

200 16 834 EL  
ACT/SCC/JOK/CES

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 6. Januar 2017**

Verwaltungsrichter Ackermann, Kammerpräsident  
Verwaltungsrichter Loosli, Verwaltungsrichter Kölliker  
Gerichtsschreiberin Schertenleib Gamero

**A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer

gegen

**Ausgleichskasse des Kantons Bern**  
Abteilung Ergänzungsleistungen, Chutzenstrasse 10, 3007 Bern  
Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 27. Juli 2016



## Sachverhalt:

### A.

Der 1933 geborene A.\_\_\_\_\_ (EL-Bezüger resp. Beschwerdeführer) bezieht seit August 2011 Ergänzungsleistungen (EL; Aktenverzeichnis der Ausgleichskasse Bern [act. II] 39) zur AHV-Rente (act. II 1). Anlässlich einer Revision im Jahr 2015 (act. II 95) holte die Ausgleichskasse Bern (AKB bzw. Beschwerdegegnerin) Unterlagen (act. II 97 - 135) sowie eine Stellungnahme des EL-Bezügers, vertreten durch seinen Sohn (act. II 86, 142), vom 6. März 2016 (act. II 136) ein. Mit zwei Verfügungen vom 26. Mai 2016 (act. II 168 und 172) forderte die AKB seit August 2011 zuviel ausgerichtete EL von insgesamt Fr. 28'158.-- (Fr. 23'158.-- + Fr. 5'000.--) zurück. Mit Verfügung vom 7. Juni 2016 (act. II 174) setzte die AKB den EL-Anspruch ab dem 1. Juni 2016 neu fest. Gegen diese drei Verfügungen erhob der EL-Bezüger, vertreten durch Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_, Einsprache (act. II 200), welche die AKB mit Entscheid vom 27. Juli 2016 (act. II 204) abwies.

### B.

Dagegen erhob der EL-Bezüger, weiterhin vertreten durch Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_, am 14. September 2016 Beschwerde mit folgenden Anträgen:

1. Die Verfügung (recte: Einspracheentscheid) vom 27. Juli 2016 sei aufzuheben.
2. Die Rückerstattungsverfügung vom 26. Mai 2016 betreffend den Zeitraum vom 1. August 2011 bis 31. Dezember 2014 sei aufzuheben.
3. Die Rückerstattungsverfügung vom 26. Mai 2016 betreffend den Zeitraum vom 1. Januar 2015 bis 31. Mai 2016 sei aufzuheben.
4. Die Verfügung vom 7. Juni 2016 betreffend den Zeitraum vom 1. Juni 2016 bis auf weiteres sei aufzuheben und der Anspruch auf Ergänzungsleistungen sei neu zu prüfen und der neu festgesetzte EL-Betrag neu zu verfügen.  
Eventualiter: Die Verfügungen vom 27. Juli (recte: Einspracheentscheid), 26. Mai (zwei Verfügungen) und 7. Juni 2016 seien aufzuheben und die Akten seien zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Mit Beschwerdeantwort vom 13. Oktober 2013 schliesst die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde.

Mit Schreiben vom 1. November 2016 führt der Beschwerdeführer aus, dass er seit dem 1. Juli 2016 einen Mietzins von monatlich Fr. 1'500.-- zahle.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

**1.1** Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft vom 11. Juni 2009 (GSOG; BSG 161.1) Beschwerden gegen solche Entscheide. Der Beschwerdeführer ist im vorinstanzlichen Verfahren mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb er zur Beschwerde befugt ist (Art. 59 ATSG). Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 58 ATSG). Da auch die Bestimmungen über Frist (Art. 60 ATSG) sowie Form (Art. 61 lit. b ATSG; Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 des kantonalen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

**1.2** Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 27. Juli 2016 (act. II 204). Streitig ist der Anspruch auf Ergänzungsleistungen ab August 2011 (vgl. act. II 168) sowie die Frage der Rückerstattung allfällig zu Unrecht bezogener Ergänzungsleistungen. Im Rahmen des Streitgegenstandes ist allein zu prüfen, in welchem Umfang die Mietzinse bei der Berechnung der Ergänzungsleistungen zu berücksichtigen sind. Daher hat

sich die richterliche Beurteilung praxisgemäss auf diesen Punkt zu beschränken, wogegen kein Anlass besteht, die übrigen unbestrittenen Berechnungspositionen in die Prüfung mit einzubeziehen (BGE 110 V 48 E. 4a S. 53; ZAK 1992 S. 487 E. 1b).

**1.3** Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG).

**1.4** Das Gericht überprüft den angefochtenen Entscheid frei und ist an die Begehren der Parteien nicht gebunden (Art. 61 lit. c und d ATSG; Art. 80 lit. c Ziff. 1 und Art. 84 Abs. 3 VRPG).

## **2.**

**2.1** Gemäss Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 6. Oktober 2006 (ELG; SR 831.30) haben Personen mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz Anspruch auf Ergänzungsleistungen, wenn sie eine Rente der AHV oder IV beziehen oder nach lit. b oder d der genannten Bestimmung Anspruch auf eine solche Rente hätten. Die Ergänzungsleistungen bestehen aus der jährlichen Ergänzungsleistung sowie der Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten (Art. 3 Abs. 1 ELG). Die jährliche Ergänzungsleistung entspricht dem Betrag, um den die anerkannten Ausgaben die anrechenbaren Einnahmen übersteigen (Art. 9 Abs. 1 ELG).

**2.1.1** Bei Personen, die nicht dauernd oder längere Zeit in einem Heim oder Spital leben (zu Hause lebende Personen), fällt unter die Ausgaben in erster Linie der Betrag für den allgemeinen Lebensbedarf pro Jahr. Dieser beträgt seit 1. Januar 2015 für Alleinstehende Fr. 19'290.-- und für Ehepaare Fr. 28'935.-- (Art. 10 Abs. 1 ELG i.V.m. Art. 1 der Verordnung 15 über Anpassungen bei den Ergänzungsleistungen zur AHV/IV vom 15. Oktober 2014 [SR 831.304]). Daneben gehören zu den anerkannten Ausgaben der Mietzins einer Wohnung und die damit zusammenhängenden Nebenkosten, die Gewinnungskosten, die Gebäudeunterhaltskosten, die Beiträge an die Sozialversicherungen des Bundes, ein jährlicher Pauschalbetrag für die

obligatorische Krankenpflegeversicherung sowie geleistete familienrechtliche Unterhaltsbeiträge (Art. 10 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 ELG).

**2.1.2** Grundsätzlich sind alle wiederkehrenden Leistungen, die nicht unter Art. 11 Abs. 3 ELG fallen, vollumfänglich als Einnahmen anzurechnen, gleichgültig, ob es sich um Geld- oder um Naturalleistungen handelt (BGE 139 V 574 E. 3.3.3 S. 578). Nicht angerechnet werden jedoch unter anderem Verwandtenunterstützungen nach den Art. 328-330 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB [SR 210]; Art. 11 Abs. 3 lit. a ELG) sowie öffentliche oder private Leistungen mit ausgesprochenem Fürsorgecharakter (Art. 11 Abs. 3 lit. c ELG).

**2.2** Unrechtmässig bezogene Leistungen sind zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt (Art. 25 Abs. 1 ATSG).

**2.2.1** Die Rückforderung ist nur unter den Voraussetzungen der Wiedererwägung oder prozessualen Revision der formell rechtskräftigen Verfügung, mit welcher die betreffende Leistung zugesprochen worden ist, zulässig (BGE 122 V 19 E. 3a S. 21). Zudem kann eine Verletzung der Meldepflicht im Sinne von Art. 24 der Verordnung über die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 15. Januar 1971 (ELV; SR 831.301) eine Rückerstattung bereits bezogener Ergänzungsleistungen nach sich ziehen (Art. 25 Abs. 2 lit. c und d ELV).

Der Versicherungsträger kann auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG). Die Wiedererwägung dient der nachträglichen Korrektur einer ursprünglich unrichtigen Rechtsanwendung oder Sachverhaltsfeststellung durch die Verwaltung (BGE 117 V 8 E. 2c S. 17, SVR 2014 IV Nr. 10 S. 40 E. 4.1).

**2.2.2** Bei der Neuberechnung der Ergänzungsleistung zur Ermittlung des Rückerstattungsbetrages ist von den Verhältnissen auszugehen, wie sie im Rückerstattungszeitraum tatsächlich bestanden haben. Namentlich sind alle anspruchrelevanten, das anrechenbare Einkommen erhöhenden und vermindernden Tatsachenänderungen (Art. 25 ELV) zu berücksichtigen.

Führt die von der Verwaltung vorgenommene Neuberechnung zu einem (höheren) Anspruch des Versicherten, können ihm die Ergänzungsleistungen auch rückwirkend ausbezahlt werden (Art. 24 Abs. 1 ATSG, Art. 22 Abs. 3 ELV; BGE 138 V 298 E. 5.1 S. 300 und 5.2.2 S. 302).

**2.2.3** Eine Rückerstattung von Ergänzungsleistungen hat unabhängig von einem allfälligen Verschulden, insbesondere unabhängig von einer Meldepflichtverletzung der leistungsempfangenden Person oder ihres Vertreters, zu erfolgen. Sowohl die prozessuale Revision als auch die Wiedererwägung einer formell rechtskräftigen, in materieller Hinsicht nicht gerichtlich beurteilten EL-Verfügung erfolgt im Hinblick auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Diese übereinstimmende Zielsetzung ruft bei beiden Rückkommenstiteln nach einer verschuldensunabhängigen rückwirkenden (ex tunc) EL-Aufhebung oder -Herabsetzung (SVR 1998 EL Nr. 9 S. 22 E. 6a).

### 3.

**3.1** In der Anmeldung vom 29. August 2011 gab der Beschwerdeführer an, der jährliche Mietzins betrage Fr. 18'000.-- und die Nebenkosten Fr. 3'000.-- (act. II 1 S. 2 Ziff. 1.9), während er im Revisionsformular vom 19. November 2015 ausführte, der Mietzins betrage Fr. 15'000.-- pro Jahr und die Nebenkosten Fr. 3'000.-- jährlich (act. II 97 S. 3 Ziff. 8.3). Im Mietvertrag ist der Betrag von Fr. 1'500.-- aufgeführt, wobei es sich um einen "Spezialpreis" handle; auf S. 2 des Mietvertrages wird unter "Separate Vereinbarungen" ausgeführt, dass seit Mai 2005 pro Monat für die Wohnung Fr. 750.-- bezahlt werde und die "restlichen Kosten ... als Verwandtenunterstützung vom Sohn abgebucht" würden (act. II 32). In den Berechnungen der Ergänzungsleistungen wurde jedoch der gesamthaft vereinbarte Betrag von Fr. 1'500.-- berücksichtigt (act. II 38, 40, 59, 61, 70, 71, 73, 88, 91, 92, 144). Es ist dagegen erstellt und nicht bestritten, dass der Beschwerdeführer (spätestens) ab August 2011 allein Fr. 750.-- Miete bezahlt hat (Schreiben vom 6. März 2016 [act. II 136], Dauerauftrag an die Bank [act. II 115] sowie S. 2 des Mietvertrages [act. II 32]). In der Folge war die Zusprache von Ergänzungsleistungen insoweit, als im Betrag von Fr. 750.-- pro Monat

zu hohe Mietkosten angerechnet wurden, offensichtlich unrichtig, da allein der effektiv bezahlte Mietzins in die Berechnung der Ergänzungsleistungen aufzunehmen ist (vgl. Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute Bundesgericht] vom 2. November 2006, P 42/06, E. 5.2.2).

### **3.2**

Zu prüfen bleibt, ob die nicht bezahlten Fr. 750.-- pro Monat allenfalls dennoch als Mietzinsausgaben zu berücksichtigen sind.

**3.2.1** Der monatlich nicht bezahlte Betrag von Fr. 750.-- kann nicht – wie in der Einsprache noch angenommen (act. II 200 S. 3 Ziff. 3) – als Verwandtenunterstützung nach Art. 328 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) qualifiziert werden, welche dadurch erbracht worden sein soll, dass die Hälfte des Mietzinses mit diesem Anspruch verrechnet worden sei (vgl. act. II 136). Denn die Verwandtenunterstützung ist nur geschuldet, wenn der Existenzbedarf durch andere Leistungen, wozu auch Ergänzungsleistungen gehören, nicht gedeckt werden kann (was hier nicht der Fall ist), d.h. die Ergänzungsleistungen gehen der Verwandtenunterstützungspflicht vor (vgl. BGE 116 V 328 E. 1c S. 331). In der Folge fällt der nicht eingeforderte (resp. angeblich verrechnete) Mietzinsanteil nicht unter Art. 11 Abs. 3 lit. a ELG, was bedeutet, dass mangels Bestehens einer Verrechnungsforderung nicht ein Teil der Hauptforderung durch Verrechnung getilgt worden sein kann. Daran ändert nichts, dass im Mietvertrag vom 29. August 2011 (act. II 32 S. 2) erwähnt wurde, dass der Beschwerdeführer Fr. 750.-- als effektive Miete zahle und die restlichen Kosten als Verwandtenunterstützung "abgebucht" werden. Denn es ist allein der effektiv bezahlte Mietzins zu berücksichtigen (vgl. E. 3.1 in fine hiervor).

**3.2.2** Der nicht eingeforderte Mietzinsanteil von Fr. 750.-- pro Monat fällt auch nicht unter die privaten Leistungen mit ausgesprochenem Fürsorgecharakter nach Art. 11 Abs. 3 lit. c ELG, denn hier steht – gemäss Angaben des Beschwerdeführers resp. seines Sohnes im Schreiben vom 6. März 2016 (act. II 136 S. 2) – nicht der Fürsorge-, sondern der Dankbarkeitscharakter der Leistung im Vordergrund. Damit kann die Hauptforderung auch

nicht mit einer entsprechenden Gegenforderung teilweise verrechnet worden sein.

**3.3** Damit ist erstellt, dass die Beschwerdegegnerin die Ergänzungsleistungen falsch berechnet und zuviel Leistungen ausgerichtet hat. Die Leistungsausrichtung war deshalb zweifellos unrichtig und die Berichtigung von erheblicher Bedeutung, so dass die Voraussetzungen der Wiedererwägung (vgl. E. 2.2.1 hiervor) und damit ein Rückkommenstitel gegeben sind. In der Folge sind die Ergänzungsleistungen ab August 2011 rückwirkend neu zu bemessen; die entsprechenden Berechnungen der Ausgleichskasse (act. II 160 - 167) sind in masslicher Hinsicht weder bestritten noch zu beanstanden. Die Beschwerde ist soweit unbegründet und abzuweisen.

Ab Juli 2016 ist dagegen erstellt, dass die gesamte Miete von Fr. 1'500.-- bezahlt wird (Beschwerdebeilage [act. I] 4 f.), weshalb die Ausgleichskasse die Ergänzungsleistungen ab diesem Zeitpunkt neu zu berechnen haben wird und die Beschwerde insoweit gutzuheissen ist. Der Beschwerdeführer und sein Sohn werden jedoch ausdrücklich auf die Strafbestimmungen des Art. 31 ELG hingewiesen, falls der bezahlte Mietzins in irgendeiner Form wieder an den Beschwerdeführer resp. seine Ehefrau zurückfliessen sollte.

**3.4** In der Beschwerde (S. 6 f.) wird geltend gemacht, der Sohn sei einem qualifizierten Motivirrtum über seine Unterstützungspflicht gegenüber dem Beschwerdeführer unterlegen und fordere die Leistungen rückwirkend zurück. Der Beschwerdeführer und seine Frau haben gegenüber ihrem Sohn im September 2016 denn auch schriftlich anerkannt, die bisher nicht bezahlten Fr. 42'750.-- zu schulden (act. I 3).

Der Beschwerdeführer resp. sein Sohn übersehen, dass hier kein Fall eines Willensmangels vorliegen kann, denn die vom Beschwerdeführer resp. seinem Sohn erwähnte Verwandtenunterstützungspflicht besteht ex lege und braucht keine übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien gemäss Art. 1 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220). In der Folge kann auch keine Rückabwicklung eines Vertrages durchgeführt werden; eine solche würde zudem eine Rückforderung geleisteter Beträge des Beschwerdeführers an seinen Sohn bewirken. Diese Rückforderung wäre in der Folge als bestehende Schuld zu qualifizie-

ren, die – wenn das Bestehen erstellt wäre – vom Vermögen abzuziehen wäre; es würde dagegen nicht der Fall eintreten, dass jede einzelne der Leistungen resp. der vorgenommenen Verrechnungen zeitlich in der jeweils massgebenden Periode rückabgewickelt würde.

**3.5** Allenfalls könnte der Sohn gegenüber dem Beschwerdeführer einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 Abs. 1 OR geltend machen, indem er angebliche Verwandtenunterstützung ohne Rechtsgrund geleistet hätte. Dies würde zu einer entsprechenden Schuld des Beschwerdeführers gegenüber seinem Sohn führen. In einem solchen Fall ist die Rückforderung jedoch ausgeschlossen, wenn die Zahlung in Erfüllung einer sittlichen Pflicht – hier Dankbarkeit für die frühere Unterstützung der Eltern (act. II 136 S. 2) – geleistet worden ist (Art. 63 Abs. 2 OR). Es kann deshalb offen bleiben, welcher Wert der Vereinbarung zukommt, wonach die nicht eingeforderten resp. verrechneten Mietzinsanteile zurückzubezahlen seien (act. I 3). Denn die Rückzahlung dieses Betrages wird wiederum von der Leistung der Ergänzungsleistung abhängig gemacht (a.a.O.) und damit allein bedingt gefordert.

#### **4.**

**4.1** Verfahrenskosten sind keine zu erheben (Art. 1 Abs. 1 ELG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG).

**4.2** Nach der Rechtsprechung hat die beschwerdeführende Partei bei teilweiseem Obsiegen mindestens Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung (BGE 110 V 54 E. 3a S. 57; SVR 2003 EL Nr. 5 S. 14 E. 4.1). Die Parteientschädigung wird ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG).

In der Kostennote vom 16. November 2016 hat Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ ein Honorar von insgesamt Fr. 5'628.95 geltend gemacht. Dabei hat er aber weder eine detaillierte Angabe der Bemühungen noch der benötigten Stundenanzahl aufgeführt. Mit Blick auf vergleichbare Fälle erscheint das Honorar von Fr. 5'628.95 als zu hoch, hat Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ den

Beschwerdeführer doch bereits im Einspracheverfahren vertreten und damit schon vor dem vorliegenden Beschwerdeverfahren Kenntnis des Sachverhalts und der Rechtslage gehabt. Insoweit ist ein Honorar von pauschal Fr. 3'000.-- zuzüglich nicht zu beanstandenden Auslagen von Fr. 24.-- sowie der Mehrwertsteuer von Fr. 241.90 (8% von Fr. 3'024.--) angemessen, ausmachend total Fr. 3'265.90. Ausgehend vom Obsiegen im Umfang von einem Viertel hat die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 816.50 (Fr. 3'265.90 / 4) zu bezahlen.

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Ausgleichskasse des Kantons Bern vom 27. Juli 2016 soweit den Zeitraum ab Juli 2016 betreffend aufgehoben und die Sache in diesem Umfang an die Verwaltung zurückgewiesen, damit sie im Sinne der Erwägungen verfare und anschliessend neu verfüge. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 816.50 (inkl. Auslagen und MWSt.) zu bezahlen.

4. Zu eröffnen (R):

- Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ z.H. des Beschwerdeführers
- Ausgleichskasse des Kantons Bern, Abteilung Ergänzungsleistungen
- Bundesamt für Sozialversicherungen

Der Kammerpräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.