



**Fall-Nr.:** EL 2009/10  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** EL - Ergänzungsleistungen  
**Publikationsdatum:** 12.03.2020  
**Entscheiddatum:** 26.08.2009

### **Entscheid Versicherungsgericht, 26.08.2009**

**Art. 25 ATSG; Art. 9, 10, 11 ELG; Art. 14a, 16c ELV. Rückforderung von EL-Leistungen, nachdem rückwirkend eine BVG-Rente ausbezahlt worden ist. Nach Festlegung des Invaliditätsgrades durch das Bundesgericht erneute Berücksichtigung eines hypothetischen Einkommens für Teilinvalide. Die Mietzinsaufteilung ist bei zwei Familien in der gleichen Wohnung nicht nach schematisch Anzahl Köpfen, sondern nach effektiver Nutzung vorzunehmen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 26. August 2009, EL 2009/10).**

Präsident Franz Schlauri, Versicherungsrichterinnen Monika Gehrler-Hug und Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiberin Philia Roth

Entscheid vom 26. August 2009

in Sachen

A.\_\_\_\_,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Roger Lippuner, St. Gallerstrasse 46,  
Postfach 945, 9471 Buchs SG 1,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,



betreffend

Rückerstattung von Ergänzungsleistung zur IV / URV im Verwaltungsverfahren

Sachverhalt:

A.

A.a A.\_\_\_\_ (Jahrgang 1947) meldete sich am 10. August 2004 zum Bezug von Ergänzungsleistungen (EL) an (EL-act. 66). Bei der Anspruchsberechnung ab 1. Oktober 2002 berücksichtigte die EL-Durchführungsstelle kein hypothetisches Einkommen der Ehegattin, weil die damals 57-Jährige noch nie in der Schweiz gearbeitet und keine Ausbildung hatte (IV-act. 61). Hingegen rechnete sie dem Versicherten ab Dezember 2003 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 22'506.-- an (EL-act. 47). Die monatliche Ergänzungsleistung ab 1. Oktober 2002 bis 31. Dezember 2002 belief sich auf Fr. 1'034.-- (inklusive einer ausserordentlichen Ergänzungsleistung von Fr. 235.-- monatlich). Für den Monat Dezember im Jahr 2003 betrug sie insgesamt Fr. 1'349.-- und ab 1. Januar 2004 Fr. 1'424.--. Die entsprechenden Verfügungen ergingen am 13. Januar 2005 (EL-act. 46). Mit Verfügung vom 23. März 2006 stellte die EL-Durchführungsstelle die Ausrichtung der ausserordentlichen Ergänzungsleistung ein und setzte die ordentliche Ergänzungsleistung auf Fr. 768.-- fest (EL-act. 41). Am 29. Dezember 2006 erging die jährliche Anpassungsverfügung, welche die ordentliche Ergänzungsleistung auf Fr. 811.-- anheb (EL-act. 37).

A.b Anlässlich einer periodischen Überprüfung ging bei der EL-Durchführungsstelle im Mai 2007 der von der AHV-Zweigstelle B.\_\_\_\_ zusammen mit dem Versicherten ausgefüllte Fragebogen ein. Darin hat der Versicherte angegeben, dass zwei Personen im Haushalt wohnten und dass er zur Invalidenversicherungsrente eine Rente der Pensionskasse von jährlich Fr. 3'685.-- erhalte (EL-act. 33). In den Beilagen befand sich auch ein Rentenausweis der Pensionskasse, der eine Erhöhung der bisher ausbezahlten Rente auf Anfang 2007 ankündigte (EL-act. 34). Die EL-Durchführungsstelle verlangte darauf vom Versicherten Auskunft, seit wann nur noch zwei Personen im Haushalt wohnten. Gemäss ihren Unterlagen wohnten sechs Personen dort. Weiter fragte sie, seit wann eine BVG-Rente ausgerichtet werde und bat



um alle Rentenbestätigungen (EL-act. 32). Die AHV-Zweigstelle teilte der EL-Durchführungsstelle am 17. Juli 2007 mit, dass effektiv sieben Personen im Haushalt des Versicherten lebten (EL-act. 30). Mit Verfügung vom 5. Oktober 2007 stellte die EL-Durchführungsstelle die Ausrichtung der Ergänzungsleistungen auf den 1. November 2007 ein, weil der Versicherte trotz Abmahnung die zur Überprüfung der EL-Anspruchsberechtigung erforderlichen Angaben nicht eingereicht hatte (EL-act. 27).

A.c Am 24. Oktober 2007 gab der Versicherte der EL-Durchführungsstelle bekannt, dass in seinem Haushalt seine Ehegattin, sein Sohn und seine Schwiegertochter sowie deren drei Kinder wohnten. Sodann legte er dieselbe Ankündigung der Rentenerhöhung bei, wie er sie bereits zusammen mit dem Fragebogen im Mai 2007 eingereicht hatte (EL-act. 26). Die EL-Durchführungsstelle verlangte am 26. Oktober 2007 erneut die Rentenbestätigungen der Jahre 2003 bis 2006 (EL-act. 25). Der Versicherte teilte der EL-Durchführungsstelle am 29. Oktober 2007 mit, er habe erst ab 1. Januar 2007 eine Rente von Fr. 3'685.-- erhalten. Davor habe er keine Rente ausbezahlt bekommen (EL-act. 24). Mit Verfügung vom 5. November 2007 sprach die EL-Durchführungsstelle dem Versicherten eine Ergänzungsleistung ab 1. November 2007 von Fr. 515.-- zu. Sie gab dazu an, dass die EL neu berechnet worden sei, da neu in der Wohnung sieben Personen wohnten und zudem Anspruch auf eine BVG-Rente bestehe. Die rückwirkende Berechnung werde er zu einem späteren Zeitpunkt erhalten (EL-act. 23).

A.d Die Pensionskasse stellte der EL-Durchführungsstelle am 2. November 2007 eine Aufstellung ihrer Rentenabrechnung zu. Daraus ist ersichtlich, dass die Pensionskasse dem Rechtsvertreter des Versicherten am 1. September 2006 mitgeteilt hatte, dass gestützt auf die Verfügung der Invalidenversicherung rückwirkend ab 5. Dezember 2002 ein Anspruch auf BVG-Rente bestehe. Der Betrag von insgesamt Fr. 13'779.20 werde dem Versicherten umgehend überwiesen (EL-act. 22). Mit Verfügung vom 12. November 2007 forderte die EL-Durchführungsstelle deshalb Fr. 19'066.-- an zuviel ausbezahlter EL zurück. Sie führte dazu aus, gemäss ihren Unterlagen habe der Versicherte seit 5. Dezember 2002 Anspruch auf eine BVG-Rente. Zudem wohnten seit 20. Juli 2005 sieben Personen im gleichen Haushalt. Die Ergänzungsleistung sei deshalb rückwirkend ab diesem Datum neu zu berechnen. Die zuviel ausbezahlten Leistungen seien zurückzufordern (EL-act. 20). Gegen diese Verfügung liess der



## St.Galler Gerichte

Versicherte am 28. November 2007 Einsprache erheben und um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung ersuchen (EL-act. 8). Gleichentags reichte der Versicherte auch ein Gesuch um Erlass der Rückforderung ein (EL-act. 7).

A.e Mit Verfügung vom 21. Dezember 2007 sprach die EL-Durchführungsstelle dem Versicherten eine EL in der Höhe von Fr. 680.-- ab 1. Januar 2008 zu. Dabei berücksichtigte sie ein hypothetisches Einkommen, einen verminderten Mietzinsanteil sowie einen tieferen Rentenanspruch (EL-act. 4).

A.f Am 28. Januar 2008 stellte der Versicherte die Einsprachebegründung zu. Darin macht er geltend, dass er betreffend Anmeldung für Ergänzungsleistungen von der Sozialhilfe seines Wohnortes betreut werde. Sollte die Deklaration seines Einkommens tatsächlich nicht vollständig erfolgt sein, sei dies nicht auf schlechten Willen, sondern allenfalls auf sprachliche Missverständnisse zurückzuführen. Sodann sei zutreffend, dass die BVG-Rente in den EL-Berechnungen der vergangenen Jahre zu berücksichtigen sei. Nicht anzurechnen sei jedoch das in allen Berechnungen berücksichtigte Einkommen von Fr. 23'066.--, das weder der Versicherte noch seine Ehegattin erzielten. Betreffend Anzahl Mitbewohner sei anzumerken, dass diese stets korrekt deklariert worden seien und dass es sich beim unlängst hinzugekommenen Mitbewohner um den Enkel des Versicherten handle. Weder von dessen bereits im Haushalt wohnhaften Eltern noch vom Enkel könne ein zusätzlicher Betrag erwartet werden, weshalb es sich nicht rechtfertige, bei den Ausgaben tiefere Mietkosten zu berücksichtigen. Auf Grund dieser Umstände beantrage er die Einsprache zu schützen, die Verfügungen zu widerrufen und die Ergänzungsleistungen wiedererwägungsweise unter Berücksichtigung der effektiv erzielten Ersatzeinkommen neu festzusetzen (EL-act. 2).

A.g Am 28. April 2008 sistierte der Rechtsdienst der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen das Einspracheverfahren bis zum Vorliegen des Urteils des Bundesgerichts betreffend Invalidenrente (EL-act. 70). Mit Entscheid vom 25. Februar 2009 wies der Rechtsdienst der Sozialversicherungsanstalt die Einsprache des Versicherten ab. Er gab an, weil seit Juli 2005 sieben Personen im Haushalt des Versicherten wohnten, könne man beim Mietzins lediglich die Kosten für die zwei Personen anrechnen, die man auch bei der EL-Berechnung berücksichtige. Der



Jahresmietzins betrage deshalb noch Fr. 4'629.--. Das Bundesgericht habe mit Urteil vom 11. April 2008 einen Invaliditätsgrad von 49% ermittelt. Bei der vorliegenden Teilinvalidität, der zwischen 40 und 50% liege, sei praxisgemäss der um einen Drittel erhöhte Höchstbetrag für den Lebensbedarf von Alleinstehenden als hypothetisches Einkommen anzurechnen. Der Versicherte habe nicht geltend gemacht, inwiefern es ihm aus invaliditätsfremden Gründen nicht möglich sei, seine Resterwerbsfähigkeit zu verwerten. Die Anrechnung des hypothetischen Einkommens sei deshalb zu Recht erfolgt. Schliesslich werde nach Rechtskraft dieses Entscheides über das Gesuch um Erlass der Rückforderung entschieden (EL-act. 71).

B.

B.a Gegen diesen Entscheid richtet sich die Beschwerde des Versicherten vom 27. März 2009. Er beantragt die Aufhebung des Einspracheentscheids sowie die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung. Zunächst rügt er, dass sein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung im Einspracheverfahren sowie sein Erlassgesuch der EL-Rückforderung nicht behandelt worden seien. Sodann macht er geltend, dass er erst am 1. September 2006 über seinen Anspruch auf BVG-Rente unterrichtet worden sei, weshalb er vor dem 1. September 2006 keine unrechtmässigen Leistungen bezogen habe. Auf Grund des IV-Verfahrens habe die Beschwerdegegnerin davon Kenntnis, dass bei einer Gutheissung des Rentenanspruchs auch eine BVG-Rente ausgerichtet werde. Sodann sei er betreffend EL von der Sozialhilfe betreut worden. Eine fehlende Nachmeldung sei deshalb allfälligen sprachlichen Schwierigkeiten zuzuschreiben. Eine Rückerstattung betreffend BVG-Rente sei deshalb nicht statthaft. Sodann sei eine Kürzung des zu berücksichtigenden Mietzinses nicht zulässig, weil der Enkel oder dessen Eltern keinen Beitrag an die Mietkosten leisten könnten. Er habe den Sozialdienst auch über die Geburt seines Enkels korrekt informiert. Mit der Aufteilung des Mietzinses auf einen Säugling habe die Beschwerdegegnerin ihr Ermessen überschritten. Schliesslich habe er bereits anlässlich der Einsprachebegründung vom 28. Januar 2008 die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bestritten. Das hohe Alter, die mangelnde Ausbildung, erhebliche sprachliche Verständigungsschwierigkeiten sowie die gesundheitlichen Probleme würden eine Verwertung der theoretischen Resterwerbsfähigkeit verhindern. Hinzu komme, dass



über 55-jährige schwer vermittelbar seien. Insgesamt liege eine völlige Vermittlungsunfähigkeit vor. Deshalb sei kein hypothetisches Einkommen anzurechnen (G act. 1).

B.b Die Beschwerdegegnerin beantragt am 18. Mai 2009 unter Verweis auf die Erwägungen im Einspracheentscheid die Abweisung der Beschwerde. Ergänzend gab die Beschwerdegegnerin an, der Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung sei unbegründet untergegangen. Selbstverständlich würden diese nachträglich gewährt. Weil eine Quersubventionierung von nicht EL-berechtigten Personen gesetzlich nicht vorgesehen sei, könne die Zahlungsfähigkeit dieser Personen für ihren Mietzinsanteil nicht berücksichtigt werden. Die Berechnung des Mietzinses sei deshalb korrekt. Betreffend hypothetisches Einkommen habe es der Beschwerdeführer bis anhin unterlassen, Nachweise für Stellengesuche einzureichen. Eine mangelnde Ausbildung und sprachliche Verständnisschwierigkeiten seien bei einer Hilfsarbeitertätigkeit kein Hindernis (G act. 5).

B.c Der Beschwerdeführer verzichtet sinngemäss auf eine Replik (G act. 7).

Erwägungen:

1.

Die Beschwerdegegnerin hat in ihrer Beschwerdeantwort anerkannt, dass das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung im Einspracheverfahren unbegründet untergegangen sei und sie diese nachträglich gewähre. Damit kann der Antrag auf unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung im Vorverfahren als erledigt abgeschlossen werden.

2.

2.1 Mit der Verfügung vom 12. November 2007 hat die Beschwerdegegnerin Ergänzungsleistungen zurückgefordert. Von einem unrechtmässigen Leistungsbezug im Sinne von Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG kann allerdings erst dann ausgegangen werden, wenn die formell rechtskräftige Verfügung, auf die sich der



Sozialversicherungsträger damals bei der Leistungsausrichtung gestützt hat, aufgehoben und durch eine neue Verfügung ersetzt worden ist, mit der neu tiefere Leistungen zugesprochen werden oder mit der neu ein Leistungsanspruch verneint wird. Die ursprüngliche, formell rechtskräftige Leistungsverfügung muss als prozessual revidiert (Art. 53 Abs. 1 ATSG), wiedererwogen (Art. 53 Abs. 2 ATSG) oder rückwirkend an eine Sachverhaltsveränderung angepasst bzw. herabgesetzt oder aufgehoben werden (Art. 17 ATSG), damit von einem unrechtmässigen Leistungsbezug ausgegangen und eine Rückforderung verfügt werden kann. Der Wortlaut der Verfügung vom 12. November 2007 enthält keinen Hinweis auf eine Korrektur der früheren, formell rechtskräftigen Leistungsverfügungen. Dem Wortlaut nach zu urteilen würde die Beschwerdegegnerin Ergänzungsleistungen zurückfordern, die gestützt auf eine formell rechtskräftige Verfügung (und die darauf folgenden formell rechtskräftigen Revisionsverfügungen) und damit im Sinne von Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG rechtmässig ausgerichtet worden sind. Wären die Verfügung vom 12. November 2007 beziehungsweise der sie ersetzende angefochtene Einspracheentscheid nur dem Wortlaut gemäss zu interpretieren, müsste der angefochtene Einspracheentscheid also ohne weiteres als rechtswidrig, weil gegen Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG verstossend, aufgehoben werden. Nun sind Verfügungen (und Einspracheentscheide) aber nicht nur nach ihrem Wortlaut auszulegen. Massgebend ist vielmehr der vom erlassenden Sozialversicherungsträger beabsichtigte Inhalt der Verfügung (oder des Einspracheentscheides). Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen geht in ständiger Praxis davon aus, dass Verfügungen der Beschwerdegegnerin, die als reine EL-Rückforderungsverfügungen abgefasst sind, auch eine wiedererwägungs- oder revisionsweise Korrektur der früheren, formell rechtskräftigen Leistungsverfügung enthalten. Mit der Verfügung vom 12. November 2007 sind somit die Verfügungen vom 13. Januar 2005, 23. März 2006 und 29. Dezember 2006 aufgehoben und durch eine (abgestufte) Leistungszusprache mit Wirkung ab 1. Dezember 2002 ersetzt worden. Dabei handelt es sich um eine Wiedererwägung.

2.2 Die Beschwerdegegnerin hat in der Verfügung vom 12. November 2007 den EL-Anspruch für den ganzen Zeitraum von Dezember 2002 bis Oktober 2007 geregelt. Der Beschwerdeführer hat gegen die Verfügung vom 12. November 2007 Einsprache erhoben, nicht jedoch auch gegen die Verfügung vom 5. November 2007 und 21. Dezember 2007, die für den zukünftigen EL-Anspruch ebenfalls einen verminderten



Mietzins, die BVG-Rente sowie ein hypothetisches Einkommen berücksichtigt haben. Rechtsprechungsgemäss gelten Rentenzusprachen für die Zukunft und eine getrennt verfügte Rentenzusprache für die Vergangenheit betreffend Anfechtungs- und Streitgegenstand als eins und haben deshalb als insgesamt angefochten zu gelten (BGE 131 V 164; BGE 125 V 413). Dasselbe hat auch im EL-Verfahren zu gelten.

3.

3.1 Streitig ist die Höhe der Rückforderung beziehungsweise die Fragen, ob und inwieweit BVG-Renten, Mietzins und hypothetisches Einkommen angerechnet werden dürfen.

3.2 Auf den 1. Januar 2008 ist das neue Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG; SR 831.30) in Kraft getreten. Es ersetzt das ELG vom 19. März 1965 in der bis 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung. In Bezug auf die vorliegend umstrittene Frage der Berechnung des Mietzinses sowie der Anrechnung von BVG-Renten und eines hypothetischen Erwerbseinkommens hat sich auch bei der neuen Rechtslage materiell nichts geändert.

3.3 Die jährliche Ergänzungsleistung entspricht dem Betrag, um den die anerkannten Ausgaben die anrechenbaren Einnahmen übersteigen (Art. 9 Abs. 1 ELG; Art. 3a Abs. 1 aELG). Die anerkannten Ausgaben und die anrechenbaren Einnahmen, worin in bestimmtem Umfang auch das Vermögen einbezogen ist, werden nach den in Art. 10 und 11 ELG (Art. 3b und 3c aELG) sowie Art. 11 bis 18 der Verordnung über die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV (ELV; SR 831.301) festgelegten Bestimmungen ermittelt.

4.

Die Beschwerdegegnerin hat ihre Rückforderung einerseits damit begründet, dass dem Beschwerdeführer rückwirkend ab Dezember 2002 eine Rente der Pensionskasse zugesprochen wurde, die bei der ursprünglichen Berechnung und Ausrichtung der Leistung nicht berücksichtigt worden war (auch nicht berücksichtigt werden konnte). Diese ist zwar erst im Jahr 2006 ausbezahlt worden, jedoch unter der Fiktion, sie wäre bereits ab Dezember 2002 monatlich erfolgt. Auf Grund der rückwirkend



einzubeziehenden zusätzlichen Rentenleistungen der beruflichen Vorsorge ergab sich eine EL-Rückforderung. Die Pflicht zur Rückerstattung unrechtmässig bezogener Ergänzungsleistungen besteht unabhängig von einer allfälligen Melde- oder Anzeigepflichtverletzung des Beschwerdeführers bei einer Wiedererwägung der ursprünglichen Verfügung. Wann der Beschwerdeführer Kenntnis der Verfügung einer BVG-Rente erhalten und dies weitergeleitet hat, ist deshalb nicht massgebend für die Berechtigung zur Rückforderung von EL-Leistungen. Es genügt, dass der Beschwerdeführer (nachträglich) mehr Einkommen zur Verfügung hatte, als in der ursprünglichen Verfügung berücksichtigt werden konnte, auch wenn dieses erst zu einem späteren Zeitpunkt ausbezahlt worden ist. Pensionskassengelder sind nämlich bei der Berechnung der Ergänzungsleistung als anrechenbare Einnahmen zu berücksichtigen (Art. 11 Abs. 1 lit. d ELG; Art. 3c Abs. 1 lit. d aELG). Die Rückforderung der Beschwerdegegnerin für zuviel bezogene Ergänzungsleistungen betreffend BVG-Rente ist demnach nicht zu beanstanden.

5.

5.1 Die Rückforderung wird weiter damit begründet, dass seit 20. Juli 2005 sieben Personen im gleichen Haushalt lebten und deshalb die in der EL-Berechnung zu berücksichtigenden Mietkosten tiefer seien. Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, weder von seinem Sohn noch von seinem neu hinzugekommenen Enkel, der noch ein Säugling sei, könne ein Beitrag an die Mietkosten erwartet werden. Als Ausgaben ist der Mietzins einer Wohnung anzurechnen (Art. 10 Abs. 1 lit. b EVG; Art. 3b Abs. 1 lit. b aELG). Gemäss Art. 16c ELV ist der Mietzins auf die einzelnen Personen aufzuteilen, wenn Wohnungen oder Einfamilienhäuser auch von Personen bewohnt werden, die nicht in die EL-Berechnung eingeschlossen sind. Grundsätzlich hat die Aufteilung der Wohnkosten zu gleichen Teilen zu erfolgen (Art. 16c Abs. 2 ELV). Diese Aufteilung ist bei gleicher Nutzung der Wohnung sinnvoll. Diese Regelung lässt aber auch Raum für eine andere Aufteilung der Mietkosten als nur nach Anzahl Köpfen. Führen Abklärungen beispielsweise zum Ergebnis einer ungleichen Nutzung, so können die Mietkosten auch entsprechend dem Nutzungsgrad berücksichtigt werden. Massgebend sind nämlich ausschliesslich die Kosten der Wohnung, in der die betreffende Person effektiv lebt und die sie mit einer anderen Person teilt (vgl. Ralph Jöhl, Ergänzungsleistungen zur AHV/



IV, in: SBVR XIV-Meyer, Soziale Sicherheit, Basel 2007, S. 1759, Rz. 102; BGE 105 V 271 ff.).

5.2 Der Beschwerdeführer lebt zusammen mit seiner Ehegattin, seinem Sohn, der Schwiegertochter und drei Kleinkindern in einer viereinhalb-Zimmer-Wohnung. Aus wirtschaftlicher Sicht lebt die Familie des Sohnes bei seinen Eltern in Untermiete. Der Beschwerdeführer kann somit tatsächlich einen Teil der Mietkosten einsparen, indem er von seinem Sohn eine Untermiete verlangen könnte. Verzichtet er darauf, so wäre ihm bei voller Berücksichtigung der Mietkosten ein entsprechender Betrag beim Vermögensverzicht als Einnahme anzurechnen. Der Beschwerdeführer kann sich deshalb nicht darauf berufen, dass sein Sohn nichts an die Mietkosten bezahlt.

5.3 Die Beschwerdegegnerin hat statt eine Einnahme aus Untermiete anzurechnen, die Mietkosten nach Anzahl Köpfen gemäss Vorgabe der Verordnung aufgeteilt und nur zwei Siebtel der Mietkosten bei den Ausgaben berücksichtigt. Diese Aufteilung erscheint dem Gericht bei dieser Wohnungsgrösse und den vielen Bewohnern nicht als überzeugend. Der Säugling braucht zu Beginn seines Lebens nicht viel Platz, so dass sich kaum etwas an der Nutzungsaufteilung der Wohnung geändert haben wird. Bei der Grösse dieser Wohnung ist vielmehr davon auszugehen, dass ein Zimmer als Wohnzimmer, je ein Schlafzimmer für die Erwachsenen und eines für die Kinder benutzt werden. Küche und Bad werden gemeinsam benutzt. Entsprechend dieser Nutzung betragen die Mietkosten des Beschwerdeführers und seiner Ehegattin etwa zwei Fünftel und diejenige seines Sohnes mit Familie drei Fünftel. Eine Nutzungsänderung ist durch ein weiteres Kleinkind nicht eingetreten. Der Einspracheentscheid vom 25. Februar 2009 ist deshalb betreffend Berücksichtigung der Mietkosten aufzuheben. Die Mietkosten sind im Verhältnis von zwei Fünftel als Ausgaben anzurechnen. Die Beschwerdegegnerin hat entsprechend die Neuberechnung vorzunehmen. Betreffend Verfügung vom 5. November 2007 und 21. Dezember 2007 ist die Sache zur weiteren Abklärung über die tatsächliche Nutzungsaufteilung und Neuverfügung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

6.



6.1 Die Beschwerdegegnerin hat wie bereits in den ursprünglichen Verfügungen vom 13. Januar 2005 wiederum ein hypothetisches Einkommen des Beschwerdeführers ab Dezember 2003 berücksichtigt. Im Einspracheentscheid hat sie dabei auf das Urteil des Bundesgerichts vom 11. April 2008 verwiesen, das einen Invaliditätsgrad von 49% ab 1. Dezember 2001 ermittelt hat. Bei der ursprünglichen EL-Berechnung stand der Invaliditätsgrad noch nicht rechtskräftig fest. Eine Überprüfung der Anrechnung des hypothetischen Einkommens des Beschwerdeführers im Rahmen des Wiedererwägungsverfahrens ist zulässig. Auf die Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens der Ehegattin wurde beim Alter und der Ausbildung der Ehegattin und mit Hinblick auf aktuellen Arbeitsmarkt verzichtet (EL-act. 61). Dies ist im vorliegenden Fall nicht weiter zu beanstanden.

6.2 Gemäss Art. 11 Abs. 1 ELG (Art. 3c Abs. 1 aELG) sind Erwerbseinkünfte, auf die verzichtet wird, als Einnahmen anzurechnen (sogenanntes hypothetisches Einkommen). Art. 14a Abs. 2 lit. a ELV sieht für Invalidenrentner, die zwischen 40 und 50% invalid sind und die das 60. Altersjahr noch nicht erreicht haben, die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens von Fr. 23'066.-- (2003) vor. Gemäss dieser Bestimmung ist also davon auszugehen, dass eine invalide Person trotz ihrer invaliditätsbedingten reduzierten Leistungsfähigkeit einer Erwerbstätigkeit nachgehen könnte. Dazu ist aber erforderlich, dass es ihr auf Grund ihrer persönlichen Umstände zumutbar wäre, eine Erwerbstätigkeit auszuüben und es ihr möglich wäre, die verbliebene Arbeitsfähigkeit auf dem Arbeitsmarkt tatsächlich zu verwerten. Das heisst, wenn sie eine Arbeitsstelle fände und sich darum bemühen würde, würde sie mindestens Fr. 23'066.-- verdienen. Rechtsprechungsgemäss handelt sich dabei um eine widerlegbare Vermutung. Die invalide Person kann diese Vermutung widerlegen, indem sie nachweist, dass die Umstände es ihr verunmöglichten, ihre verbliebene Arbeitsfähigkeit zu verwerten.

6.3 Der Beschwerdeführer macht geltend, sein hohes Alter, die mangelnde Ausbildung, erhebliche sprachliche Verständigungsschwierigkeiten sowie die gesundheitlichen Probleme würden eine Verwertung der theoretischen Resterwerbsfähigkeit verhindern. Hinzu komme, dass über 55-Jährige schwer vermittelbar seien, weshalb eine völlige Vermittlungsunfähigkeit anzunehmen sei. Gemäss Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 24. Mai



2007 (IV 2006/109) betreffend Invalidenrente leidet der Versicherte an Rücken- und Knieproblemen. Der Hausarzt hat gegenüber der IV-Stelle des Kantons St. Gallen im Juli 2002 angegeben, im angestammten Beruf bestehe eine vollumfängliche Arbeitsunfähigkeit. Leichte Montagearbeiten, Kontrolltätigkeiten oder dergleichen in abwechselnder Arbeitsstellung seien ganztags zumutbar, wobei eine verminderte Leistungsfähigkeit gegeben sei. Die IV-Stelle sah in der Folge von einer Arbeitsvermittlung ab, weil nach Einschätzung des Eingliederungsberaters die Krankheitsüberzeugung des Versicherten, die fehlende Motivation und invaliditätsfremde Faktoren wie Alter, Nationalität und Vorbildung eine erfolgreiche Vermittlung auf dem Arbeitsmarkt verhinderten. Gutachterlich wurde am 5. November 2003 erklärt, eine körperlich leichte Tätigkeit in wechselnden Positionen ohne regelmässiges Heben und Tragen von Lasten über 5 kg sei zu 65% zumutbar. Gestützt darauf hat die IV-Stelle dem Versicherten eine halbe Rente (Härtefallrente) bei einem Invaliditätsgrad von 41% zugesprochen. Weil der Versicherte diese Verfügung angefochten hatte, widerrief die IV-Stelle am 22. November 2004 ihre Verfügung und ordnete ein weiteres Gutachten an. Die bidisziplinäre Begutachtung vom Oktober 2005 bestätigte die Einschätzung des Vorgutachters von einer 65%igen Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit. Aus psychiatrischer Sicht hat man eine Überbetonung der orthopädischen und internistischen Beschwerden sowie eine beginnende undifferenzierte Somatisierungsstörung festgestellt, die jedoch keine Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit hätten. Eine Komorbidität sei nicht nachweisbar. Mit Verfügung vom 6. Dezember 2005 hielt die IV-Stelle bei einem Invaliditätsgrad von 42% an der bisherigen Invalidenrente fest und wies das Gesuch um deren Erhöhung ab. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil vom 11. April 2008 (9C\_404/2007) den Arbeitsfähigkeitsgrad von 65% übernommen, jedoch die Bemessung des Invaliditätsgrades korrigiert. Insgesamt resultierte ab 1. Dezember 2001 ein Invaliditätsgrad von 49%.

6.4 Daraus folgt, dass keine gesundheitlichen Einschränkungen vorliegen, die bei zumutbarer Willensanstrengung die Aufnahme einer leidensadaptierten Teilerwerbstätigkeit verhindern würden. Dem Beschwerdeführer wurde bereits durch seinen Hausarzt erklärt, dass er eine leidensadaptierte Tätigkeit ausüben könne. Diese Einschätzung wurde erstmals im Gutachten vom November 2003 bestätigt und danach auch im Gutachten vom Oktober 2005. Spätestens ab November 2003 hat der



Beschwerdeführer somit gewusst, dass ihm aus objektiver Sicht die Aufnahme einer Teilerwerbstätigkeit zumutbar wäre und er im Rahmen seiner Schadenminderungspflicht angehalten wäre, sich um eine Arbeitsstelle zu bemühen. Auf Grund seiner Krankheitsüberzeugung war er noch im 2002 nicht motivierbar, sich einer Arbeitsvermittlungsmassnahme der IV-Stelle zu unterziehen. Wie gutachterlich festgestellt worden ist, schränken seine psychischen Störungen die zumutbare Arbeitsfähigkeit jedoch nicht ein. Sodann sind keine anderen persönlichen Gründe ersichtlich, die dem Beschwerdeführer die Verwertung der verbliebenen Arbeitsfähigkeit und eine entsprechende Stellenbewerbung verunmöglichen oder über Gebühr erschweren. So hat er keine Kinder oder pflegebedürftigen Personen zu betreuen. Auf seine Krankheitsüberzeugung ist nicht Rücksicht zu nehmen. Schliesslich werden Hilfsarbeiten unabhängig von den Sprachkenntnissen, Alter und Ausbildungsgrad auf dem Arbeitsmarkt nachgefragt. Unter diesen Umständen wird die Vermutung von Art. 14a Abs. 2 ELV, gemäss derer eine invalide Person mit einem Invaliditätsgrad zwischen 40 und 50% ein bestimmtes Einkommen erzielen kann, nicht widerlegt. Weil der Beschwerdeführer zu beweisen hat, dass die Arbeitslosigkeit unverschuldet ist und ein entsprechender Nachweis fehlt, geht die Beweislosigkeit zu Lasten des Beschwerdeführers. Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ab Dezember 2003 erweist sich damit als korrekt. Sie ist jedoch auf Ende 2006 zu beschränken, da der Beschwerdeführer im Jahr 2007 sein 60. Altersjahr erreicht hat und damit die Vermutung von Art. 14a Abs. 2 ELV dahinfällt. Entsprechend sind die Verfügungen vom 5. und 12. November 2007 und vom 21. Dezember 2007 aufzuheben. Die Sache ist zur Neuberechnung und Neuverfügung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

7.

Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die Verfügungen vom 5. und 12. November 2007 sowie vom 21. Dezember 2007 sind aufzuheben. Die Sache ist an die Beschwerdegegnerin zur Neuberechnung und Neuverfügung im Sinn der Erwägungen zurückzuweisen. Sodann hat sie abzuklären, wie die gemeinsame Wohnung ab 2007 genutzt wird. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. Gerichtskosten sind keine zu erheben. Praxisgemäss ist die Rückweisung zur ergänzenden Abklärung und Neuberechnung in Bezug auf den Anspruch auf



Parteientschädigung als vollumfängliches Obsiegen zu qualifizieren, so dass ein Anspruch auf ungekürzte Entschädigung besteht (vgl. etwa ZAK 1987 S. 266 E. 5a). Die Parteientschädigung bemisst sich nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 61 lit. g ATSG). Unter Berücksichtigung dieser Kriterien erscheint eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Bei diesem Verfahrensausgang kommt das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung nicht zum Zug, weil es ein Eventualgesuch für den Fall des Unterliegens darstellt.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. Die Beschwerde wird unter Aufhebung der Verfügungen vom 5. und 12. November 2007 sowie vom 21. Dezember 2007 teilweise gutgeheissen und im Sinne der Erwägungen zur ergänzenden Abklärung, Neuberechnung und Neuverfügung zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- zu bezahlen.