



Fall-Nr.: EL 2008/24
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: EL - Ergänzungsleistungen
Publikationsdatum: 12.03.2020
Entscheiddatum: 27.05.2009

Entscheid Versicherungsgericht, 27.05.2009

Art. 11 Abs. 1 lit. a i.V.m. lit. g ELG, Art. 14a Abs. 2 lit. a ELV. Anrechnung eines pauschalen hypothetischen Erwerbseinkommens bei einem invaliden EL-Ansprecher. Die in Art. 14a Abs. 2 ELV aufgestellte Vermutung, es sei möglich und zumutbar, ein bestimmtes Erwerbseinkommen zu erzielen, kann nur dadurch widerlegt werden, dass die bestehende Arbeitslosigkeit als unvermeidbar nachgewiesen wird. Dazu ist in aller Regel der Nachweis quantitativ und qualitativ ausreichender, aber erfolgloser Bemühungen um eine Arbeitsstelle erforderlich (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 27. Mai 2009, EL 2008/24). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 9C_600/2009.

Vizepräsidentin Karin Huber-Studerus, Versicherungsrichterin Lisbeth Mattle Frei,
Versicherungsrichter Franz Schlauri; Gerichtsschreiber Ralph Jöhl

Entscheid vom 27. Mai 2009

in Sachen

M.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Kurt Gemperli, advokatur am brühl,
Scheffelstrasse 2, 9000 St. Gallen,

gegen

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



St.Galler Gerichte

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Ergänzungsleistung zur IV

Sachverhalt:

A.

Mit einer Verfügung vom 28. Juli 2005 sprach die IV-Stelle M.____ mit Wirkung ab 1. Januar 2004 eine Viertelsrente bei einem Invaliditätsgrad von 43% zu. Am 8. September 2005 füllte der Versicherte die Anmeldung zum Bezug von Ergänzungsleistungen aus. Bei der Anspruchsberechnung berücksichtigte die EL-Durchführungsstelle ein hypothetisches Erwerbseinkommen des Versicherten. Mit einer Verfügung vom 20. Oktober 2005 sprach die EL-Durchführungsstelle dem Versicherten rückwirkend ab 1. Januar 2005 eine Ergänzungsleistung zu. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in formelle Rechtskraft. Am 29. Dezember 2006 erging eine Verfügung, mit der die EL-Durchführungsstelle die laufende Ergänzungsleistung per 1. Januar 2007 leicht erhöhte. Die entsprechende Anspruchsberechnung enthielt ebenfalls ein hypothetisches Erwerbseinkommen des Versicherten. Auch diese Verfügung erwuchs unangefochten in formelle Rechtskraft. Am 21. Dezember 2007 erging eine Verfügung, mit welcher die EL-Durchführungsstelle dem Versicherten mit Wirkung ab 1. Januar 2008 eine monatliche Ergänzungsleistung zusprach. Die Anspruchsberechnung hatte sich nur in bezug auf die gesetzliche Pauschale für die Krankenkassenprämien verändert.

B.

Gegen die Verfügung vom 21. Dezember 2007 erhob der Versicherte am 31. Januar 2008 Einsprache. Er stellte den Antrag, die Ergänzungsleistung sei in Abänderung der angefochtenen Verfügung unter Berücksichtigung einer höheren Bruttomiete und ohne die Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens zu ermitteln. Zur Begründung führte er aus, die IV-Stelle habe ihm mit einer Verfügung vom 15. Februar 2007 nur eine Viertelsrente auf der Grundlage eines Invaliditätsgrades von 48% (richtig:



43%) zugesprochen. Er habe diese Verfügung aber angefochten. Dabei habe er u.a. geltend gemacht, dass er in einer allfälligen Erwerbstätigkeit in nicht weniger als elffacher Weise eingeschränkt sei. Damit sei nicht nur für den IV-rechtlich relevanten allgemeinen und ausgeglichenen Arbeitsmarkt, sondern auch für den EL-rechtlich massgebenden realen Arbeitsmarkt anzunehmen, dass eine Stellensuche aussichtslos sei, zumal er im August sechzig Jahre alt sein werde, sich als Maurer nicht so einfach auf eine leichte, meist feinmotorische Tätigkeit umstellen könne und zudem als Ausländer mit schlechten Deutschkenntnissen in einer adaptierten Tätigkeit stärker benachteiligt wäre als auf dem Bau. Die EL-Durchführungsstelle erliess am 6. Mai 2008 eine Verfügung, mit der sie die Ergänzungsleistung ab April 2008 unter Berücksichtigung der in der Einsprache gemeldeten Mietzinserhöhung anheb. Auch gegen diese Verfügung erhob der Versicherte am 9. Mai 2008 Einsprache, allerdings nur mit dem Begehren, auf die Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens zu verzichten.

C.

Die EL-Durchführungsstelle erliess am 11. Juni 2008 einen Einspracheentscheid, in dem sie beide Einsprachen behandelte. Sie machte geltend, der neue Mietzins gelte ab 1. April 2008. Dieser Veränderung sei mit der Verfügung vom 6. Mai 2008 Rechnung getragen worden. In diesem Punkt könne die Einsprache als erledigt betrachtet werden. Zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung, dass ein bestimmtes Erwerbseinkommen erzielt werden könne, seien medizinische Einschränkungen irrelevant, da diese bereits in die Bemessung des Invaliditätsgrades eingeflossen seien. Darauf müsse abgestellt werden, um der Gefahr widersprüchlicher Entscheide zu begegnen. Die von der IV-Stelle festgesetzte Restarbeitsfähigkeit sei somit verbindlich. Die weiteren Einschränkungen wie das Alter, die fehlenden Sprachkenntnisse usw. seien nicht so ausgeprägt, dass sie das Finden einer Arbeitsstelle verunmöglichen würden. Der Versicherte habe noch sechs Jahre Arbeit vor sich. Nichts spreche gegen die Annahme einer leidensadaptierten Erwerbstätigkeit. Das zu erzielende Einkommen liege weit unter dem Durchschnitt, weshalb der Versicherte seine Arbeitskraft zu einem deutlich unterdurchschnittlichen "Preis" anbieten könnte. Der Versicherte habe nicht dargetan, dass es ihm aus invaliditätsfremden Gründen unmöglich sei, die Restarbeitsfähigkeit zu verwerten.



D.

Der Versicherte erhob am 11. Juli 2008 Beschwerde gegen diesen Einspracheentscheid. Er beantragte sinngemäss die Festsetzung der Ergänzungsleistung ab 1. Januar 2008 ohne hypothetisches Erwerbseinkommen. Ausserdem ersuchte er um die Sistierung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Erledigung des Beschwerdeverfahrens betreffend seine Invalidenrente. Die Gerichtsleitung sistierte das Verfahren. Am 9. März 2009 forderte sie den Versicherten auf, eine Beschwerdeergänzung einzureichen, da das Bundesgericht rechtskräftig über den Invalidenrentenanspruch entschieden habe. Der Versicherte liess am 30. März 2009 ausführen, das Bundesgericht habe in seinem Urteil vom 21. November 2008 angenommen, dass es möglich wäre, die Restarbeitsfähigkeit von 72% auf dem allgemeinen und ausgeglichenen Arbeitsmarkt zu verwerten. Der EL-Anspruch richte sich aber nicht danach, wie die Welt sein solle, sondern danach, wie sie sei. Ihm sei zwar vorgeworfen worden, dass er sich nicht bemüht habe, eine Arbeitsstelle zu finden. Es liege nun aber auf der Hand, dass das Unterlassen von Arbeitsbemühungen nicht darauf schliessen lasse, dass solche Bemühungen erfolgreich gewesen wären. Deshalb sei es irrelevant, ob Belege über "Stellensuchbemühungen" vorlägen. Er müsste gegenüber einem potentiellen Arbeitgeber preisgeben, dass er in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt sei. Damit kämen die elf Einschränkungen doch wieder auf den Tisch, zwar nicht mehr als qualitative Komponente, aber doch als Kriterien für den Erfolg jeder Stellenbewerbung. Es bestünden folgende Einschränkungen: körperlich leichte Tätigkeit, in temperierten Räumen, keine Exposition gegenüber Luftnoxen, häufiger Wechsel der Körperposition, Vermeiden von unphysiologischen, insbesondere gebückten Körperhaltungen, keine Arbeit in vornübergeneigter Haltung, kein Verharren in Zwangspositionen, keine längeren Gehstrecken, kein Heben oder Tragen von Lasten über 10 kg, keine Tätigkeiten oberhalb der Horizontalen und eingeschränkte Beweglichkeit des linken Arms sowie maximal drei Stunden vor- und nachmittags. Kein Arbeitgeber wäre geneigt, sich damit auseinanderzusetzen. Auf dem realen Arbeitsmarkt bestünden schon aufgrund des erhöhten Pausenbedarfs erhebliche Schwierigkeiten, die durch die weiteren Einschränkungen noch vergrössert würden. Die Chancen auf eine Anstellung seien deshalb gleich Null.

E.



Die EL-Durchführungsstelle beantragte am 29. April 2009 die Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.

Mit der Einsprache vom 31. Januar 2008 gegen die Verfügung vom 21. Dezember 2007 hat der Beschwerdeführer nur die Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens zum Gegenstand der Auseinandersetzung gemacht. Das Begehren, eine höhere Jahresmiete anzurechnen, konnte nämlich erst mit dem Eintritt der Mietzinserhöhung am 1. April 2008 umgesetzt werden, vermochte die ab 1. Januar 2008 wirkende Verfügung also zum vornherein nicht als rechtswidrig erscheinen zu lassen. Beim diesbezüglichen Teil des Einsprachebegehrens handelte es sich nur um die Meldung eines nachträglich veränderten Sachverhalts, der mit der Revisionsverfügung vom 6. Mai 2008 Rechnung getragen worden ist. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin ist die Einsprache also nicht durch die Verfügung vom 6. Mai 2008 teilweise "erledigt" worden. Die Einsprache hat trotz der anderslautenden Formulierung von Anfang an nur die Verhinderung der Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens zum Gegenstand gehabt. Demnach muss auch das Beschwerdeverfahren notwendigerweise auf diese Frage beschränkt sein.

2.

Der Beschwerdeführer bezieht bereits seit dem 1. Januar 2005 eine Ergänzungsleistung, bei deren Berechnung gestützt auf Art. 14a Abs. 2 lit. a ELV ein pauschaliertes hypothetisches Erwerbseinkommen Berücksichtigung gefunden hat. Die Leistungszusprache ist mit einer formell rechtskräftigen Verfügung vom 20. Oktober 2005 erfolgt. Der angefochtene Einspracheentscheid, und damit die Verfügung vom 21. Dezember 2007, regelt den EL-Anspruch ab dem 1. Januar 2008. Über die Verfahrensnatur derartiger, auf den 1. Januar wirksam werdender EL-Verfügungen und Einspracheentscheide besteht Uneinigkeit. Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen geht davon aus, dass es sich bei der ursprünglichen leistungszusprechenden Verfügung - analog etwa einer IV-Rentenverfügung – um eine Verfügung mit Wirkung



auf unbestimmte Zeit handle, die allerdings gestützt auf Art. 17 Abs. 2 ATSG i.V.m. Art. 25 ELV jederzeit revidiert, d.h. einer nachträglichen Veränderung des leistungsrelevanten Sachverhalts angepasst werden können. Bei dieser Konzeption ist der angefochtene Einspracheentscheid ein reiner Revisionsentscheid, der auf die Anpassung der laufenden Ergänzungsleistung an die konkrete Sachverhaltsveränderung (hier an die Erhöhung der Krankenkassenprämien per 1. Januar 2008) beschränkt ist. Nach der Konzeption des Bundesgerichts ist die Wirkung aller EL-Verfügungen auf die Zeit bis zum Ablauf des entsprechenden Kalenderjahres beschränkt. Verfügungen mit dem Wirkungszeitpunkt 1. Januar sind also keine Revisionsverfügungen, sondern im Ergebnis neue Leistungszusprachen, deren Wirkung am 31. Dezember des betreffenden Kalenderjahres wieder endet. Verfügungen, die auf einen anderen Zeitpunkt wirksam werden, sind zwar Revisionsverfügungen gemäss Art. 17 Abs. 2 ATSG i.V.m. Art. 25 ELV, entfalten aber ebenfalls nur bis zum Ablauf des betreffenden Kalenderjahres Wirkung. Das Bundesgericht hat dieses "Kalenderjahrkonzept" erst lange nach dem Inkrafttreten des ELG entwickelt, d.h. in den ersten Jahrzehnten der Anwendung des ELG sind EL-Verfügungen mit Selbstverständlichkeit als auf unbestimmte Zeit wirksam betrachtet worden. Dies hat nie zu Problemen geführt, die nicht durch die zur Verfügungen stehenden Verfahrensinstrumente zur Korrektur formell rechtskräftiger Verfügungen (insbesondere durch die Revision) hätten gelöst werden können. Das neue "Kalenderjahrkonzept" ist anfangs auch vom Bundesgericht nicht konsequent umgesetzt worden. Bis heute fehlt eine Erklärung dafür, dass Art. 17 Abs. 2 ATSG (i.V.m. Art. 25 ELV) nicht ausreichen sollte, die jederzeitige Ausrichtung korrekter Bedarfsleistungen zu ermöglichen, so dass die Revisionsmöglichkeit zwingend durch die Neufestsetzung der Ergänzungsleistung jeweils auf den Beginn eines Kalenderjahres ergänzt werden müsse. Veränderungen in den anerkannten Ausgaben und/oder in den anrechenbaren Einnahmen, die per 1. Januar eintreten, unterscheiden sich in nichts von den Veränderungen, die im Verlauf des Kalenderjahres eintreten. Das Bundesgericht hat in keinem seiner Urteile begründet, welchen Sinn eine Beschränkung der Wirksamkeit jeder EL-Verfügung auf ein einziges Kalenderjahr haben sollte, wenn doch die jederzeitige Revisionsmöglichkeit zur Verfügung steht. Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen vertritt deshalb weiterhin die auch in der Literatur (vgl. Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XIV Soziale Sicherheit, 2.A., Ralph Jöhl und Patricia Usinger-Egger,



Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, S. 1655 ff.) geäusserte Meinung, dass die bundesgerichtliche Praxis des "Kalenderjahrkonzepts" auf einer unzulässigerweise auf den Gesetzeswortlaut ("jährliche Ergänzungsleistung") beschränkten Gesetzesinterpretation beruht, die alle anderen Auslegungselemente ignoriert und deshalb nicht zu überzeugen vermag. Der angefochtene Einspracheentscheid ist somit als Revision der laufenden Ergänzungsleistung gemäss Art. 17 Abs. 2 ATSG i.V.m. Art. 25 ELV per 1. Januar 2008 zu qualifizieren.

3.

Eine formell rechtskräftig zugesprochene Dauerleistung ist dann von Amtes wegen oder auf Gesuch hin zu erhöhen, herabzusetzen oder aufzuheben, wenn sich der ihr zugrunde liegende Sachverhalt nachträglich erheblich verändert hat (Art. 17 Abs. 2 ATSG). Die formell rechtskräftig zugesprochene Ergänzungsleistung ist also dann anzupassen, wenn sich eine anerkannte Ausgabe oder eine anrechenbare Einnahme nachträglich verändert. Der Sinn und Zweck der Revision besteht nicht darin, eine früher formell rechtskräftig verfügte Dauerleistung von Grund auf neu zu prüfen, sobald eine erhebliche Sachverhaltsveränderung eintritt. Vielmehr geht es darum, die ursprüngliche Leistungsverfügung für die Zukunft zu modifizieren, d.h. sie insoweit teilweise zu verändern, als sie aufgrund der erheblichen Sachverhaltsveränderung nicht mehr richtig ist. Der Gegenstand des Revisionsverfahrens nach Art. 17 Abs. 2 ATSG i.V.m. Art. 25 ELV ist also notwendigerweise beschränkt auf die Beantwortung der Frage, welchen Einfluss die Veränderung einer Einnahmen- oder Ausgabenposition auf die Höhe der Ergänzungsleistung hat. Nicht zum Revisionsverfahren gehört die Überprüfung jener Einnahmen- und Ausgabenpositionen, die durch die Sachverhaltsveränderung nicht tangiert sind, die also unverändert geblieben sind, denn dies liefe auf eine mit der nachträglichen Sachverhaltsveränderung in keinem Zusammenhang stehende Qualifikation als ursprünglich unrichtig hinaus. Die Korrektur der ursprünglichen Unrichtigkeit einer formell rechtskräftigen Dauerleistungsverfügung ist ausschliesslich der prozessualen Revision (Art. 53 Abs. 1 ATSG) oder der Wiedererwägung (Art. 53 Abs. 2 ATSG) vorbehalten. Die Beschränkung des Revisionsverfahrens auf die Anpassung an die Sachverhaltsveränderung ergibt sich bereits aus dem klaren Wortlaut des Art. 17 Abs. 2 ATSG, denn dort ist ausdrücklich von einer nachträglichen Sachverhaltsveränderung als Grund der Revision die Rede.



Mit 'nachträglich' kann nur gemeint sein, dass die Sachverhaltsveränderung nach der ursprünglichen Leistungszusprache eingetreten sein muss. Bezogen auf den vorliegend zu beurteilenden Fall bedeutet das, dass die Beschwerdegegnerin nicht befugt gewesen ist, im Rahmen eines wegen der Veränderung der Ausgabenposition 'Krankenkassenprämien' von Amtes wegen eröffneten Revisionsverfahrens die seit der ursprünglichen Leistungszusprache vom 20. Oktober 2005 unveränderte Einnahmenposition 'hypothetisches Erwerbseinkommen' auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Bezeichnenderweise hat die Beschwerdegegnerin dies im Verwaltungsverfahren, das der Verfügung vom 21. Dezember 2007 vorausgegangen ist, auch nicht getan. Die Beschwerdegegnerin hätte die Einsprache, soweit mit ihr eine Überprüfung dieser Einnahmenposition verlangt worden ist, ohne weiteres abweisen müssen, denn diese Überprüfung ist nicht aufgrund einer möglichen nachträglichen Sachverhaltsveränderung, sondern mit der sinngemässen Behauptung der ursprünglichen Unrichtigkeit angebeht worden. Da die – unzulässige – Überprüfung der Einnahmenposition 'hypothetisches Erwerbseinkommen' aber ebenfalls zu einer Abweisung Anlass gegeben hat, erweist sich das Dispositiv des angefochtenen Einspracheentscheides im Ergebnis doch als korrekt. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

4.

4.1 Die Beschwerde wäre auch dann abzuweisen, wenn das "Kalenderjahrkonzept" des Bundesgerichts zur Anwendung gebracht würde, d.h. wenn die Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens – mangels Bindung an formell rechtskräftige Verfügungen für frühere Kalenderjahre – umfassend neu zu prüfen wäre. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. a und g ELG i.V.m. Art. 14a Abs. 2 lit. a ELV ist Invaliden unter sechzig Jahren als Erwerbseinkommen mindestens der um einen Drittel erhöhte Höchstbetrag für den Lebensbedarf von Alleinstehenden anzurechnen, wenn der Invaliditätsgrad zwischen 40% und weniger als 50% beträgt. Rechtsprechungsgemäss ist damit eine widerlegbare Vermutung aufgestellt worden. Diese Vermutung hat eine Umkehr der Beweislast zur Folge. Allerdings steht nicht fest, ob es sich dabei um eine Umkehr der Beweisführungslast oder aber nur um eine Umkehr der materiellen Beweislast bei Beweislosigkeit handelt. Die Beschwerdegegnerin geht davon aus, dass die versicherte Person ihre Behauptung, die Vermutung des Art. 14a Abs. 2 ELV treffe auf sie nicht zu,



zu belegen habe. Ob die Beschwerdegegnerin dabei von einer Umkehr der Beweisführungslast ausgeht oder ob sie sich auf die Mitwirkungspflicht der versicherten Person bei der Sachverhaltsabklärung beruft, bleibt jeweils offen.

4.2 Invalide EL-Ansprecher, die noch teilerwerbsfähig sind, trifft eine EL-spezifische "Schadenminderungspflicht". Sie müssen ihren Existenzbedarf aus einem Erwerbseinkommen bestreiten, soweit ihnen dies möglich und zumutbar ist. Die häufigsten beiden Ursachen für die Unmöglichkeit, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, sind die behinderungsbedingte Erwerbsunfähigkeit und die Arbeitslosigkeit. Art. 14a Abs. 2 ELV schliesst es in aller Regel aus, die IV-rechtlich ermittelte Invalidität zu überprüfen. Die Invaliditätsbemessung durch die zuständige IV-Stelle ist demnach als gegeben zu betrachten. Nur jener EL-Ansprecher, der überzeugende Belege dafür beibringt, dass der von IV-Stelle ermittelte Invaliditätsgrad zu tief sei, kann im EL-Verfahren gehört werden, denn andernfalls wären die EL-Durchführungsstellen routinemässig zu einer eigenständigen Invaliditätsbemessung verpflichtet. Die regelmässige Beschränkung der Untersuchungspflicht der EL-Durchführungsstellen ist aber - entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin - nicht so zu verstehen, dass die behinderungsbedingten Nachteile eines EL-Ansprechers auch bei der Frage, ob eine nicht zu verhindernde Arbeitslosigkeit vorliege, nicht beachtet werden dürften. Behinderungsbedingte Nachteile sind nämlich durchaus geeignet, das Finden einer geeigneten Arbeitsstelle zu erschweren, weil viele Arbeitgeber davor zurückschrecken, eine gesundheitlich angeschlagene Person anzustellen. Die effektiv bestehende Arbeitslosigkeit eines EL-Ansprechers vermag aber nur dann die in Art. 14a Abs. 2 ELV aufgestellte Vermutung, es werde auf ein Erwerbseinkommen i.S. von Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG verzichtet, umzustossen, wenn der EL-Ansprecher alles Zumutbare unternommen hat, um diese Arbeitslosigkeit zu überwinden und eine Arbeitsstelle zu finden, oder wenn zum vornherein offenkundig ist, dass nicht die geringste Chance besteht, eine Arbeitsstelle zu finden. Da den EL-Ansprecher ja eine EL-spezifische "Schadenminderungspflicht" trifft, d.h. da er verpflichtet ist, seinen Existenzbedarf aus eigener Kraft zu decken, soweit dies zumutbar und möglich ist, kann das Faktum allein, dass der EL-Ansprecher arbeitslos ist, die Vermutung des Art. 14a Abs. 2 ELV nicht widerlegen. Der EL-Ansprecher kann den Nachweis dafür, dass er objektiv nicht in der Lage ist, eine geeignete Arbeitsstelle zu finden, nur dadurch führen, dass er sich im Rahmen des ihm Möglichen und



Zumutbaren um eine Arbeitsstelle bemüht, aber dabei keinen Erfolg hat. Dieser Nachweis kann – analog der Situation in der Arbeitslosenversicherung – nur durch qualitativ und quantitativ ausreichende persönliche Arbeitsbemühungen geführt werden. Ohne Arbeitsbemühungen kann der Nachweis der unvermeidbaren Arbeitslosigkeit nur geführt werden, wenn derartige Bemühungen zum vornherein als unmöglich oder unzumutbar qualifiziert werden müssen, entweder weil die Behinderung selbst sämtliche Arbeitsbemühungen verhindert oder weil die Erfolglosigkeit der Arbeitsbemühungen zum vornherein offenkundig ist. Die erste Bedingung dürfte kaum je erfüllt werden können, denn in einem solchen Fall hätte wohl auch die IV-Stelle angenommen, die Restarbeitsfähigkeit sei nicht mehr ökonomisch verwertbar, so dass ein Invaliditätsgrad von 100% bestehe. Die zweite Bedingung hingegen kann durchaus erfüllt sein, etwa wenn in der Person des EL-Ansprechers zusätzlich zur eigentlichen Behinderung/Invalidität so viele Wettbewerbsnachteile auf dem in Frage kommenden Arbeitsmarkt vereint sind, dass auch ein grosszügiger, nicht rein ökonomisch denkender Arbeitgeber nicht bereit wäre, den betreffenden EL-Ansprecher anzustellen. Die Arbeitsmarktsituation kann die negative Wirkung dieser Wettbewerbsnachteile zwar akzentuieren, aber sie ist für sich allein (also ohne in der Person des EL-Ansprechers liegenden besondere Nachteile) nie geeignet, die Überwindung der Arbeitslosigkeit als zum vornherein ausgeschlossen erscheinen zu lassen. Deshalb genügt eine Aussage eines RAV-Mitarbeiters, es gebe auf dem konkreten Arbeitsmarkt keine offene Arbeitsstelle für einen bestimmten EL-Ansprecher, nur dann als Beleg für die Unüberwindlichkeit der Arbeitslosigkeit, wenn gravierende Wettbewerbsnachteile bestehen und der RAV-Mitarbeiter diese Nachteile gekannt und im Hinblick auf ihre nachteilige Wirkung richtig bewertet hat.

4.3 Der Beschwerdegegnerin wäre also darin zuzustimmen, dass die nachteilige Arbeitsmarktlage für Hilfsarbeiter für sich allein nicht ausreichen kann nachzuweisen, dass Arbeitsbemühungen zum vornherein aussichtslos sind. Der Beschwerdeführer vereint zwar einige erhebliche Nachteile wie insbesondere sein Alter, die jahrzehntelange rein grobmotorische Arbeitsweise und die Beschränkung auf eine Arbeitszeit von drei Stunden vormittags und drei Stunden nachmittags, aber die Beschwerdegegnerin hat zu Recht darauf hingewiesen, dass damit allein noch nicht von einer eindeutigen Unmöglichkeit, eine Stelle zu finden, ausgegangen werden kann. Der Beschwerdeführer ist nämlich nicht beschränkt auf eine Arbeit in einer geschützten



Werkstätte. Zu einem den Wettbewerbsnachteilen Rechnung tragenden, d.h. entsprechend unterdurchschnittlichen Lohn würde ein ökonomisch denkender Arbeitgeber den Beschwerdeführer anstellen, wenn er einen passenden Arbeitsplatz anzubieten hätte. Der Beschwerdeführer hätte also ausreichende Arbeitsbemühungen erbringen müssen. Daran kann ihn auch der Streit um die Höhe des Invaliditätsgrades nicht gehindert haben, denn er musste mit einer Abweisung seiner Beschwerde in IV-Sachen rechnen. Selbst wenn der angefochtene Einspracheentscheid in bezug auf die Einnahmenposition 'hypothetisches Erwerbseinkommen' gerichtlich zu überprüfen wäre, müsste die Beschwerde also abgewiesen werden.

5.

Das Beschwerdeverfahren ist kostenlos (Art. 61 lit. a ATSG). Dem vollumfänglich unterliegenden Beschwerdeführer kann keine Parteientschädigung zugunsten der Beschwerdegegnerin zugesprochen werden (Art. 61 lit. g Satz 1 ATSG). Da dem Beschwerdeführer aber die unentgeltliche Rechtsverteidigung bewilligt worden ist, hat sein Rechtsbeistand gegenüber dem Staat einen Anspruch auf den Ersatz der Vertretungskosten (Art. 61 lit. f ATSG). Die Entschädigung beläuft sich auf 80% des Honorars. Dieses bemisst sich nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 61 lit. g Satz 2 ATSG). Angesichts der leicht unterdurchschnittlichen Schwierigkeit des vorliegenden Beschwerdeverfahrens erschiene ein Honorar von Fr. 3000.- als angemessen. Der Staat hat den Rechtsbeistand des Beschwerdeführers also mit Fr. 2400.- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.



3. Der Staat entschädigt den Rechtsbeistand des Beschwerdeführers mit Fr. 2400.-.