



Fall-Nr.: EL 2010/16
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: EL - Ergänzungsleistungen
Publikationsdatum: 03.01.2020
Entscheiddatum: 27.09.2010

Entscheid Versicherungsgericht, 27.09.2010

Art. 21. Abs. 4 ATSG. Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG. Hypothetisches Erwerbseinkommen eines Selbständigerwerbenden einer EL-berechtigten Versicherten ohne existenzsicherndes Einkommen. Fehlendes Mahn- und Bedenkzeitverfahren im Revisionsverfahren betreffend Anrechnung eines höheren hypothetischen Einkommens unter der Annahme, dass dem Ehemann die Geschäftsaufgabe und Aufnahme einer unselbständigen Tätigkeit zumutbar wäre (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 27. September 2010, EL 2010/16).

Vizepräsidentin Miriam Lendfers, Versicherungsrichterinnen Karin Huber-Studerus und Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiberin Philia Roth

Entscheid vom 27. September 2010

in Sachen

W.____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch ihren Ehemann,

gegen

Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen, Ausgleichskasse des Kantons St. Gallen, Brauerstrasse 54, Postfach, 9016 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,



St.Galler Gerichte

betreffend

Ergänzungsleistung zur IV

Sachverhalt:

A.

A.a W. ___ (Jahrgang 1976) bezieht seit 1. Juni 2001 Ergänzungsleistungen (EL) zu ihrer Rente der Invalidenversicherung (EL-act. 83). Am 22. April 2003 meldete die zuständige AHV-Zweigstelle die Heirat der Versicherten (EL-act. 82). Die EL-Durchführungsstelle des Kantons St. Gallen berechnete die EL daraufhin neu und verfügte am 26. Juni 2003 die Abweisung wegen Einnahmenüberschusses (EL-act. 77).

A.b Am 6. September 2003 meldete sich die Versicherte erneut zum Bezug von EL an, weil ihr Ehemann arbeitslos geworden war (EL-act. 75). Mit Verfügung vom 16. Oktober 2003 verneinte die EL-Durchführungsstelle einen Anspruch auf EL (EL-act. 71). Die Versicherte reichte am 16. April 2004 wiederum eine EL-Anmeldung ein, nachdem das Arbeitslosentaggeld des Ehemannes auf den 16. April 2004 eingestellt worden war (EL-act. 69 und 67). Auf Nachfrage der EL-Durchführungsstelle betreffend zumutbare Erwerbstätigkeit des Ehemannes gab dieser am 2. Juni 2004 an, er habe aus gesundheitlichen Gründen seine Arbeitsstelle kündigen müssen. Wie sein Arzt im Zeugnis vom 21. Juli 2003 bestätigt habe, leide er an einer chronischen Erkrankung der unteren Wirbelsäule und könne keine schweren Lasten über 20kg mehr heben und tragen. Nach verschiedenen Kursen und vergeblicher Stellensuche sei er in Absprache mit dem Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zum Schluss gekommen, sich selbständig zu machen. Er befinde sich nun in der Aufbauphase und mache deshalb noch keine Umsätze (EL-act. 65). Die EL-Durchführungsstelle teilte der Versicherten am 30. Juni 2004 mit, sie werde in der Berechnung der EL vorläufig ein hypothetisches Einkommen von Fr. 10'000.-- pro Jahr anrechnen (EL-act. 63). Mit Verfügung vom 6. Juli 2004 sprach die EL-Durchführungsstelle der Versicherten mit Wirkung ab 1. April 2004 eine EL von Fr. 1'903.-- monatlich zu (EL-act. 62).

A.c Mit E-Mail vom 5. Januar 2005 teilte der Ehemann der EL-Durchführungsstelle mit, seit November 2004 erziele er ein bescheidenes Einkommen. Werde das Einkommen



St.Galler Gerichte

von November und Dezember 2004, Fr. 1'606.60, auf ein Jahr hochgerechnet, werde er voraussichtlich knapp Fr. 10'000.-- verdienen (EL-act. 58). Mit Verfügung vom 10. Februar 2005 sprach die EL-Durchführungsstelle der Versicherten mit Wirkung ab 1. März 2005 eine monatliche EL von Fr. 1'312.-- zu. Das hypothetische Einkommen wurde auf Fr. 18'000.-- angehoben (EL-act. 56). Die Höhe dieses hypothetischen Einkommens blieb in den folgenden Anpassungsverfügungen unverändert.

A.d Im Frühling 2007 leitete die EL-Durchführungsstelle eine periodische Überprüfung der EL ein. Dabei verneinte die Versicherte, dass ihr Ehemann ein Einkommen erziele (EL-act. 45). Im September 2007 stellte der Ehemann der Versicherten die Steuerveranlagung 2006 zu, wonach er kein Einkommen erzielt habe. Die Einnahmen und Ausgaben seiner selbständigen Erwerbstätigkeit hätten sich gedeckt. Er arbeite bei den Internet-Auktionsplattformen A.____ und B.____ als Auktionsverkäufer. Im August habe er einen eigenen Shop im Internet eröffnet. Im Übrigen seien die vergangenen EL-Berechnungen falsch, da er niemals ein Einkommen von Fr. 18'000.-- erzielt habe (EL-act. 38-15/15). Am 15. Oktober 2007 drohte die EL-Durchführungsstelle der Versicherten an, ein hypothetisches Einkommen ab Dezember 2007 anzurechnen. Der Ehemann der Versicherten sei teilerwerbstätig. Deshalb sei ihm eine weitere Teilzeitarbeitsstelle möglich. Falls Bemühungen um eine Arbeitsstelle stattgefunden hätten, seien entsprechende Belege einzureichen (EL-act. 37). Der Ehemann der Versicherten teilte der EL-Durchführungsstelle am 18. November 2007 mit, er könne sich als Selbständigerwerbender nicht beim RAV anmelden. Zudem arbeite er 100%, weshalb ihm keine weitere Tätigkeit mehr zumutbar sei. Er arbeite als Auktionsverkäufer mit eigenem Shop auf drei Internet-Plattformen, in die er viel investiert habe. Er biete laufend zwischen 1'500 und 2'000 Artikel zum Verkauf an. Das monatliche Einkommen schwanke zwischen Fr. 500.-- und Fr. 1'500.--. Seine Selbständigkeit sei vom RAV und von der SVA geprüft und anerkannt worden. Sein Online-Shop befinde sich im Aufbau. Seinen Anteil an der Schadensbegrenzung und Existenzsicherung der ehelichen Gemeinschaft trage er durch seine aufwändige selbständige Erwerbstätigkeit und die "rund um die Uhr"-Betreuung seiner zu 100% IV-rentenberechtigten Frau (EL-act. 35-2/2). Die EL-Durchführungsstelle stellte am 4. Dezember 2007 eine neue Prüfung des hypothetischen Einkommens im April 2008 in Aussicht. Die vollständigen Arbeitsbemühungen (mindestens 10 bis 12 im Monat) inklusive Antwortschreiben der



St.Galler Gerichte

Firmen würden im April 2008 einverlangt werden. Falls aus ihrer Sicht die Arbeitsbemühungen mangelhaft ausfallen würden, behalte sie sich vor, ab Mai 2008 ein höheres hypothetisches Einkommen anzurechnen (EL-act. 34). Auf die entsprechende Aufforderung vom 26. Mai 2008 hin fand am 4. Juni 2008 ein Gespräch mit dem Ehemann der Versicherten statt. Die EL-Durchführungsstelle bestätigte der Versicherten am 7. Juli 2008, dass sie für ein weiteres Jahr ein Erwerbseinkommen von Fr. 18'000.-- anrechnen werde (EL-act. 29).

A.e Am 3. Juni 2009 befragte die EL-Durchführungsstelle die Versicherte erneut zu den Einkommensverhältnissen ihres Ehemanns und bat um Kopien der Erfolgsrechnung und Schlussbilanz für das Jahr 2008 (EL-act. 26). Der Ehemann der Versicherten teilte der EL-Durchführungsstelle am 19. Juni 2009 mit, sein Einkommen sei unvermindert und er könne keine Erfolgsrechnung oder Bilanz einreichen. Er wünsche eine Herabsetzung des hypothetischen Einkommens auf Fr. 10'000.-- (EL-act. 21). Mit Verfügung vom 24. September 2009 setzte die EL-Durchführungsstelle ab 1. Oktober 2009 die monatliche EL von Fr. 1'577.-- (EL-act. 20) auf Fr. 554.-- herab. Sie rechnete dem Ehemann der Versicherten neu ein hypothetisches Einkommen von Fr. 43'737.-- an (EL-act. 13). Auf Verlangen des Ehemannes der Versicherten führte die EL-Durchführungsstelle am 1. Oktober 2009 aus, dass nach der Rechtsprechung ein Einkommensverzicht vorliegen könne, wenn das Einkommen aus einer selbständigen Erwerbstätigkeit deutlich unter einem Einkommen liege, das mit einer unselbständigen Erwerbstätigkeit erzielt werden könnte. In der IV werde etwa bei der Invaliditätsbemessung ein Wechsel von einer selbständigen in eine unselbständige Tätigkeit grundsätzlich als zumutbare Konsequenz der Selbsteingliederungsbeziehungsweise Schadenminderungspflicht erachtet. Somit sei auch im Rahmen der Anwendung der EL-spezifischen Schadenminderungspflicht ein solcher Wechsel grundsätzlich zumutbar. Wenn nach einem Jahr der selbständigen Erwerbstätigkeit immer noch ein Einkommen erzielt werde, das deutlich unter jenem liege, das an einer unselbständigen Stelle verdient werden könne, so sei die Frage nach der Zumutbarkeit der Geschäftsaufgabe erneut zu prüfen. Eine Rückfrage beim RAV habe ergeben, dass für den Ehemann der Versicherten grundsätzlich geeignete offene Stellen in der Region vorhanden seien. Die Geschäftsaufgabe sei daher zumutbar, weil mit einer unselbständigen Tätigkeit ein existenzsicherndes Einkommen erzielt werden könne. Genügend Zeit für eine Anpassung sei zur Verfügung gestellt worden (EL-act. 10).



St.Galler Gerichte

Gegen die Verfügung vom 24. September 2009 erhob die Versicherte, vertreten durch ihren Ehemann, am 22. Oktober 2009 Einsprache (EL-act. 6).

A.f Mit Einspracheentscheid vom 8. Februar 2010 wies die EL-Durchführungsstelle die Einsprache ab. Dem Ehemann der Versicherten sei unter Berücksichtigung der Marktlage eine Vollzeitstelle zumutbar. Gestützt auf die Tabellenlöhne könne er ein Einkommen von Fr. 43'737.-- erzielen. Bei diesem Einkommen seien bereits wegen des Alters und der Konkurrenz je 10% abgezogen worden. Der Ehemann der Versicherte verdiene als Selbständigerwerbender lediglich Fr. 10'000.-- pro Jahr. Die Versicherte beziehe eine ganze IV-Rente und könne keiner Arbeitstätigkeit nachgehen. Der Ehemann der Versicherten wäre aus wirtschaftlichen Gründen gezwungen gewesen, seine unrentable Tätigkeit als Selbständigerwerbender aufzugeben. Darauf sei er wiederholt aufmerksam gemacht und die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sei angedroht worden. Seine angegebenen körperlichen Behinderungen dürften bei der Stellensuche nicht erhöht einschränkend wirken. Es sei ihm genügend Zeit verblieben, um sich im Rahmen seiner Schadenminderungspflicht nach einer Stelle umzusehen. Schliesslich sei die Versicherte weder auf eine vollzeitliche Überwachung noch auf eine Betreuung angewiesen (EL-act. 94).

B.

B.a Gegen diesen Entscheid lässt die Versicherte, vertreten durch ihren Ehemann, am 14. Februar 2010 Beschwerde erheben. Sie beantragt sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheids vom 8. Februar 2010 und den Verzicht auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens. Der Ehemann führt dazu aus, er habe wegen sehr starker chronischer Rückenschmerzen im Jahr 2003 seine Tätigkeit als Hilfsarbeiter (Lagerist) aufgeben müssen. Zudem leide er an schweren Hautkrankheiten und Allergien (Sonnenallergie). Seine Rosacea-Nasen-Erkrankung sei im höchsten, unheilbaren Stadium, was seine Vermittlungsfähigkeit einschränke. Um die Arbeitslosigkeit zu verkürzen und wieder schnellstens in den Arbeitsmarkt integriert zu sein, sowie um ein Abschieben in die IV zu verhindern, seien arbeitsmarktliche Massnahmen ergriffen worden. So habe er in Absprache und mit Beratung des RAV eine selbständige Tätigkeit aufgebaut, unter anderem unter Einsatz des gesamten Pensionskassenguthabens. Diese Eingliederung sei geglückt. Er arbeite bei



verschiedenen Radiosendern, habe einen eigenen Shop, digitalisiere Schallplatten und arbeite in einer Brockenstube. Diese Tätigkeiten würden ihm viel Freude bereiten und erlaubten ihm, auf seine gesundheitlichen Probleme Rücksicht zu nehmen sowie seine hilfebedürftige Frau zu betreuen. Mit seiner selbständigen Tätigkeit sei er voll ausgelastet und könne keine weiteren Arbeiten annehmen. Dies werde auch von seinem Hausarzt Dr. med. C.____, Facharzt für Allgemeine Medizin FMH, mit Bericht vom 1. Oktober 2009 bestätigt (G act. 1.8). Er erziele mit seinen Tätigkeiten ein Einkommen von Fr. 20'000.-- bis Fr. 25'000.--, wenn er das Einkommen der letzten vier Monate auf ein Jahr hochrechne (G act. 1.7). Nun verlange die Beschwerdegegnerin paradoxerweise die Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit und die Zurückführung in den Arbeitsmarkt mit Hilfe des RAV. Dies sei aus folgenden Gründen nicht möglich: Als Selbständiger habe er keinen Anspruch mehr auf Beratung und Arbeitslosentaggelder. Zudem sei er nicht vermittlungsfähig. Eine Sicherheit für einen Job ausserhalb seiner selbständigen Erwerbstätigkeit bestehe nicht. Allenfalls wäre ein Neuaufbau der selbständigen Erwerbstätigkeit nicht mehr möglich, falls er nach kurzer unselbständiger Tätigkeit erneut arbeitslos werden würde. Sein investiertes Pensionskassenguthaben wäre für immer verloren. Seine Frau hätte keine Betreuung mehr. Die anonyme Anfrage der Beschwerdegegnerin beim RAV basiere auf falschen Annahmen, da er lediglich Hilfsarbeiter sei und über keine Berufsausbildung verfüge. Er wolle weiterhin seiner Arbeit ohne Einschränkungen nachgehen (G act. 1).

B.b Die Beschwerdegegnerin beantragt unter Verweis auf den Einspracheentscheid am 12. April 2010 die Abweisung der Beschwerde (G act. 4).

Erwägungen:

1.

Auf den 1. Januar 2008 ist das neue Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG; SR 831.30) in Kraft getreten. Das neue ELG ersetzt dasjenige Gesetz vom 19. März 1965 in der bis 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung. In Bezug auf die vorliegend umstrittene Frage der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens hat sich die Rechtslage materiell nicht geändert.



2.

2.1 Die jährliche EL 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. Als Einnahmen anzurechnen sind nach Art. 11 Abs. 1 ELG (Art. 3c Abs. 1 aELG) unter anderem Einkünfte, auf die verzichtet worden ist (lit. g). Eine Verzichtshandlung liegt vor, wenn die versicherte Person ohne rechtliche Verpflichtung auf Vermögen verzichtet hat, wenn sie einen Rechtsanspruch auf bestimmte Einkünfte und Vermögenswerte hat, davon aber faktisch nicht Gebrauch macht bzw. ihre Rechte nicht durchsetzt oder wenn sie aus von ihr zu verantwortenden Gründen von der Ausübung einer möglichen und zumutbaren Erwerbstätigkeit absieht (Urteil des Bundesgerichts vom 9. Juli 2002 [P 18/02]; BGE 121 V 205 E. 4a; AHI 2001 S. 133 E. 1b).

2.2 Auch Personen, die in die Anspruchsberechnung der versicherten Person einbezogen sind, partizipieren an der EL, da diese den Existenzbedarf der ganzen Familie sicherstellt. So ist auch der Ehegatte der EL-anspruchsberechtigten Person Leistungsempfänger. Verzichtet er auf die mögliche und zumutbare Erzielung eines Erwerbseinkommens, so ist die Geltendmachung eines EL-Anspruchs zur Deckung jenes Teils der anerkannten Ausgaben, der durch das Erwerbseinkommen des Ehegatten gedeckt werden könnte, missbräuchlich (Ralph Jöhl, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, in: SBVR XIV-Meyer, Soziale Sicherheit, 2. Aufl. Basel 2007, S. 1759, Rz. 179). Deswegen ist bei der EL-Berechnung der versicherten Person ein hypothetisches Erwerbseinkommen für deren Ehegatten anzurechnen, sofern dieser auf die mögliche und zumutbare Erzielung eines Einkommens verzichtet.

2.3 Geht eine versicherte Person – bzw. deren in die EL-Berechnung miteinbezogener Ehegatte –, die durch eine unselbständige Erwerbstätigkeit einen Lohn erzielen könnte, einer selbständigen Erwerbstätigkeit nach, die keinen oder nur einen deutlich unter dem möglichen Lohn für unselbständige Tätigkeit liegenden Gewinn abwirft, stellt sich



die Frage, ob damit im Differenzbetrag auf Erwerbseinkommen verzichtet wird. In der IV wird etwa bei der Invaliditätsbemessung ein Wechsel von einer selbständigen in eine unselbständige Tätigkeit als grundsätzlich zumutbare Konsequenz der Selbsteingliederungs- bzw. Schadenminderungspflicht erachtet, wobei die Beurteilung anhand der konkreten Umstände vorzunehmen ist (vgl. etwa SVR 2002 IV Nr. 8, E. 5). Demnach ist auch im Rahmen der Anwendung der EL-spezifischen Schadenminderungspflicht ein solcher Wechsel grundsätzlich zumutbar (Jöhl, a.a.O., S. 1754 f., Fn. 575). Bei der Beurteilung, ob der Wechsel in eine unselbständige Tätigkeit zumutbar ist, ist auf den konkreten Einzelfall abzustellen und eine umfassende Sachverhaltswürdigung vorzunehmen. Ein einmaliger wirtschaftlicher Einbruch im Rahmen der selbständigen Erwerbstätigkeit reicht jedenfalls für sich allein nicht aus, um die Aufgabe der Selbständigkeit als zumutbar zu erachten (vgl. auch Jöhl, a.a.O., S. 1755. Fn. 575). Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen erachtet es als angemessen, beim Aufbau einer selbständigen Erwerbstätigkeit zumindest für das erste Jahr lediglich auf das effektiv erzielte Einkommen abzustellen, wobei die Beurteilung den konkreten Umständen des Einzelfall Rechnung zu tragen hat. Danach ist bei weiterhin deutlich unterdurchschnittlichem Einkommen die Frage nach der Zumutbarkeit der Geschäftsaufgabe erneut zu prüfen (vgl. Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 28. Oktober 2008 i/S. C [EL 2008/28]).

2.4 Stellt die Verwaltung nach anfänglichen Abklärungen fest, dass der Ehegatte im Rahmen der Schadenminderungspflicht zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit verpflichtet ist beziehungsweise sich zumindest ernsthaft um Arbeit zu bemühen hat beziehungsweise seine selbständige Erwerbstätigkeit zugunsten einer unselbständigen Erwerbstätigkeit aufzugeben hat, so hat sie diese Schadenminderungspflicht unter Hinweis auf die Konsequenzen eines Untätig-Bleibens und unter Ansetzung einer angemessenen Frist abzumahnern. Ein solches Mahn- und Bedenkzeitverfahren im Sinn von Art. 21 Abs. 4 Satz 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) hat den Zweck, die betroffene versicherte Person freiwillig zu einem bestimmten regelkonformen Verhalten zu veranlassen.

3.



3.1 Mit Verfügung vom 24. September 2009 hat die Beschwerdegegnerin das hypothetische Einkommen des Ehemannes der Beschwerdeführerin von Fr. 18'000.-- auf Fr. 43'737.-- angehoben. Das hat eine Herabsetzung der bisherigen EL von Fr. 1'577.-- auf Fr. 554.-- zur Folge. Gemäss den vorhandenen Steuerveranlagungen hatte der Ehemann der Beschwerdeführerin in den Jahren 2004 bis 2006 jeweils kein oder ein vernachlässigbares Einkommen angegeben (Veranlagung 2006: EL-act. 38-9/15; Veranlagung 2005: EL-act. 46-2/6; Veranlagung 2004: EL-act. 51). Daran hatte sich gemäss seiner Aussage bis zum Verfügungszeitpunkt nichts verändert (EL-act. 21). Gemäss Beschwerdeschrift hat er ab Oktober 2009 ein gewisses Einkommen erzielt. Die Beschwerdegegnerin hat bereits ab 1. April 2004 ein hypothetisches Einkommen des Ehemannes von Fr. 10'000.-- angerechnet (Verfügung vom 6. Juli 2004; EL-act. 62). Mit Verfügung vom 10. Februar 2005 hat sie das hypothetische Einkommen ab 1. März 2005 auf Fr. 18'000.-- angehoben (EL-act. 56). Nachdem sich im Zeitverlauf gezeigt hat, dass die selbständige Erwerbstätigkeit nicht erfolgreich ist und der Ehemann gemäss Überprüfung der Einkommensverhältnisse vom Juni 2009 im Jahr 2008 weiterhin kein relevantes Einkommen erzielt hat, hat die Beschwerdegegnerin ab 1. Oktober 2009 das hypothetische Einkommen auf Fr. 43'737.-- erhöht. Mit der angefochtenen Verfügung vom 24. September 2009 hat die Beschwerdegegnerin somit das implizit am 3. Juni 2009 eingeleitete Revisionsverfahren nach Art. 17 ATSG abgeschlossen, indem sie ein Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit angerechnet hat. Damit hat sie eine fiktive Sachverhaltsveränderung in der fiktiven Karriere des Ehemannes der Beschwerdeführerin angenommen, indem sie ihm die Aufgabe der unrentablen selbständigen Erwerbstätigkeit sowie die Aufnahme einer unselbständigen Tätigkeit unterstellt hat. Eine solche Änderung des Sachverhalts auf der Grundlage einer Fiktion ist nicht ohne vorgängige Durchführung eines Mahn- und Bedenkzeitverfahrens zulässig. Denn mit der Anrechnung des höheren hypothetischen Einkommens wird der aus Sicht der Beschwerdegegnerin zumutbare Wechsel in die unselbständige Erwerbstätigkeit fingiert und das vom Ehemann der Beschwerdeführerin verlangte, aber nicht erbrachte Verhalten sanktioniert.

3.2 Die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, eine Anpassungsfrist sei nicht erforderlich, da sie den Ehemann der Beschwerdeführerin seit Jahren wiederholt darauf aufmerksam gemacht habe, dass er seinen Anteil zur Existenzsicherung in der ehelichen Gemeinschaft beizutragen habe oder ansonsten mit der Anrechnung eines



höheren hypothetischen Einkommens zu rechnen habe. Wie aus den Akten hervorgeht, hat die Beschwerdegegnerin am 15. Oktober 2007 angedroht, das hypothetische Einkommen zu erhöhen, falls der Ehemann der Beschwerdeführerin keine ausreichenden Bemühungen hinsichtlich Arbeitsstellensuche vorweisen könne (EL-act. 37). Nachdem dieser angegeben hatte, er habe im August 2007 einen Shop im Internet eröffnet, der noch im Aufbau sei, verzichtete die EL-Durchführungsstelle auf eine Anrechnung eines höheren hypothetischen Einkommens bis Mai 2008 (EL-act. 35-2/2 und 34). Auf die entsprechende Aufforderung vom 26. Mai 2008, sämtliche Bewerbungsbemühungen ab Dezember 2007 einzureichen, fand am 4. Juni 2008 eine Aussprache mit dem Ehemann der Beschwerdeführerin statt. Dabei einigte man sich auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens von weiterhin Fr. 18'000.--. Eine Anpassung respektive Erhöhung des Einkommens wurde vorbehalten. Bemühungen zur Suche einer Anstellung wurden zu diesem Zeitpunkt vom Ehemann nicht mehr verlangt (EL-act. 30 und 29). In Anwendung der zitierten Rechtsprechung ist dem Selbständigerwerbenden somit erneut während eines Jahres die Gelegenheit gegeben worden, sein Geschäft existenzsichernd aufzubauen, nachdem der Ehemann bereits im Jahr 2004 den Aufbau einer selbständigen Erwerbstätigkeit angekündigt hatte. Ein Jahr später hat der Ehemann der Beschwerdeführerin am 19. Juni 2009 weiterhin ein unverändertes tiefes Einkommen angegeben und das Vorhandensein einer Erfolgsrechnung oder Bilanz verneint (EL-act. 21). Ohne weitere Vorwarnung hat die Beschwerdegegnerin daraufhin am 24. September 2009 das hypothetische Einkommen auf Fr. 43'737.-- ab 1. Oktober 2009 angehoben (EL-act. 13). Die konkreten Umstände einer allfälligen Geschäftsaufgabe hat sie nicht geprüft. In diesem Revisionsverfahren ist bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Anrechnung eines höheren hypothetischen Einkommens kein eigentliches Mahn- und Bedenkzeitverfahren, das den Wechsel in eine unselbständige Erwerbstätigkeit zum Gegenstand gehabt hätte, durchgeführt worden. Auch wurde die Beschwerdeführerin nicht auf die konkrete Absicht der Beschwerdegegnerin, das hypothetische Einkommen neu ab 1. Oktober 2009 anzurechnen, aufmerksam gemacht. Die Beschwerdegegnerin hat dem Ehemann der Beschwerdeführerin zuletzt am 15. Oktober 2007 angedroht, ein hypothetisches, über dem tatsächlich liegenden Einkommen zu berücksichtigen. In der Bestätigung des Gesprächs vom 4. Juni 2008 wurde eine Erhöhung lediglich vorbehalten. In der Aufforderung vom 3. Juni 2009, Erfolgsrechnung und Bilanz einzureichen, ist keine



Androhung einer Erhöhung des hypothetischen Einkommens auf einen bestimmten Zeitpunkt hin enthalten. Die Reduktion der EL von Fr. 1'577.-- auf Fr. 554.-- hat eine wesentliche Belastung der Beschwerdeführerin zur Folge. Dem Ehemann der Beschwerdeführerin ist deshalb vorgängig die Gelegenheit zu bieten, seine EL-rechtliche Schadenminderungspflicht wahrzunehmen und sich um eine unselbständige Teilzeit- oder gar Vollzeittätigkeit zu bemühen. Denn der Wechsel in eine unselbständige Erwerbstätigkeit ist ihm zumutbar. Seit Jahren versucht sich der Ehemann der Beschwerdeführerin in einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu etablieren, ohne dass er einen relevanten Gewinn ausweisen könnte. Die Ertragssituation hat sich in den Jahren der selbständigen Tätigkeit kaum verbessert. Der Ehemann leidet an den notorischen Schwierigkeiten in der hart konkurrenzierten Branche. Sein selbständig erzielt Einkommen genügt zur Existenzsicherung des Ehepaares nicht. Unter diesen Umständen ist ein Wechsel in eine unselbständige Tätigkeit im Rahmen der Schadenminderungspflicht zumutbar. Diese Schadenminderungspflicht ist gemäss Art. 21 Abs. 4 ATSG in einem Mahn- und Bedenkzeitverfahren abzumahnen. Eine Abmahnung "auf Vorrat" gibt es nicht. Denn solange sich der Ehemann der Beschwerdeführerin immer noch mit der Beschwerdegegnerin über die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens von Fr. 18'000.-- hat einigen können, war für ihn nicht erkennbar, ob und wann die Beschwerdegegnerin von ihm eine Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit erwarten würde. Dabei ist der zugemutete Wechsel oder zumindest die Aufnahme einer unselbständigen Teilerwerbstätigkeit Voraussetzung für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens. Selbst wenn dem Ehemann der Beschwerdeführerin im Gespräch vom 4. Juni 2008 erläutert worden wäre, dass er gegebenenfalls innert Jahresfrist eine unselbständige Erwerbstätigkeit suchen müsste, hätte ihm im Juni 2009 die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens unter Aufgabe der Selbständigkeit angedroht werden müssen, damit er dazu hätte Stellung nehmen können. Der Ehemann der Beschwerdeführerin hat bisher nicht signalisiert, dass für ihn eine Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit auch nur zum Teil in Frage komme. In Analogie zu Art. 25 Abs. 4 ELV hätte ihm vorerst genügend Zeit gewährt werden müssen (mindestens sechs Monate), seine Angelegenheiten zu regeln und sich um eine Arbeitsstelle zu bemühen. Die vorliegende Verfügung vom 24. September 2009 beziehungsweise der Einspracheentscheid vom 8. Februar 2010 sind daher rechtswidrig.



3.3 Im Übrigen muss der Ehemann der Beschwerdeführerin seine selbständige Erwerbstätigkeit während der Stellensuche nicht aufgeben, weil Arbeitsbemühungen auch parallel zur selbständigen Erwerbstätigkeit vorgenommen werden können. So kann er seine Schadenminderungspflicht während der Stellensuche durch Fortführung der selbständigen Erwerbstätigkeit wahren. Solange er nachweisen kann, dass er trotz ausreichenden Bemühungen keine Arbeitsstelle finden kann, darf ihm kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden. Die Beschwerdegegnerin hat dem Ehemann der Beschwerdeführerin mitzuteilen, welche konkreten qualitativen und quantitativen Anforderungen sie an ausreichende Stellenbewerbungen stellt, damit der Nachweis der unverschuldeten Stellenlosigkeit erbracht werden kann.

3.4 Die Beschwerde ist gemäss den vorstehenden Erwägungen teilweise gutzuheissen. Die Sache ist zur Durchführung eines Mahn- und Bedenkzeitverfahrens und anschliessenden neuen Verfügung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG entschieden:

1. Die Beschwerde wird unter Aufhebung des Einspracheentscheids vom 8. Februar 2010 teilweise gutgeheissen und die Sache im Sinn der Erwägungen zur Fortführung des Verwaltungsverfahrens an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.