



<b>Fall-Nr.:</b>	EL 2011/28
<b>Stelle:</b>	Versicherungsgericht
<b>Rubrik:</b>	EL - Ergänzungsleistungen
<b>Publikationsdatum:</b>	24.04.2012
<b>Entscheiddatum:</b>	24.04.2012

### **Entscheid Versicherungsgericht, 24.04.2012**

**Art. 9 BV; Art. 27 Abs. 2 ATSG; Art. 25 Abs. 1 ATSG; Art. Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG. Vertrauensschutz zufolge ungenügender Beratung durch die EL-Durchführungsstelle (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 24. April 2012, EL 2011/28).Präsidentin Karin Huber-Studerus, Versicherungsrichterinnen Monika Gehrler-Hug und Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiber Matthias BurriEntscheid vom 24. April 2012in SachenA.\_\_\_,Beschwerdeführer,vertreten durch B.\_\_\_ (Mutter),vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Roland Zahner, Studer Rechtsanwalt, Hauptstrasse 11a, 8280 Kreuzlingen,gegenSozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen, Ausgleichskasse des Kantons St. Gallen, Brauerstrasse 54, Postfach, 9016 St. Gallen,Beschwerdegegnerin,betreffendErgänzungsleistung zur IVSachverhalt:**

A.

A.a B.\_\_\_ bezog bis 31. Dezember 2007 eine Ehegattenzusatzrente zur Invalidenrente ihres Ehemanns, von dem sie am 15. Februar 2008 geschieden wurde (act. G 3.2.22). Da sie bereits seit längerem von ihm getrennt gelebt hatte, hatte sie einen eigenen Anspruch auf Ergänzungsleistungen (EL) zur Zusatzrente begründet, wobei die beiden gemeinsamen, bei ihr lebenden Söhne in ihre Anspruchsberechnung einbezogen worden waren (vgl. act. G 3.2.48).

A.b Mit Verfügung vom 8. Januar 2008 wurde der EL-Anspruch ab 1. Januar 2008 neu berechnet, wobei dem Wegfall der Ehegattenzusatzrente Rechnung getragen wurde. Zu jenem Zeitpunkt war nur noch einer der Söhne in die Anspruchsberechnung einbezogen. Die EL wurden neu zur IV-Kinderrente des Sohnes gewährt (act. G 3.2.24). Die Verfügung vom 8. Januar 2008 wurde am 24. Januar 2008 aufgrund einer



## St.Galler Gerichte

periodischen Überprüfung mit Wirkung ab 1. Januar 2008 ersetzt (act. G 3.2.23-1). Aufgrund von Sachverhaltsveränderungen folgten mehrere Anpassungen (act. G 3.2.17; 13; 12; 11). Ab 1. Januar 2009 wurden Erwerbseinkommen von brutto Fr. 51'220.-- berücksichtigt, sodass ein EL-Anspruch von Fr. 1'066.-- monatlich bestand (act. G 3.2.11).

A.c Mit Schreiben vom 1. März 2010 reichte B.\_\_\_\_ einen Lohnausweis für das erste Halbjahr 2009 sowie eine Bilanz ihrer per 1. Juli 2009 aufgenommenen selbständigen Tätigkeit als Coiffeuse für das zweite Halbjahr 2009 ein (act. G 3.2.5). Mit Verfügung vom 28. Mai 2010 erhöhte die EL-Durchführungsstelle den EL-Anspruch ab 1. März 2010 unter Anrechnung eines jährlichen Bruttoerwerbseinkommens von Fr. 25'622.-- und Berücksichtigung von Gewinnungskoten von Fr. 13'500.-- auf Fr. 2'338.-- monatlich. Der Lehrlingslohn des Beschwerdeführers (Lehrlingslohn 2. Lehrjahr von Fr. 550.-- monatlich; act. G 3.2.18-4) blieb dabei fälschlicherweise ausser Rechnung (act. G 3.2.4). Am 24. Juni 2010 erging eine weitere Verfügung. Darin wurde das jährliche Bruttoerwerbseinkommen wiederum mit Fr. 25'622.-- angerechnet, die Gewinnungskosten jedoch auf Fr. 2'827.-- reduziert. Der Lehrlingslohn des Beschwerdeführers blieb auch in dieser EL-Berechnung unberücksichtigt. Der EL-Anspruch wurde mit Wirkung ab 1. Juli 2010 auf Fr. 1'659.-- festgesetzt (act. G 3.2.3).

B.

B.a Mit Verfügung vom 29. Juli 2010 senkte die EL-Durchführungsstelle den monatlichen EL-Anspruch ab 1. August 2010 auf Fr. 910.--, wobei sie den Lehrlingslohn des Sohnes (Lohn ab Eintritt in das 3. Lehrjahr von Fr. 650.-- monatlich; act. G 3.2.18-4, act. G 3.3.2) und ein hypothetisches Erwerbseinkommen für B.\_\_\_\_ in die Berechnung mit einbezog, sodass sich das Bruttoerwerbseinkommen insgesamt auf Fr. 42'917.-- belief (act. G 3.2.1). Mit einer weiteren Verfügung vom 29. Juli 2010 wurden für die Zeit von März bis Juli 2010 zu viel bezahlte EL in der Höhe von Fr. 5'948.-- zurückgefordert (act. G 3.3.7).

B.b Gegen diese Verfügungen erhob B.\_\_\_\_ in Vertretung ihres Sohnes A.\_\_\_\_ am 23. August 2010 Einsprache. Sie beantragte sinngemäss deren Aufhebung und die neue Überprüfung des Sachverhalts. Der Lehrlingslohn ihres Sohnes sei nicht mit



## St.Galler Gerichte

einzurechnen, weil er sich an Mehrkosten für seine Ausbildung beteiligen müsse. Im Weiteren sei die Verfügung vom 28. Mai 2010 für weiterhin rechtsgültig zu erklären. Zudem beantragte sie, den Betrag von Fr. 5'948.-- nicht zurückbezahlen zu müssen (act. G 3.3.3).

B.c Der Rechtsdienst der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen (SVA) hiess die Einsprache mit Entscheid vom 12. Januar 2011 teilweise gut. Auf die Rückforderung von Fr. 5'948.-- werde verzichtet. B.\_\_\_\_ werde in Bezug auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens eine Übergangsfrist von einem Jahr ab Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit gewährt. Mit Wirkung ab August 2010 sei ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Für die Zeit vor August 2010 wäre der Lehrlingslohn des Sohnes anzurechnen, wodurch sich wiederum eine Rückforderung ergeben würde. Um der angespannten finanziellen Situation aber entgegen zu kommen, werde auch diesbezüglich auf die Rückforderung verzichtet. Bei einer allfälligen Beschwerde gegen den Einspracheentscheid behalte man sich das Recht vor, den gesamten, an sich rückforderbaren Betrag geltend zu machen (act. G 1.1).

B.d Gegen diesen Einspracheentscheid erhob B.\_\_\_\_ am 9. Februar 2011 in Vertretung ihres Sohnes A.\_\_\_\_ Beschwerde an das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen. Sie beantragte sinngemäss dessen Aufhebung und den Verzicht auf die Anrechnung von Lehrlingslohn und hypothetischem Einkommen. Zudem sei auf die Rückforderung von Fr. 5'948.-- zu verzichten. Im ersten Halbjahr 2009 habe sie diverse Male mit der Beschwerdegegnerin telefoniert und ihre Absicht zur Selbständigkeit mitgeteilt. Der Bescheid der Beschwerdegegnerin sei gewesen, sie müsse nur ihre Bilanz einreichen. Sie habe aufgrund einer falschen Auskunft Schaden erlitten (act. G 3.4.14).

B.e Mit Entscheid EL 2011/4 vom 25. Mai 2011 hiess das Versicherungsgericht die Beschwerde in dem Sinn gut, dass der Einspracheentscheid vom 12. Januar 2011 aufgehoben und die Sache zurückgewiesen wurde, damit das Einspracheverfahren fortgeführt und ordentlich abgeschlossen werde. Die Beschwerdegegnerin habe im Einspracheentscheid betreffend das hypothetische Erwerbseinkommen offenbar ab 1. Juli 2009 eine Übergangsfrist von einem Jahr gewährt. Somit habe sie also nur die effektiven Einnahmen aus der selbständigen Erwerbstätigkeit anrechnen wollen. Werde jedoch der EL-Anspruch ab 1. Juli ohne hypothetisches Einkommen bzw. mit dem



Einkommen aus der selbständigen Erwerbstätigkeit berechnet, könne von einem "Verzicht" auf die Rückforderung entgegen der Begründung der Dispositivziffer 2 im Einspracheentscheid keine Rede sein. Vielmehr wäre die Verfügung vom 29. Juli 2010 ersatzlos zu streichen gewesen und es hätte eine erhebliche Nachzahlung resultiert. Ob die Beschwerdegegnerin jedoch eine entsprechende Neuberechnung vorgenommen habe und welche effektiven Einkommenszahlen sie anrechnete, sei nicht bekannt. Ferner liege es nicht etwa im Ermessen der Beschwerdegegnerin, ob oder ab wann sie den Lehrlingslohn des Beschwerdeführers in der Berechnung berücksichtigen möchte; die Anrechnung sei vielmehr gesetzlich vorgeschrieben, wobei freilich auch notwendige Gewinnungskosten zum Abzug zuzulassen seien. Auch der Vorbehalt einer weiteren Rückforderung für den Fall der Beschwerdeerhebung sei nicht verständlich (act. G 3.4.3, Entscheid EL 2011/4 Erw. 3.4 f.). Zusammenfassend erweise sich der Einspracheentscheid nicht genügend nachvollziehbar. Er verletze nicht nur die Begründungspflicht und damit das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers, sondern sei auch im Dispositiv unvollständig und nicht mit der notwendigen Klarheit nachvollziehbar. Dies sowohl betreffend den EL-Anspruch - vermutlich ab 1. Juli 2009 - als auch betreffend die am 29. Juli 2010 verfügte und angefochtene Rückforderung (act. G 3.4.3, Entscheid EL 2011/4 Erw. 3.6).

C.

C.a Am 6. Juli 2011 teilte der Rechtsdienst der SVA der Mutter des Beschwerdeführers mit, die angefochtene Verfügung werde zu Ungunsten des Beschwerdeführers abgeändert, und räumte gleichzeitig die Möglichkeit des Einspracherückzugs ein (act. G 3.4.2). Innert Frist erfolgte kein Rückzug der Einsprache.

C.b Mit Einspracheentscheid vom 16. September 2011 wies der Rechtsdienst der SVA die Einsprache ab. Für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Juli 2010 bestehe ein monatlicher EL-Anspruch von Fr. 803.--, ab August 2010 ein solcher von Fr. 701.--. Die Rückforderung werde zu einem späteren Zeitpunkt verfügt (act. G 1.1).

D.



D.a Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die nunmehr von Rechtsanwalt lic.iur. R. Zahner in Vertretung des Beschwerdeführers erhobene Beschwerde vom 12. Oktober 2011. Er beantragt die Aufhebung des Einspracheentscheids sowie die Zusprache und Ausrichtung der jährlichen EL ohne Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens der Mutter ab 1. Juli 2009 bis 31. Juli 2010. Die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, den EL-Anspruch neu zu berechnen und den fälligen Betrag nachzuzahlen. Zur Begründung führt er an, die Beschwerdegegnerin habe im Einspracheentscheid vom 12. Januar 2011 eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass die Mutter des Beschwerdeführers nach Rücksprache mit der EL-Durchführungsstelle davon ausgegangen sei, eine selbständige Erwerbstätigkeit auch bei einem Minderverdienst im Vergleich zur letzten Tätigkeit ausüben zu dürfen. Die Anrechnung des hypothetischen Erwerbseinkommens ab Beginn der selbständigen Erwerbstätigkeit sei deshalb unzulässig. Ferner liess er die unentgeltliche Rechtsverteidigung und Prozessführung beantragen (act. G 1).

D.b Mit Beschwerdeantwort vom 3. November 2011 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Bezüglich Begründung werde auf den Einspracheentscheid verwiesen (act. G 4).

D.c Nach Prüfung der mit 14. November 2011 eingereichten Unterlagen betreffend die unentgeltliche Rechtspflege (act. G 5) bewilligte die Gerichtsleitung am 18. November 2011 die unentgeltliche Rechtsverteidigung des Beschwerdeführers durch Rechtsanwalt lic.iur. R. Zahner (act. G 6)

Erwägungen:

1.

Die in vorliegendem Fall anwendbare Methode der gemeinsamen Anspruchsberechnung von A.\_\_\_\_ aufgrund seiner eigenen anerkannten Ausgaben und anrechenbaren Einnahmen zusammen mit den anerkannten Ausgaben und Einnahmen seiner Mutter gemäss Abs. 1 der Schlussbestimmung der Änderung der Verordnung über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELV; SR 831.301) wurde bereits im Entscheid des Versicherungsgerichts EL 2011/4



vom 25. Mai 2011 dargelegt (Erw. 2.2). Darauf kann verwiesen werden. Dasselbe gilt für die grundsätzliche EL-Anspruchsberechtigung, die EL-Ausrichtung sowie die Adressierung der Verfügungen an die Mutter des Beschwerdeführers (Erw. 2.1).

2.

2.1 Die jährliche EL entspricht dem Betrag, um den die anerkannten Ausgaben die anrechenbaren Einnahmen übersteigen (Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung; ELG; SR 831.30). 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 sowie Art. 11 bis 18 ELV festgelegten Bestimmungen ermittelt. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d ELG sind Renten, Pensionen und andere wiederkehrende Leistungen als Einnahmen anzurechnen. Als Grundsatz gilt, dass nur tatsächlich vereinnahmte Einkünfte als Einnahmen anzurechnen sind. Dieser Grundsatz ist allerdings nicht absolut zu verstehen. Die am häufigsten zur Anwendung gelangende Ausnahme ist in Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG geregelt: Einkünfte, auf die verzichtet wird, sind als (sogenannt hypothetische) Einnahmen anzurechnen. Der Verzichtstatbestand ist dann erfüllt, wenn die anspruchsberechtigte oder eine in die Anspruchsberechnung miteinbezogene Person 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 (EVGE [seit 1. Januar 2007 sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] P 18/02 vom 9. Juli 2002; BGE 121 V 205 Erw. 4a; AHI 2001 S. 133 Erw. 1b).

2.2 Von einem unrechtmässigen Leistungsbezug im Sinne von Art. 25 Abs. 1 Satz 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) kann 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 also 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 (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen EL 2010/25 vom 9. Juni 2011 Erw. 1).

3.

3.1 Mit Entscheid EL 2011/4 vom 25. Mai 2011 hat das Versicherungsgericht den Einspracheentscheid vom 12. Januar 2011 aus formellen Gründen aufgehoben und die Beschwerdegegnerin angewiesen, das Einspracheverfahren fortzuführen und ordentlich abzuschliessen (Erw. 3.5).

3.2 Im Einspracheentscheid vom 12. Januar 2011 führte die Beschwerdegegnerin noch aus, die Mutter des Beschwerdeführers habe glaubwürdig dargelegt, dass sie nach Rücksprache mit der SVA davon ausgegangen sei, eine selbständige Erwerbstätigkeit auch bei einem Minderverdienst im Vergleich zu ihrer letzten Tätigkeit ausüben zu dürfen. Die SVA heisse einen Wechsel von einer festen und sicheren Anstellung in eine selbständige Erwerbstätigkeit grundsätzlich nur dann gut, wenn zumindest mittelfristig eine Verbesserung der Erwerbssituation resultiere. In diesem Sinn sei der Mutter des Beschwerdeführers eine Übergangsfrist von einem Jahr ab Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit einzuräumen, in dem auf die Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens verzichtet werde (act. 3.4.17 ff.).

3.3 Im angefochtenen Einspracheentscheid vom 16. September 2011 macht die Beschwerdegegnerin nunmehr geltend, auf das subjektive Empfinden der Mutter des Beschwerdeführers könne nicht abgestellt werden. Dieses vermöge keinen Vertrauensschutz zu begründen. Es sei davon auszugehen, dass sie die Aussage der Mitarbeiterin der SVA falsch aufgefasst habe. Den Akten sei nicht zu entnehmen, dass eine Mitarbeiterin den Ausgleich eines allfälligen Minderverdienstes zugesichert habe. Dies sei auch nicht plausibel, da dies nicht zulässig sei. Vielmehr sei davon auszugehen, dass die entsprechende Mitarbeiterin die Mutter des Beschwerdeführers dahingehend informiert habe, dass sie durchaus eine selbständige Tätigkeit aufnehmen könne, eine eventuelle Differenz zwischen altem und neuem Verdienst jedoch im Sinn



eines hypothetischen Erwerbseinkommens angerechnet werde (act. G 1.1). Die Beschwerdegegnerin geht somit davon aus, dass die Rückforderungsverfügung vom 29. Juli 2010 im Grundsatz korrekt ist. Das anrechenbare hypothetische Erwerbseinkommen sei in der Rückforderungsverfügung jedoch nicht korrekt berechnet worden und die Rückforderungsverfügung sei diesbezüglich zu korrigieren. In der Folge ersetzte sie mit dem Einspracheentscheid und den ihm zugrunde liegenden neuen EL-Berechnungen die Rückforderungsverfügung vom 29. Juli 2010 (welche ihrerseits bereits die Revisionsverfügung vom 28. Mai 2010 wiedererwägungsweise aufhob und damit auch die nachfolgende Verfügung vom 24. Juni 2010 hinfällig werden liess). Sodann nahm sie die Rückforderung per 1. Januar 2010 vor und hob die Verfügung vom 28. Dezember 2009 auf. Ferner wurde der EL-Anspruch mit Wirkung ab 1. August 2010 neu berechnet und damit die Verfügung vom 29. Juli 2010 mit Wirkung ab 1. August 2010 ersetzt (act. G 1.1).

4.

4.1 Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers macht im Wesentlichen geltend, es sei rechtsmissbräuchlich und widersprüchlich, wenn die Beschwerdegegnerin im angefochtenen Einspracheentscheid von der Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens ab Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit ausgehe, während dem sie im Einspracheentscheid vom 12. Januar 2011 für die Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens noch eine Übergangsfrist vom 1. Juli 2009 bis 31. Juli 2010 gewährt hatte. Mithin sei es aufgrund des Urteils des Versicherungsgerichts nur noch darum gegangen, einen im Dispositiv korrekten Einspracheentscheid zu erlassen, der dem im Einspracheentscheid vom 12. Januar 2011 zum Ausdruck gebrachten Willen betreffend die Übergangsfrist hätte entsprechen sollen (act. G 1).

4.2 Tatsächlich ist die Beschwerdegegnerin von ihrem im Einspracheentscheid vom 12. Januar 2011 vertretenen Standpunkt, dass der Mutter des Beschwerdeführers aufgrund der Auskunft der EL-Durchführungsstelle eine Übergangsfrist vom 1. Juli 2009 bis 31. Juli 2010 ohne Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens gewährt werden solle, abgewichen. Ursprünglich ging also die Beschwerdegegnerin davon aus, dass die Mutter des Beschwerdeführers auf die Auskunft der EL-



Durchführungsstelle habe vertrauen können. Nun wurde der Einspracheentscheid vom 12. Januar 2011 mit Entscheid EL 2011/4 vom 25. Mai 2011 aus formellen Gründen aufgehoben, wobei im Entscheid des Versicherungsgerichts betreffend die Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens ausgeführt wurde, die Beschwerdegegnerin habe vom 1. Juli 2009 bis mindestens 30. Juni 2010 nur die effektiven Einnahmen aus der selbständigen Tätigkeit anrechnen wollen. Damit habe sie ihre Bereitschaft erklärt, die mit Verfügung vom 29. Juli 2010 wiedererwägungsweise aufgehobene Verfügung vom 28. Mai 2010 dahingehend zu korrigieren, dass diese rückwirkend per 1. Juli 2009 anstatt erst per 1. März 2010 kein hypothetisches, sondern nur das effektiv erzielte Einkommen berücksichtige (Erw. 3.4). Die von der Beschwerdegegnerin gewährte Übergangsfrist, in der nur das tatsächliche Einkommen anzurechnen sei, wurde nicht beanstandet. Mithin ging es beim Erlass des Einspracheentscheids 16. September 2011 insbesondere noch darum, einen nachvollziehbaren Einspracheentscheid zu erlassen. Gleichwohl kam die Beschwerdegegnerin auf ihre Beurteilung im Einspracheentscheid vom 12. Januar 2011 zurück. Überdies benannte sie dabei keine sachlichen Gründe für ihre Meinungsänderung. Die Argumentation, die Mutter des Beschwerdeführers habe zwar glaubwürdig dargelegt, sie sei nach Rücksprache mit der EL-Durchführungsstelle davon ausgegangen, sie dürfe auch bei einem Minderverdienst eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen, sie habe die Aussage der Mitarbeiterin der EL-Durchführungsstelle jedoch falsch verstanden, erscheint nicht nur im Vergleich zum Einspracheentscheid vom 12. Januar 2011, sondern auch in sich widersprüchlich. Gleiches gilt für die Ausführung der Beschwerdegegnerin, dass die Zusicherung, einen allfälligen Minderverdienst berücksichtigen zu wollen, nicht zulässig sei. Denn offenbar heisst die EL-Durchführungsstelle einen Wechsel von einer unselbständigen in eine selbständige Erwerbstätigkeit in gewissen Fällen gut, was namentlich dann der Fall sei, wenn mittelfristig von einer Verbesserung der Erwerbssituation ausgegangen werden könne (act. G 1.1, S. 4). Dies kann wohl nichts anderes bedeuten, als dass nach der Praxis der Beschwerdegegnerin ein Minderverdienst ermessensweise - zumindest für eine beschränkte Zeit - durch die EL ausgeglichen werden kann. Die Rüge des widersprüchlichen Verhaltens erscheint daher begründet, denn die Verwaltungsbehörden dürfen sich gegenüber anderen Behörden oder dem Gemeinwesen und gegenüber Privaten nicht widersprüchlich verhalten. Sie dürfen insbesondere nicht einen einmal in einer bestimmten



Angelegenheit eingenommenen Standpunkt ohne sachlichen Grund ändern.  
Widersprüchliches Verhalten der Verwaltungsbehörden verstösst gegen Treu und Glauben nach Art. 5 Abs. 3 BV (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010., Rz. 707 ff.). Sodann kann das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens nicht nur dann angerufen werden, wenn Private auf das ursprüngliche Verhalten der Behörden vertraut haben. Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens kann auch als eigenständige Kategorie dem Grundsatz von Treu und Glauben zugeordnet werden. Soweit Behörden widersprüchlich handeln, ohne zuvor beim Bürger durch ihr Verhalten schützenswertes Vertrauen begründet zu haben und somit der konzisere grundrechtliche Vertrauensschutz nicht zu prüfen ist, soll Art. 5 Abs. 3 BV greifen (Weber-Dürler, Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, ZBI 6/2006, S. 283). Ob der angefochtene Einspracheentscheid bereits aufgrund vorstehender Erwägungen aufzuheben wäre, kann indessen offen gelassen werden, was nachfolgend zu zeigen ist.

5.

5.1 Zu prüfen ist, ob die Mutter des Beschwerdeführers aufgrund der von ihr eingeholten telefonischen Auskunft bei der EL-Durchführungsstelle darauf hat vertrauen dürfen, dass ihr ab Aufnahme der selbständigen Tätigkeit kein hypothetisches Erwerbseinkommen angerechnet werden würde.

5.2 Nach bundesgerichtlicher Praxis verleiht der in Art. 9 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) verankerte Grundsatz von Treu und Glauben einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden (BGE 129 I 170 Erw. 4.1). Für die erfolgreiche Geltendmachung des Vertrauensschutzprinzips bedarf es zunächst eines Anknüpfungspunktes; es muss eine Vertrauensgrundlage vorhanden sein. Darunter ist das Verhalten eines staatlichen Organs zu verstehen, das bei den betroffenen Privaten bestimmte Erwartungen auslöst (statt vieler BGE 129 I 161 Erw. 4; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 631). Als Vertrauensgrundlage kommen Verwaltungsakte, verwaltungsrechtliche Verträge, Auskünfte und Zusagen etc., aber auch konkludentes Verhalten und selbst vollständige Passivität in Betracht (Weber-



Dürler, Vertrauensschutz im Öffentlichen Recht, Basel und Frankfurt am Main 1983, S. 79; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 632 ff.).

5.3 Aus Art. 9 BV ergibt sich sodann, dass Äusserungen im Verkehr zwischen Behörden und Privaten so zu interpretieren sind, wie die jeweils andere Seite sie nach Treu und Glauben verstehen durfte (BGE 126 II 97 Erw. 4b, BGE 124 II 265 Erw. 4a). Nach dem Vertrauensprinzip ist einer Willensäusserung demnach der Sinn zu geben, den ihr der Empfänger aufgrund der Umstände, die ihm im Zeitpunkt des Empfangs bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, in guten Treuen beilegen durfte und beilegen musste (BGE 103 Ia 505 Erw. 2b; Urteil des Bundesgerichts 2A\_65/2003 vom 29. Juli 2003 Erw. 3.2; Weber-Dürler, a.a.O., S. 40; vgl. ferner BGE 129 I 161 Erw. 4.1, BGE 127 I 31 Erw. 3a, BGE 118 Ia 245 Erw. 4b, mit Hinweisen).

5.4 Nebst einer Vertrauensgrundlage müssen verschiedene weitere Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, damit sich der Private mit Erfolg auf das Vertrauensschutzprinzip berufen kann. Vorausgesetzt wird, dass diejenige Person, die sich auf Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht ohne Nachteil rückgängig machen kann (vgl. BGE 131 II 627 Erw. 6.1, BGE 129 I 161 Erw. 4.1, BGE 127 I 31 Erw. 3a; Urteile des Bundesgerichts 2C\_217/2010 vom 16. August 2010 Erw. 4.2.1, 2C\_693/2009 vom 4. Mai 2010 Erw. 2.1; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 655 ff.; Weber-Dürler, a.a.O., S. 90 ff.). Zwischen dem Vertrauen in das Verhalten einer staatlichen Behörde und der vom Betroffenen getätigten Disposition muss also ein Kausalzusammenhang bestehen. Ein solcher fehlt, wenn anzunehmen ist, dass die Disposition auch ohne ein Vertrauen begründendes behördliches Verhalten bzw. bei Kenntnis der Mangelhaftigkeit der Vertrauensbasis vorgenommen worden wäre (Urteil des Bundesgerichts 2C\_453/2009 vom 3. Februar 2010 Erw. 5; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 664). Als Dispositionen können grundsätzlich auch Unterlassungen gelten (BGE 121 V 65 Erw. 2.b, mit weiteren Hinweisen). Schliesslich scheidet die Berufung auf Treu und Glauben dann, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen gegenüberstehen (vgl. BGE 131 II 627 Erw. 6.1, BGE 129 I 161 Erw. 4.1, BGE 127 I 31 Erw. 3a; Urteile des Bundesgerichts 2C\_217/2010 vom 16. August 2010 Erw. 4.2.1, 2C\_693/2009 vom 4. Mai 2010 Erw. 2.1; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 655 ff.; Weber-Dürler, a.a.O., S. 90 ff.).



5.5 Im Bereich des Sozialversicherungsrechts ist im Zusammenhang mit dem Vertrauensschutz zusätzlich die gesetzlich verankerte Beratungspflicht der Versicherungsträger zu beachten. Art. 27 Abs. 2 ATSG beschlägt ein individuelles Recht auf Beratung durch den zuständigen Versicherungsträger. Jede versicherte Person kann vom Versicherungsträger im konkreten Einzelfall eine unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten verlangen (BGE 131 V 472 Erw. 4.1). Sinn und Zweck der Beratungspflicht ist, die betreffende Person in die Lage zu versetzen, sich so zu verhalten, dass eine den gesetzgeberischen Zielen des jeweiligen Erlasses entsprechende Rechtsfolge eintritt (BGE 131 V 472 Erw. 4.3; Urteile 8C\_475/2009 vom 22. Februar 2010 Erw. 2.1, in: SVR 2010 UV Nr. 28 S. 113, und I 714/06 vom 20. April 2007 Erw. 4.1, in: SVR 2008 IV Nr. 10 S. 30; Meyer, Grundlagen, Begriff und Grenzen der Beratungspflicht der Sozialversicherungsträger nach Art. 27 Abs. 2 ATSG, in: Sozialversicherungsrechtstagung 2006, S. 9 ff., insbes. S. 14 u. 25). Das Bundesgericht hat bisher offen gelassen, wo die Grenzen der in Art. 27 Abs. 2 ATSG verankerten Beratungspflicht in generell-abstrakter Weise zu ziehen sind. Es hat jedoch entschieden, dass es auf jeden Fall zum Kern der Beratungspflicht gehört, die versicherte Person darauf aufmerksam zu machen, ihr Verhalten könne eine der Voraussetzungen des Leistungsanspruchs gefährden (BGE 131 V 472 Erw. 4.3).

5.6 Eine ungenügende oder fehlende Wahrnehmung der Beratungspflicht nach Art. 27 Abs. 2 ATSG kommt gemäss konstanter (BGE 124 V 215 Erw. 2b/aa; 112 V 115 Erw. 3b; Urteil 8C\_383/2010 vom 28. September 2010 Erw. 5.1.3 mit diversen Hinweisen) und unter der Herrschaft des ATSG weitergeltender Rechtsprechung (BGE 131 V 472 Erw. 5) einer falsch erteilten Auskunft des Versicherungsträgers gleich. Dieser hat in Nachachtung des Vertrauensprinzips hierfür einzustehen, sofern sämtliche Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Vertrauensschutzes (dazu: BGE 131 V 472 Erw. 5 mit Hinweisen; Urteil 8C\_475/2009 vom 22. Februar 2010 Erw. 2.2 mit Hinweisen, in: SVR 2010 UV Nr. 28 S. 113) erfüllt sind (Urteil 8C\_383/2010 vom 28. September 2010 Erw. 5.1.3).

6.

6.1 Es ist unbestritten, dass sich die Mutter des Beschwerdeführers bei der EL-Durchführungsstelle betreffend die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit



erkundigt hat (act. G 3.2.8; 3.4.23 f.). Die Beschwerdegegnerin erachtet es denn auch als glaubwürdig, dass die Mutter des Beschwerdeführers aufgrund der Rücksprache mit der EL-Durchführungsstelle davon ausging, eine selbständige Erwerbstätigkeit auch bei einem Minderverdienst im Vergleich zu ihrem Einkommen aus ihrer letzten Tätigkeit ausüben zu dürfen (act. G 1.1; G 3.4.17). Die telefonische Erkundigung der Mutter des Beschwerdeführers wurde nicht protokolliert, die Beschwerdegegnerin hielt in einer Aktennotiz vom August 2009 einzig fest, die Mutter des Beschwerdeführers sei selbständig, es sei daher ein Vormerk zur Einholung der Bilanz für das Jahr 2010 zu setzen (act. G 3.2.8). Die Mutter des Beschwerdeführers schilderte die telefonische Auskunft betreffend die Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit im Wesentlichen wie folgt: Sie habe nachgefragt wie sie vorgehen müsse. Die Antwort sei gewesen, man nehme zur Kenntnis, dass sie sich selbständig machen werde. Man benötige eine Bilanz, dann würde sie den Ausgleich bekommen (act. G 3.4.16). Für die Schilderung der Mutter des Beschwerdeführers spricht, dass die Beschwerdegegnerin im März 2010, als die Bilanz aus der selbständigen Tätigkeit eingereicht wurde, ohne weitere Abklärungen reagierte und gemäss Begründung der Verfügung vom 28. Mai 2010 eine "Neuberechnung infolge Anpassung des Erwerbseinkommens" vornahm (act. G 3.2.4). Das Verhalten der Beschwerdegegnerin entsprach damit - abgesehen vom Wirkungszeitpunkt der Anpassung - der von der Mutter des Beschwerdeführers geltend gemachten Auskunft. Wie bereits erwähnt, ging die Beschwerdegegnerin im Rahmen des ersten Einspracheverfahrens offensichtlich davon aus, dass die Mutter des Beschwerdeführers auf die Auskunft der EL-Durchführungsstelle vertrauen durfte (vgl. auch vorstehende Erw. 4.2), was dazu führte, dass für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens eine Übergangsfrist eingeräumt wurde. Gerade die Gewährung von Übergangsfristen sind typische Rechtsfolgen des Vertrauensschutzes, wenn aufgrund des Verhaltens der Behörden eine allfällige langfristige Zukunftsbindung im Raum steht (vgl. Weber-Dürler, a.a.O., S. 138 f.). Eine substantiierte und widerspruchsfreie Begründung für die nunmehr vertretene gegenteilige Auffassung im Rahmen des zweiten Einspracheverfahrens benennt die Beschwerdegegnerin keine (vgl. vorstehende Erw. 4.2). Doch selbst wenn man die Auffassung vertreten würde, dass die Mutter des Beschwerdeführers die Auskunft der EL-Durchführungsstelle nach Treu und Glauben nicht dahingehend hätte verstehen dürfen, dass ihr nach Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit kein hypothetisches Erwerbseinkommen



angerechnet werden würde, wäre vorliegend von einer im Rahmen von Art. 27 Abs. 2 ATSG ungenügend wahrgenommenen Beratung und damit falsch erteilten Auskunft auszugehen. Eine differenzierte Beratung der Mutter des Beschwerdeführers im Sinn einer Aufklärung über die möglichen Folgen der Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit fand offensichtlich nicht statt. Es kann mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass eine vernünftig handelnde Person in der Lage der Mutter des Beschwerdeführers bei korrekter Beratung von einem leistungsgefährdenden Verhalten abgesehen hätte. Plausibel erscheint denn auch die Ausführung der Mutter des Beschwerdeführers, sie hätte mit der Aufnahme der Selbständigkeit zugewartet, hätte sie um die Konsequenzen gewusst (act. G 3.4.14-3). Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin im Rahmen des Vertrauensprinzips für die ungenügende Beratung einzustehen hat, sofern die übrigen Voraussetzungen des Vertrauensschutzes gegeben sind.

6.2 Die Mutter des Beschwerdeführers war bis Ende Juni 2009 bei der C.\_\_\_\_ erwerbstätig (act. 3.2.5). Nach eigenen Angaben erkundigte sie sich wohl erstmals im Juni 2009 bei der EL-Durchführungsstelle wie sie im Zusammenhang mit der Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit vorgehen müsse (act. G 3.3.21). Die selbständige Erwerbstätigkeit als Coiffeuse nahm sie am 1. Juli 2009 auf (act. G 3.2.5; act. 3.3.10). Somit musste sie ihr Arbeitsverhältnis per Ende Juni 2009 kündigen, wozu wohl eine Kündigungsfrist einzuhalten war, ein Geschäftslokal mieten, Waren und Geräte anschaffen. In Anbetracht der kurzen Dauer zwischen der Erkundigung bei der EL-Durchführungsstelle im Juni 2009 und Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit per 1. Juli 2009 ist nicht auszuschliessen, dass der Entschluss der Aufnahme der Selbständigkeit und insbesondere entscheidende diesbezügliche Dispositionen bereits vor Entstehung der Vertrauensgrundlage erfolgt seien könnten. Für eine abschliessende diesbezügliche Beurteilung erweist sich der Sachverhalt jedoch als illiquid bzw. als ungenügend abgeklärt.

6.3 Die Frage kann indessen offen bleiben, denn die Beschwerdegegnerin hat mit ihrer Auskunft bzw. der unterlassenen korrekten Beratung im Juni 2009 die von der Mutter des Beschwerdeführers bereits getätigten Dispositionen jedenfalls nicht als falsch erscheinen lassen. Es fragt sich daher, ob es der Mutter des Beschwerdeführers in Kenntnis der tatsächlichen Sachlage bzw. bei korrekter Beratung seitens der



Beschwerdegegnerin möglich gewesen wäre, einen Nachteil als Folge ihres Verhaltens für den Leistungsanspruch noch zu vermeiden. Dies wäre vorliegend insbesondere dann der Fall gewesen, wenn die Mutter des Beschwerdeführers in der Lage gewesen wäre, anstelle der selbständigen Erwerbstätigkeit wiederum eine unselbständige Tätigkeit aufzunehmen und damit ein mit der Anstellung bei der C.\_\_\_\_ vergleichbares Einkommen zu erzielen. Könnte dies bejaht werden, so wäre - im Sinn einer natürlichen Vermutung - ohne weiteres anzunehmen, dass sie das vorteilhaftere Vorgehen gewählt hätte (vgl. Weber-Dürler, a.a.O., S. 103). Gründe die gegen das Wiederaufnehmen einer unselbständigen Tätigkeit innert nützlicher Frist sprechen, sind den Akten keine zu entnehmen, zumal die im damaligen Zeitpunkt 47-jährige, gesunde Mutter des Beschwerdeführers offenbar über Berufserfahrung als Coiffeuse und Modeverkäuferin verfügte und zudem bereits seit längerem berufstätig war (vgl. u.a. EL-Berechnungen act. G 3.2.41 ff. sowie act. G 3.2.22 ff.). Sodann hätte die Möglichkeit bestanden, das Geschäftslokal unterzuvermieten und bereits angeschaffte Waren und Geräte zu verkaufen. Es ist daher mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Mutter des Beschwerdeführers bei korrekter Beratung selbst im Juni 2009 noch ein Vorgehen hätte wählen können, welches den Leistungsanspruch höchstens kurzfristig beeinflusst hätte, dieses jedoch nach unterbliebener korrekter Beratung der Beschwerdegegnerin unterlassen hat. Der Kausalzusammenhang zwischen unterbliebener Beratung und Vertrauensbetätigung im Sinn des Aufrechterhaltens bereits getroffener Dispositionen und damit des Unterlassens eines vorteilhafteren Vorgehens ist somit gegeben.

6.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass sich der Beschwerdeführer in Würdigung der gesamten Umstände auf das Vertrauensschutzprinzip berufen kann. Überwiegende öffentliche Interessen, welche dem Vertrauensschutz entgegen stünden, sind keine ersichtlich. Zu prüfen bleibt das zeitliche Ausmass des zu schützenden Vertrauens. Wie bereits erwähnt, erweisen sich Übergangsfristen regelmässig als geeignete Form des Vertrauensschutzes, wenn längerfristige Dispositionen getätigt wurden (vgl. Erw. 5.1 mit Hinweis). Die Beschwerdegegnerin ist im Rahmen des ersten Einspracheentscheids von einer Übergangsfrist ab Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit am 1. Juli 2009 bis 31. Juli 2010 ausgegangen, was die Wiederwägung der in diesem Zeitraum erlassenen Verfügungen impliziert. Eine Übergangsfrist in diesem Rahmen erscheint vorliegend angemessen. Danach wird der Mutter des Beschwerdeführers ein



hypothetisches Erwerbseinkommen im Sinn von Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG anzurechnen sein, soweit das Erwerbseinkommen aus der selbständigen Erwerbstätigkeit unter dem ursprünglich erzielten Einkommen aus der unselbständigen Erwerbstätigkeit liegt. Die Beschwerdegegnerin wird daher den EL-Anspruch im Zeitraum vom 1. Juli 2009 bis 31. Juli 2010 unter Anrechnung des von der Mutter des Beschwerdeführers aus ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit tatsächlich verdienten Einkommens neu zu berechnen haben. Dabei wird auch der Lohn des Beschwerdeführers anzurechnen sein. Von den Erwerbseinkommen sind die entsprechenden Gewinnungskosten in Abzug zu bringen. Wie bereits im Entscheid EL 2011/4 vom 25. Mai 2011 ausgeführt, wird diese Neuberechnung wohl eine Nachzahlung ergeben (Erw. 3.4 f.). Die im angefochtenen Einspracheentscheid vorgenommene EL-Berechnung ab 1. August 2010 hat der Beschwerdeführer nicht beanstandet. Es ist auch nicht ersichtlich, dass diese rechtsfehlerhaft sein sollte.

7.

7.1 Die Beschwerde ist im Sinn der Erwägungen gutzuheissen. Der Einspracheentscheid vom 16. September 2011 ist dahingehend aufzuheben, dass der Mutter des Beschwerdeführers im Zeitraum vom 1. Juli 2009 bis 31. Juli 2010 kein hypothetisches Erwerbseinkommen anzurechnen ist. Die Angelegenheit ist an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie den EL-Anspruch des Beschwerdeführers im Sinn der Erwägungen neu berechne. Die im Einspracheentscheid vom 16. September 2011 vorgenommene EL-Berechnung mit Wirkung ab 1. August 2010 ist nicht zu beanstanden.

7.2 Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

7.3 Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Parteientschädigung, die vom Gericht ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses unter Berücksichtigung des Ausmasses des Obsiegens bemessen wird (Art. 61 lit. g ATSG; vgl. auch Art. 98 ff. VRP/SG, sGS 951.1). Angemessen erscheint vorliegend eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht



im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:

1. Die Beschwerde wird unter Aufhebung des Einspracheentscheids vom 16. September 2011 gutgeheissen, und die Sache wird im Sinn der Erwägungen zur Neuberechnung der EL ohne Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens für den Zeitraum vom 1. Juli 2009 bis 31. Juli 2010 an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.