Gallen, betreffend Kontrolle der Arbeitsbemühungen). Im Weiteren werden nach der Rechtsprechung im Bereich der Arbeitslosenversicherung Bewerbungen, welche lediglich telefonisch und "auf gut Glück" erfolgten, grundsätzlich als qualitativ ungenügend erachtet (vgl. Entscheide des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 13. Juli 2004 i/S P.H. [AVI 2004/40] und i/S J.B. [AVI 2004/61]).

Bei den vom Kläger für die Monate Juni 2008 bis Januar 2009 erbrachten Arbeitsbemühungen handelt es sich vorwiegend um telefonische und vereinzelt um schriftliche Bewerbungen sowie solche durch persönliche Vorsprache. Sie erfüllen soweit ersichtlich die Anforderungen. Die Tatsache, dass einzelne Arbeitsbemühungen als "Blindbewerbungen" erfolgten, vermag für sich allein deren Qualität noch nicht als ungenügend erscheinen zu lassen; dies zumal dann, wenn einer versicherten Person - wie dies beim Kläger der Fall war - von ihrer Ausbildung und ihren Möglichkeiten her im



Wesentlichen eine beliebige Hilfstätigkeit in einem Produktions- oder Dienstleistungsbetrieb offensteht Eine Blindbewerbung kann zudem den Vorteil mit sich bringen, dass die versicherte Person nicht zum vornherein gegen gesunde Mitbewerber unterliegt und unter Umständen die "Gunst der Stunde" für sich nutzen kann (vgl. Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 25. Mai 2010 i/S. I. 2. [BV 2008/21]). Für den Kläger kommt zudem ein relativ grosses Spektrum an nicht einschlägig qualifizierten Hilfsarbeiten in Betracht, für welche von potentiellen Arbeitgebern in der Regel keine qualifizierten Bewerbungen verlangt werden. Sodann steht fest, dass die ausländische Staatsangehörigkeit und die berufliche Ausbildung in Bosnien (act. G 9.1 S. 6) grundsätzlich nicht schaden, weil die zumutbare Arbeit eine Hilfsarbeit ist, für welche eine eigentliche Ausbildung nicht erforderlich ist. Hilfsarbeiten stellen zudem regelmässig keine hohen Anforderungen an die Kommunikationsmöglichkeit in deutscher Sprache. Der Kläger kann sich zudem nach Lage der Akten in deutscher Sprache genügend verständlich machen (act. G 9.1 S. 16), so dass von da her die Arbeitsmarktchancen nicht eingeschränkt sind. Er fand denn auch auf den 20. Januar 2009 eine Teilzeittätigkeit als Hauswart und meldete sich als Folge davon von der Arbeitsvermittlung ab (act. G 24.20). Bei der geschilderten Aktenlage können ihm für die Zeit von Juni 2008 bis 19. Januar 2009 nicht ungenügende Bemühungen, eine für ihn bzw. seinen Gesundheitszustand geeignete Teilzeittätigkeit zu finden, vorgeworfen werden. Es ist überwiegend wahrscheinlich auf arbeitsmarktliche Gründe zurückzuführen, dass er im erwähnten Zeitraum keine Arbeit fand. Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens erscheint daher für diesen Zeitraum nicht gerechtfertigt.

4.3 Bei der in Art. 24 Abs. 2 BVV 2 vorgesehenen Anrechnung des weiterhin erzielten oder des zumutbarerweise noch erzielbaren Erwerbs- oder Ersatzeinkommens handelt es sich nach dem Wortlaut dieser Bestimmung grundsätzlich um eine Entweder-oder-Lösung in dem Sinn, dass im Fall des Vorliegens eines tatsächlich erzielten Erwerbs- oder Ersatzeinkommens dieses grundsätzlich auch anzurechnen ist und nicht unbesehen der tatsächlichen Verhältnisse (vgl. dazu unter Erw. 4.4) wahlweise das (höhere) hypothetisch erzielbare Einkommen (gemäss IV-Verfügung) berücksichtigt werden darf. Diese Sichtweise dürfte auch mit der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung in Einklang stehen (vgl. BGE 134 V 64 Erw. 4.1.1 am Schluss). Art. 20 Abs. 2 des Reglements der Beklagten übernimmt für die



Überentschädigungsberechnung im Wesentlichen die Regelung von Art. 24 Abs. 2 BVV 2.

4.4 Die Regelung von Art. 20 Abs. 2 des Reglements 2006 kann nun allerdings in der Praxis dann zu stossenden Ergebnissen führen, wenn sowohl das von der versicherten Person tatsächlich erzielte Erwerbs- oder Ersatzeinkommen als auch - ergänzend oder "auffüllend" – noch hypothetisches Einkommen bis zur Höhe des Invalideneinkommens gemäss IV-Verfügung angerechnet wird. Insbesondere beim Bezug von ALV-Taggeldern, welche Ersatzeinkommen im erwähnten Sinn darstellen, hat die versicherte Person (auch hypothetisch) keine Möglichkeit, für den jeweils in Frage stehenden konkreten Zeitraum ein (hypothetisch festgelegtes) höheres Einkommen zu generieren. Eine betragliche Ergänzung des ALV-Taggeldes bis zur Höhe des zumutbarerweise erzielbaren Einkommens ist diesfalls offensichtlich nicht gerechtfertigt. Die "auffüllende" Anrechnung des hyp. Einkommens hätte auch zur Folge, dass die Höhe des effektiv erzielten (Ersatz-)Einkommens überhaupt nur noch dann von Bedeutung wäre, wenn es höher als das zumutbarerweise erzielbare Einkommen wäre. Bei einem tieferen effektiv erzielten Einkommen, würde dagegen immer eine betragliche Ergänzung bis zur Höhe des zumutbarerweise erzielbaren Verdienstes vorgenommen. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass das ALV-Taggeld im Maximum lediglich 80% des versicherten Verdienstes beträgt (Art. 22 Abs. 1 AVIG). Auch dort, wo das effektiv erzielte Erwerbseinkommen tiefer liegt als das von der IV festgelegte hypothetische Einkommen (dazu nachstehend Ziff. 5), kann nicht unbesehen einfach eine betragliche Ergänzung bis zur Höhe des zumutbarerweise erzielbaren Verdienstes vorgenommen werden. Der Umstand, dass eine versicherte Person ein Erwerbseinkommen erzielt, das tiefer liegt als das auf der Basis des Invalideneinkommens der IV festgelegte hypothetische Einkommen, vermag zum vornherein keine Überentschädigung zu bewirken, wenn die versicherte Person die verbleibende Erwerbsfähigkeit durch ihre Tätigkeit (vom Pensum her mit einem vertretbaren Verdienst) ausschöpft oder durch ein Ersatzeinkommen entschädigt erhält. In diesem Fall wird die Vermutung der Erzielbarkeit des Invalideneinkommens dadurch widerlegt, dass die versicherte Person tatsächlich ein tieferes Einkommen erzielt.

4.5 Der Kläger war seit dem 18. August 2008 bei der Arbeitslosenversicherung angemeldet. Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen lässt sich die Anrechnung



eines hypothetischen, die ALE übersteigenden Erwerbseinkommens für die Zeit des bis 19. Januar 2009 dauernden ALV-Taggeldbezugs nicht aufrecht erhalten. Vielmehr ist für die Überentschädigungsberechnung einzig das effektiv bezogene ALV-Taggeld anzurechnen, wobei es sich rechtfertigt, im Sinn einer Pauschalierung von durchschnittlich 21.7 entschädigten Tagen pro (ganzen) Monat auszugehen (Art. 40a AVIV).

5.

5.1 Der Kläger war gemäss Arbeitsvertrag vom 12. Januar 2009 bei der E.____, als Hauswart mit einem Pensum von ca. einer halben Stunde pro Arbeitstag (je nach Aufwand) und einem Stundenlohn von Fr. 30.-- angestellt (act. G 1.1/8). Für die Monate Januar bis April 2009 erhielt er durchschnittlich Fr. 1'168.30 pro Monat bei einem (monatlichen) Arbeitszeit-Durchschnitt von 41.5 Stunden (act. G 1.1/9). Am 15. August 2009 wurde von den Parteien des Arbeitsvertrags (in Ersetzung desselben) ein Auftragsverhältnis für Hauswartarbeiten mit einer jährlichen Entschädigung von Fr. 13'000.-- netto vereinbart (act. G 1.1/10). Der Auftrag erfordert nach Angaben des Klägers in etwa dasselbe Arbeitspensum wie der frühere Arbeitsvertrag (ca. 45 Stunden pro Monat; act. G 1.1/21). Zu prüfen ist, ob der Kläger die ihm in gesundheitlicher Hinsicht zumutbare Leistungsfähigkeit bei der Ausübung dieser Erwerbstätigkeit zureichend ausschöpft.

5.2 Bei 21.7 Arbeitstagen im Monatsdurchschnitt (vgl. Art. 40a AVIV [SR 873.02]) resultieren mit einem in gesundheitlicher Sicht zumutbaren 50 %-Pensum (4 Arbeitsstunden pro Tag) 87 Arbeitsstunden pro Monat. Die von ihm in der Zeit ab 20. Januar 2009 geleisteten Arbeitsstunden entsprechen rund 43 Stunden pro Monat im Durchschnitt, was einem Pensum von ca. 25 % entspricht. Für die Folgezeit bestehen nach Lage der Akten keine Anhaltspunkte für eine veränderte erwerbliche Situation. Bei dieser Aktenlage ist festzuhalten, dass der Kläger ab 20. Januar 2009 das ihm in gesundheitlicher Hinsicht zumutbare Pensum von 50 % bzw. vier Stunden pro Tag in zeitlicher Hinsicht nur rund zur Hälfte ausfüllte. Sein Einwand, dass er mit der Hauswartstelle vollauf ausgelastet und eine oder mehrere weitere Teilzeitstellen aus gesundheitlichen Gründen nicht zu versehen vermöchte, helfen hier in Anbetracht der gut abgeklärten medizinischen Situation nicht weiter. Der Kläger konnte nicht



nachweisen, dass ihm die Erzielung eines Einkommens in der Höhe des Invalideneinkommens aus arbeitsmarktlichen und persönlichen Gründen generell nicht zumutbar sei. Für ihn in Betracht kommen Tätigkeiten im Produktions- und Dienstleistungsbereich. Arbeitsbemühungen für eine 50 %-Stelle oder eine weitere 25%-Stelle in der Zeit nach dem 20. Januar 2009 vermag er jedoch nicht nachzuweisen. Die vom Rechtsvertreter der Beklagten aufgeworfene Frage, wieso sich der Kläger per 19. Januar 2009 beim RAV abgemeldet und sich den Verdienst als Hauswart nicht als Zwischenverdienst habe anrechnen lassen (act. G 9 S. 5), kann bei diesem Sachverhalt offenbleiben. Die Verwertbarkeit der von der IV festgestellten und vom Kläger nicht angezweifelte Arbeitsfähigkeit von 50 % kann mit Blick auf die Rechtsprechung (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 30. Dezember 2008 [9C_865/2008], Erw. 3.4, wo eine fehlende Verwertbarkeit einer 30%igen Arbeitsfähigkeit wegen Panikstörung geltend gemacht worden war) nicht in Frage gestellt werden, auch wenn eine erhebliche Erschwerung der Arbeitsvermittlung vorliegen sollte.

Im Weiteren ist festzuhalten, dass nach der Rechtsprechung für die Anrechnung eines hypothetischen Resterwerbs weder die Einräumung einer Übergangsfrist noch eine Vorankündigung (im Sinn einer Anrechnung lediglich für die Zukunft) verlangt ist (Urteil des Bundesgerichts vom 15. April 2010 i/S W. [9C_592/2009], Erw. 3.3 und 3.4). Die Beklagte hat demgemäss auch keine Pflicht, versicherte Personen aufzufordern, ihre Bemühungen zu dokumentieren. Mit Blick auf die von der Rechtsprechung statuierte vermutungsweise Anrechenbarkeit des IV-Einkommens erscheint es sachgerecht, von einem monatlichen Betrag von Fr. 2'257.-- (Fr. 27'084.-- : 12) auszugehen.

5.3 Vorliegend bildete der von August 2007 bis 2010 (d.h. bis Replik vom 4. Oktober 2010) beim Kläger vorliegende erwerbliche Sachverhalt Gegenstand der Prüfung. Der Nachweis der Nichterzielbarkeit eines Erwerbseinkommens steht - wie die Überentschädigungsberechnung als solche (vgl. Art. 24 Abs. 5 BVV 2) - immer unter dem Vorbehalt einer Neuprüfung für den Fall einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse. Dem Kläger ist es unbenommen, bei Vorliegen der Voraussetzungen nach Art. 24 Abs. 5 BVV 2 eine Neuprüfung zu beantragen und entsprechende Belege einzureichen.

6.



6.1 Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Klage in dem Sinn teilweise gutzuheissen, dass die Beklagte verpflichtet wird, dem Kläger unter Anrechnung bereits erbrachter Leistungen für die Zeit von Juni 2008 bis 19. Januar 2009 eine reglementarische Rente zu erbringen, welche lediglich unter Einbezug der vom Kläger tatsächlich bezogenen ALV-Taggelder, ohne zusätzliche Berücksichtigung eines hypothetischen Resterwerbseinkommens, zu berechnen ist. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 73 Abs. 2 BVG). Der Kläger hat Anspruch auf Parteientschädigung. Es rechtfertigt sich, diese - ausgehend von einer Pauschalentschädigung bei vollem Obsiegen von Fr. 4'000.-- - auf Fr. 2'000.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzulegen.

6.2 Im Bereich der beruflichen Vorsorge anerkennt die Rechtsprechung die Pflicht zur Entrichtung von Verzugszinsen bei einer verspäteten Überweisung von Freizügigkeitsleistungen sowie bei verspäteter Auszahlung eines Alterskapitals oder bei Invalidenrenten (Hans-Ulrich Stauffer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zur beruflichen Vorsorge, 1996, S. 27). Enthalten die Statuten keine Bestimmung über die Höhe des Verzugszinses, beträgt dieser 5% (Art. 104 Abs. 1 OR). Der Beginn der Zinspflicht richtet sich nach Art. 105 Abs. 1 OR (BGE 119 V 133 Erw. 4 = Pra 83 (1994) Nr. 67), wonach ein Schuldner, der mit der Entrichtung von Renten im Verzug ist, erst vom Tag der Anhebung der Betreibung oder der gerichtlichen Klage an Verzugszinsen zu bezahlen hat. Im vorliegenden Fall hat der Kläger am 10. Mai 2010 Klage beim Versicherungsgericht erhoben; somit schuldet ihm die Beklagte ab diesem Zeitpunkt auf den ausstehenden Leistungen einen Verzugszins zu 5%.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:

1. Die Klage wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass die Beklagte verpflichtet wird, dem Kläger unter Anrechnung bereits erbrachter Leistungen für die Zeit von Juni 2008 bis 19. Januar 2009 eine reglementarische Rente zu erbringen, welche unter



Berücksichtigung der vom Kläger in diesem Zeitraum tatsächlich bezogenen ALV-Taggelder (ohne Einbezug eines hypothetischen Resterwerbseinkommens) festzulegen ist. Die Beklagte schuldet auf den ausstehenden Leistungen ab 10. Mai 2010 einen Zins von 5%. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3. Die Beklagte hat den Kläger mit Fr. 2'000.-- zu entschädigen.