



<b>Fall-Nr.:</b>	EL 2008/36
<b>Stelle:</b>	Versicherungsgericht
<b>Rubrik:</b>	EL - Ergänzungsleistungen
<b>Publikationsdatum:</b>	12.03.2020
<b>Entscheiddatum:</b>	27.02.2009

### **Entscheid Versicherungsgericht, 27.02.2009**

**Art. 52 Abs. 1 ATSG. Rechtzeitigkeit der Einsprache. Die Verwaltung trägt die Beweislast und den Nachteil der Beweislosigkeit für den Zustellzeitpunkt einer Verfügung. Hat sie diese uneingeschrieben versandt, muss sie diesen Zeitpunkt mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit beweisen. Vorliegend ergibt eine umfassende Indizienwürdigung, dass die Verfügung überwiegend wahrscheinlich vor dem von der Beschwerdeführerin behaupteten Datum zugestellt wurde, weshalb die Einsprache verspätet war. Art. 37 Abs. 4 ATSG; Art. 98 Abs. 3 VRP/SG. Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung im Einsprache- und im Gerichtsverfahren. Die Beschwerdeführerin focht verbindliche materiellrechtliche Vorgaben an, die das kantonale Gericht im Rahmen eines vorangegangenen Rückweisungsurteils angeordnet hatte. Eine Anfechtung des Rückweisungsurteils beim Bundesgericht war der Beschwerdeführerin aufgrund der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht möglich. Sie muss also die auf die Rückweisung folgende Verfügung durch alle Instanzen anfechten, um mit der vom kantonalen Gericht bereits bei der ursprünglichen Rückweisung entschiedene materielle Frage überhaupt ans Bundesgericht gelangen zu können. Die beiden Vorinstanzen sind an die Vorgaben des Rückweisungsentscheids gebunden, weshalb diese beiden Verfahren aussichtslos sind. Deswegen kann die unentgeltliche Rechtsverteidigung jedoch nicht verweigert werden, weil beide Verfahren notwendig sind, damit die Beschwerdeführerin mit der materiellen Frage überhaupt ans Bundesgericht gelangen kann (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 27. Februar 2009, EL 2008/36). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 9C\_348/2009.**

Präsident Franz Schlauri, Versicherungsrichterinnen Karin Huber-Studerus und Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiberin Miriam Lendfers

Entscheid vom 27. Februar 2009



## St.Galler Gerichte

in Sachen

V.\_\_\_\_,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Alexander Frei, Oberer Steisteg 18, Postfach 148,  
6431 Schwyz,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Ergänzungsleistung zur AHV (Nichteintreten) / Unentgeltliche Rechtsverteidigung im  
Verwaltungsverfahren

Sachverhalt:

A.

A.a V.\_\_\_\_, Jahrgang 1920, meldete sich im August 2006 zum Bezug von  
Ergänzungsleistungen (EL) zur Altersrente an (EL-act. 55). Die EL-Durchführungsstelle  
bezog in die Berechnung unter anderem Einkommens- bzw. Vermögensverzichte aus  
zwei Positionen (im Zusammenhang mit Grundeigentum und mit Zahlungen an die  
Töchter) mit ein. Eine EL-abweisende Verfügung vom 26. Oktober 2006 (EL-act. 49)  
hob der Rechtsdienst der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen (SVA) mit  
Einspracheentscheid vom 5. März 2007 auf und sprach der Versicherten ab August  
2006 monatliche EL zu. An der Anrechnung der beiden Verzichtstatbestände wurde  
jedoch festgehalten (EL-act. 38). Die gegen diesen Entscheid gerichtete Beschwerde  
hiess das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen mit Urteil EL 2007/24 vom  
6. September 2007 teilweise gut. Es bestätigte das Vorliegen von



## St.Galler Gerichte

Verzichtstatbeständen in Bezug auf die beiden umstrittenen Positionen und wies die Sache an die Beschwerdegegnerin zurück, damit diese in Bezug auf die Liegenschaft weitere Abklärungen zum Marktwert vornehme und anschliessend die EL neu berechne.

A.b Im Rahmen der weiteren Abklärungen holte die EL-Durchführungsstelle eine Marktwertschätzung der Liegenschaft ein (EL-act. 25) und berechnete den EL-Anspruch der Versicherten neu, worüber sie am 24. April 2008 mehrere abgestufte Verfügungen erliess (EL-act. 14).

A.c Der Rechtsvertreter der Versicherten, lic. iur. Alexander Frei, Schwyz, erhob am 4. Juni 2008 Einsprache gegen die Verfügungen und verlangte deren Aufhebung. Weder unter dem Titel "Vermögensverzicht" noch unter dem Titel "Übriges Vermögen" sei ein Betrag anzurechnen. Zudem beantragte er die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung (EL-act. 5). Der Rechtsdienst der SVA trat auf die Einsprache mit Entscheid vom 25. August 2008 nicht ein, da diese verspätet erhoben worden sei. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung wies er ab. Im Sinn einer Ergänzung wies er darauf hin, dass das Versicherungsgericht mit Urteil vom 6. September 2007 rechtskräftig festgelegt habe, dass zwei Verzichtshandlungen vorlägen. Die Sache sei einzig zur Schätzung des Grundstückswerts an die Verwaltung zurückgewiesen worden. Weil dieser Entscheid für die Versicherte einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können, hätte er als Zwischenentscheid nach Art. 93 Abs. 1 BGG mit Beschwerde ans Bundesgericht angefochten werden können und müssen (act. G 1.1.1).

B.

B.a Gegen diesen Einspracheentscheid vom 25. August 2008 richtet sich die Beschwerde von Rechtsanwalt Dr. iur. Patrick Sutter in Vertretung der Versicherten vom 18. September 2008. Er beantragt die Aufhebung des Entscheids. Der Betrag unter dem Titel "Übriges Vermögen" oder "Vermögensverzicht" sei mit Fr. null einzusetzen. Der Beschwerdeführerin sei für das Beschwerde- wie für das Einspracheverfahren die unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu gewähren und die Anwaltskanzlei Wassmer Giacomini & Partner sei als unentgeltlicher Rechtsbeistand



einzusetzen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Einsprache- und das Beschwerdeverfahren. Die Beschwerdegegnerin habe bezüglich Zustellzeitpunkt der Verfügungen willkürliche Mutmassungen und hypothetische Annahmen getroffen, ohne dafür auch nur einen einzigen rechtsgenügenden Beweis zu erbringen. Die Mutmassungen hätten in Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw. ohne Durchführung eines dafür notwendigen Beweisverfahrens Eingang in den Entscheid gefunden, weshalb dieser nur schon aus diesem Grund an einem Mangel leide und die angestellten Vermutungen für den Entscheid keine Beachtung finden dürften. Mit den heutigen Telekommunikationsmitteln hätten die am 5. Mai 2008 zugestellten Verfügungen bereits vom Wohnsitz per Fax oder PDF-Scan übers Internet per E-Mail an den Arbeitsort des Ehemanns der Tochter der Beschwerdeführerin übermittelt werden können, sodass die Verfügungen bei Zustellung am 5. Mai 2008 durch die Post problemlos noch gleichentags vom Arbeitsort bereits um 8.12 Uhr weitergefaxt hätten werden können, wobei offenbleiben könne, ob der Zeitstempel des Faxgeräts tatsächlich korrekt eingestellt gewesen sei. Aus dem handschriftlichen Vermerk "Mo. 26.05.2008" könnten keine Rückschlüsse auf den tatsächlichen Ablauf der Rechtsmittelfrist gezogen werden. Der Beschwerdegegnerin gelinge der Beweis der Zustellung vor dem 5. Mai 2008 nicht. Im Übrigen enthält die Beschwerde eine ausführliche Begründung der materiellen Fragestellungen im Zusammenhang mit dem anrechenbaren Vermögen (act. G 1). Am 20. Oktober 2008 reichte Rechtsanwalt lic. iur. Alexander Frei dem Gericht das ausgefüllte Gesuchsformular für die unentgeltliche Prozessführung samt Beilagen ein und teilte mit, das Mandat künftig zu betreuen (act. G 4). Mit Schreiben vom 23. Oktober 2008 legte er weitere Unterlagen dazu ins Recht (act. G 5).

B.b Die Beschwerdegegnerin beantragt mit Beschwerdeantwort vom 10. November 2008 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Sie erläutert die im angefochtenen Entscheid vertretene Argumentation ausführlicher und hält an ihrer Ansicht fest, wonach kein Raum für die Annahme einer Eröffnung der Verfügungen erst am 5. Mai 2008 bleibe. Sehr auffallend an der Beschwerde sei, dass mit keinem Wort darauf eingegangen werde, was am Morgen des 5. Mai 2008 genau passiert sei. Weder werde erläutert, wer den Briefkasten gelehrt habe, noch wie die Verfügungen effektiv in so kurzer Zeit an den Arbeitsplatz des Ehemanns der Tochter der Beschwerdeführerin gelangt seien. Ergänzend weist die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass die erste



Seite der per Fax übermittelten Verfügungen fehle und nimmt an, dass das Übermittlungsblatt Aufschluss über die effektiven Abläufe geben würde. Dass der Rechtsvertreter auf die Einreichung des Deckblatts verzichtet habe, müsse so verstanden werden, dass es für ihn ungünstige Tatsachen belegen würde (act. G 6).

B.c Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hält mit Replik vom 5. Dezember 2008 an den Anträgen gemäss Beschwerde fest. Erneut verweist er auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Beweislastverteilung in Bezug auf die Zustellung einer Verfügung und deren Zustellungszeitpunkt. Im Zweifel müsse demnach auf die Darstellung des Empfängers abgestellt werden. "Zweifel" würden im Sinn der Rechtsprechung nur dann nicht bestehen, wenn die beweisbelastete Partei den Beweis der Zustellung auf andere Weise erbringen könne, sodass trotz uneingeschriebener Sendung mit Bestimmtheit feststehe, dass der Empfänger die Sendung an einem gewissen Tag X entgegengenommen habe. Sei dies jedoch – wie vorliegend – nicht der Fall, so bestünden "Zweifel" im Sinn der Rechtsprechung, weshalb auf die Darstellung des Empfängers abgestellt werden müsse. Die Beschwerdeführerin sei nicht beweispflichtig. Deshalb sei auch die von der Beschwerdegegnerin beantragte Befragung der Tochter der Beschwerdeführerin als Auskunftsperson gänzlich ungeeignet, die Richtigkeit des vorinstanzlichen Nichteintretensentscheids zu beweisen. Der guten Ordnung halber werde diese jedoch hiermit offeriert (act. G 10).

B.d In der Duplik vom 21. Januar 2009 hält die Beschwerdegegnerin an ihrem Antrag fest. Trotz des im Verwaltungsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatzes sei die Beschwerdeführerin nicht jeglicher Mitwirkungspflichten entbunden. Auch bei der Frage der Zustellung dürfe von ihr erwartet werden, dass sie bei der Klärung des Zustellungszeitpunkts wenigstens eine plausible Darstellung der Ereignisse liefere. Dies fehle hier vollständig. Auch bei der Gültigkeit eines strengen Beweismasses habe der Richter die Beweise frei zu würdigen. Dazu gehöre auch, dass er das Verhalten von Parteien im Verfahren, wie namentlich das Verweigern der Beantwortung von behördlichen Fragen oder das Vorenthalten von Beweismitteln, würdige. Die Variante der Zustellung der Verfügungen am 5. Mai 2008 müsse als rein theoretische Möglichkeit betrachtet werden. Es könnten keine ernsthaften Zweifel daran bestehen, dass die Zustellung der Verfügungen vor dem 5. Mai 2008 erfolgt sei (act. G 12).



B.e Auf die weiteren Vorbringen der Parteien wird, sofern entscheidungswesentlich, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

1.

Die Beschwerde richtet sich gegen den vorinstanzlichen Nichteintretensentscheid. Das Versicherungsgericht hat daher zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht auf die bei ihr erhobene Einsprache nicht eingetreten ist. Dagegen kann auf den in der Beschwerde gestellten materiellen Antrag (anrechenbares Vermögen von "null Fr." unter dem Titel "Übriges Vermögen" bzw. "Vermögensverzicht") in diesem Verfahren nicht eingetreten werden (BGE 132 V 74, Erw. 1.1; Urteil 9C\_432/2007 des Bundesgerichts vom 6. November 2007, Erw. 1).

2.

2.1 Gemäss Art. 52 Abs. 1 ATSG ist die Einsprache innerhalb von 30 Tagen nach der Eröffnung der Verfügung einzureichen. Diese gesetzliche Frist kann nicht erstreckt werden (Art. 40 Abs. 1 ATSG und Art. 1 Abs. 1 ELG). Nach Art. 39 Abs. 1 ATSG ist die 30-tägige Frist nur gewahrt, wenn die Einsprache spätestens am letzten Tag der Frist beim Versicherungsträger eingereicht oder zu dessen Händen u.a. der Schweizerischen Post übergeben worden ist. Gelangt die Partei rechtzeitig an einen unzuständigen Versicherungsträger, so gilt die Frist als gewahrt (Art. 39 Abs. 2 ATSG). Läuft die Frist unbenützt ab, so erwächst die Verfügung in formelle Rechtskraft mit der Wirkung, dass die Einsprachebehörde auf die verspätet eingereichte Einsprache nicht eintreten kann.

2.2 Für den Zeitpunkt der Zustellung einer Verfügung trägt grundsätzlich die Verwaltung die Beweislast. Dies betrifft nicht nur die aus dem im Sozialversicherungsrecht geltenden Untersuchungsgrundsatz fliessende Beweisführungslast, sondern in diesem Fall auch den Nachteil der Beweislosigkeit. Wird das Datum der Zustellung einer uneingeschriebenen Sendung bestritten, so muss daher nach der Rechtsprechung im Zweifel auf die Darstellung des Empfängers abgestellt werden (so das Eidgenössische Versicherungsgericht bereits in ZAK 1984 S. 124, Erw. 1b, bestätigt etwa in BGE 124 V 402, Erw. 2a, und im Entscheid C 171/05



vom 16. September 2005, Erw. 4.2). Diese Formulierung ist insofern unpräzise, als dass der Beweis nicht bereits beim Bestehenbleiben geringer Restzweifel misslingt. Vielmehr genügt nach der Rechtsprechung bezüglich Tatsachen, die für die Zustellung von Verfügungen erheblich sind, der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (C 171/05, Erw. 4.2; m.w.H. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., 2009, Rz. 6 zu Art. 39). Es ist danach nicht der volle Beweis zu verlangen, sondern man hat von allen möglichen Geschehensabläufen jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die als die wahrscheinlichste erscheint (Entscheid I 218/04 vom 31. August 2004, Erw. 5.1). Das Bundesgericht hat dies damit begründet, dass es der Verwaltung bei Massenverfügungen nicht zumutbar sei, diese stets eingeschrieben zu versenden; dies sei zudem auch für die Postbetriebe ein zu grosser Aufwand (ZAK 1984 S. 124, Erw. 1b; vgl. auch BGE 121 V 5, Erw. 3b). Die Verwaltung könne den erforderlichen Nachweis des Zustellzeitpunkts nicht lediglich mit dem Hinweis auf den normalen organisatorischen Ablauf im Versand von Verfügungen erbringen. Jedoch könne der Nachweis der Zustellung aufgrund von weiteren Indizien oder gestützt auf die gesamten Umstände erbracht werden. So könne sich aus der Zahlung einer Forderung, aus der mit der Verwaltung gewechselten Korrespondenz, aus dem Verhalten der versicherten Person oder aus Zeugenaussagen ergeben, dass und wann die Verfügung eröffnet worden sei (ZAK 1984 S. 124, Erw. 1b in fine; vgl. auch die Entscheide I 218/04, Erw. 5.1; C 192/02 vom 29. August 2003, Erw. 2.1).

3.

3.1 Vorliegend ist unbestritten, dass die Verfügungen vom 24. April 2008 der Tochter der Beschwerdeführerin zugestellt wurden. Die Tochter hatte zwar offenbar bereits im August 2007 einen Anwalt mit der Vertretung ihrer Mutter in Sachen EL betraut (IV-act. 6). Dies hatte sie der Beschwerdegegnerin jedoch vor Verfügungserlass nicht mitgeteilt. Der Rechtsvertreter war gegenüber der Beschwerdegegnerin erst im Rahmen des Einspracheverfahrens in Erscheinung getreten. Die Beschwerdegegnerin adressierte die Verfügungen somit zu Recht an die Tochter der Beschwerdeführerin.

3.2 Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin behauptet, die Verfügungen seien der Tochter erst am 5. Mai 2008 zugestellt worden. Die Beschwerdegegnerin bezeichnet dies als unglaubwürdig. Dagegen führt sie insbesondere ins Feld, dass die



Verfügungen am 5. Mai 2008 um 8.12 Uhr vom Ehemann der Tochter in dessen Büro via Faxgerät abgesendet worden seien. Die Fahrt von der Wohnadresse (und Zustelladresse der Verfügungen) zum Büro des Ehemanns dauere mit öffentlichen wie mit privaten Verkehrsmitteln deutlich mehr als eine halbe Stunde. Die Post beginne erst um 7 Uhr mit der Verteilung; wann das Haus der Tochter dran gewesen sei, wisse man nicht. Es liege jedoch immerhin rund 1.3 km von der Poststelle entfernt. Die Verfügungen seien studiert und handschriftlich seien Vergleichszahlen angebracht worden. Mit dem Anwalt habe eine Kontaktaufnahme stattfinden müssen und für das Fax sei ein Deckblatt zu verfassen gewesen. Dass all dies am Morgen des 5. Mai 2008 vor 8.12 Uhr stattgefunden habe, sei unglaublich.

3.3 Bei dieser Schlussfolgerung ist der Beschwerdegegnerin zuzustimmen. Bereits Postzustellung und Arbeitsweg sowie die Kontaktaufnahme mit dem Anwalt am Montagmorgen vor Beginn der gewöhnlichen Bürozeiten machen die Darstellung der Zustellung der Verfügungen erst am 5. Mai 2008 unglaublich. Dass auf dem Berechnungsblatt zur Verfügung betreffend den Zeitraum August bis Dezember 2006 von Hand schliesslich sogar noch Vergleichszahlen angebracht wurden, lässt auf ein eingehendes Aktenstudium schliessen, das seinerseits einige Zeit in Anspruch genommen haben dürfte. Die Beschwerdeführerin lässt behaupten, es sei nicht ausgeschlossen, dass das Faxgerät die falsche Zeit angezeigt habe. Ausschliessen lässt sich dies zumindest anhand der vorliegenden Akten zwar tatsächlich nicht. Diese Möglichkeit ist jedoch als äusserst gering zu betrachten, arbeitet der Ehemann der Tochter der Versicherten doch auf einer Bank, für die eine exakte Zeitangabe auf dem Faxgerät für den gewöhnlichen Geschäftsverkehr relevant ist. Die Beschwerdeführerin untermauert die These der falschen Zeiteinstellung zudem in keiner Weise; dies wäre für sie allenfalls mittels Berichts der in der Bank zuständigen Personen (Sekretariat, Techniker etc.) möglich gewesen.

3.4 In der Annahme, selbst keinerlei Hilfestellung zur Beweiserhebung liefern, ja, nicht einmal eine Darstellung des relevanten Sachverhalts geben zu müssen, geht die Beschwerdeführerin jedenfalls fehl. Wie erläutert, muss die Beschwerdegegnerin die Zustellung der Verfügungen vor dem 5. Mai 2008 mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit darlegen, wobei ein Indizienbeweis ausreichend ist. Insofern fällt sehr wohl ins Gewicht, dass die Beschwerdeführerin trotz entsprechender



Aufforderung der Beschwerdegegnerin eine plausible Gegendarstellung verweigert und keinerlei Beweise darbringt, die die Schlussfolgerungen der Beschwerdegegnerin umzustossen vermögen. So versäumt sie etwa trotz entsprechendem Hinweis der Beschwerdegegnerin auch, die erste Seite des Faxes einzureichen, was die Annahme nahelegt, dass darauf etwa Anhaltspunkte für eine vor dem 5. Mai 2008 stattgefundene Kontaktaufnahme mit der Anwaltskanzlei zu finden wären. Auch wenn dies spekulativen Charakter hat und insofern kein starkes Indiz darstellt, sind die Mutmassungen der Beschwerdegegnerin auch hier nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen.

3.5 Im Übrigen ist zu beachten, dass die Verfügungen vom 24. April 2008 datieren, eine Zustellung erst am 5. Mai 2008 somit eine zeitliche Verzögerung von elf Tagen bedeuten würde, was selbst für B-Post ungewöhnlich lange wäre. Auf der ersten der gefaxten Verfügungen ist neben dem Ausstellungsdatum handschriftlich "Mo. 26.05.2008" vermerkt. Der Rechtsvertreter macht diesbezüglich in der Beschwerde geltend, dieser Vermerk halte den Ablauf der Rechtsmittelfrist bezogen auf das Ausstelldatum und nicht das Datum der Eröffnung fest. Gerade weil die Verfügung erst am 5. Mai 2008 zugestellt worden sei, habe dieser Vermerk als angebracht erschienen, um mit einer Eingabe vor diesem Datum allfällige Streitigkeiten betreffend die Fristwahrung zu umgehen. Dass die Einsprache schliesslich doch erst nach diesem Datum, jedoch innerhalb der 30-tägigen Rechtsmittelfrist ab Eröffnung erfolgt sei, ändere selbstverständlich nichts an der Rechtzeitigkeit der Einsprache (act. G 1, S. 5, Ziff. 3.5). Dieser Argumentation ist entgegenzuhalten, dass eine rechtskundige Person eine Rechtsmittelfrist regelmässig nicht bezogen auf das Ausstellungsdatum einer Verfügung berechnet. Vielmehr wird bei Unsicherheiten über das effektive Zustelldatum für den Beginn des Fristenlaufs in der Praxis vom auf die frühestmögliche Zustellung folgenden Tag ausgegangen. Ginge man entsprechend vom Versand der Verfügungen am 24. April 2008 und von einer Zustellung am 25. oder 26. April 2008 aus, so liefe die Rechtsmittelfrist am 26. Mai 2008 ab. Dass dieser Vermerk von der Tochter der Beschwerdeführerin, deren Ehemann oder von der Anwaltskanzlei auf der Verfügung angebracht wurde, stellt ein weiteres Indiz dafür dar, dass die Verfügung jedenfalls vor dem 5. Mai 2008 zugestellt wurde. "Sicherheitshalber" eine Frist zu notieren und die Einsprache schliesslich erst neun Tage nach deren Ablauf abzusenden in der



Überzeugung, dass dies noch rechtzeitig sei, stellt ein kaum begründbares Verhalten dar.

3.6 Die vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin in der Beschwerde erwähnten Möglichkeiten, wonach die Verfügung vom Zustellort an den Arbeitsort des Ehemanns der Beschwerdeführerin gefaxt oder per E-Mail gesendet worden sein könnte, ist nicht plausibel, wie die Beschwerdegegnerin zu Recht geltend macht. So leidet beim Faxen nicht nur die Qualität bzw. wäre wohl bereits eine Faxesendezeile aufgedruckt, sondern es ist auch kein vernünftiger Grund ersichtlich, weshalb die Tochter der Beschwerdeführerin die 15 Seiten erst ins Büro ihres Mannes und nicht direkt an die Anwaltskanzlei gefaxt bzw. gemailt haben sollte, wenn ihr die entsprechende Infrastruktur zuhause zur Verfügung gestanden hätte. Auch diesbezüglich fehlen jegliche plausible Erklärungen seitens der Beschwerdeführerin.

3.7 Die Beschwerdegegnerin hat nicht lediglich auf den normalen organisatorischen Ablauf im Versand von Verfügungen hingewiesen, sondern eine einlässliche Beweiswürdigung vorgenommen. Diese erweist sich als sorgfältig und in allen Punkten nachvollziehbar. Darüber hinaus bestreitet die Beschwerdegegnerin zu Recht nicht, dass die Verfügungszustellung erst am 5. Mai 2008 gerade noch denkbar wäre. Im Rahmen des mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu erbringenden Beweises ist aber wie erläutert jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste zu würdigen ist; ein Vollbeweis muss nicht erbracht werden. Die Variante, dass die Verfügung der Tochter der Beschwerdeführerin vor dem 5. Mai 2008 zugestellt wurde, diese erst einige Tage später mit dem Rechtsanwalt Kontakt aufnahm und die Verfügungen via ihren Ehemann am 5. Mai 2008 dem Anwalt faxen liess, ist eindeutig wahrscheinlicher als die Zustellung erst am 5. Mai, zumal die Beschwerdeführerin diesbezüglich keine plausible Darstellung der effektiven Sachverhaltsentwicklung vorlegen konnte. Die Zustellung am 5. Mai 2008 ist aufgrund der bekannten Umstände dermassen unwahrscheinlich, dass auf diese Möglichkeit nicht abgestellt werden kann.

3.8 Entgegen der Ansicht des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin ist das Bundesgerichtsurteil 9C\_432/2007 vom 6. November 2007 (in der Replik unzutreffend als 9C\_431/2007 bezeichnet) nicht mit dem vorliegenden Sachverhalt vergleichbar. Die



Rechtsmittelfrist wäre in jenem Fall gewahrt gewesen, wenn die uneingeschriebene versandte Verfügung bereits am dritten Werktag nach dem Versand durch die IV-Stelle am Wohnort des Beschwerdeführers eingegangen wäre. Indizien, die auf eine frühere Zustellung schliessen liessen, lagen offenbar nicht vor. Die Vorinstanz hatte ihren Nichteintretensentscheid ohne die Vornahme jeglicher Beweiserörterung oder Beweiswürdigung gefällt (vgl. Erw. 5.3). Somit war nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dargelegt, dass die Zustellung bereits am ersten oder zweiten Werktag nach dem Versand erfolgt war. Demgegenüber wurde im vorliegenden Fall der überwiegend wahrscheinliche Beweis der Zustellung der Verfügungen vom 24. April 2008 vor dem 5. Mai 2008 erbracht.

4.

4.1 Zu prüfen bleibt ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Verwaltungs- sowie im vorliegenden Verfahren. Diese ist grundsätzlich zu gewähren, wenn die gesuchstellende Person im prozessrechtlichen Sinn bedürftig ist und das Verfahren nicht als aussichtslos erscheint (vgl. Art. 99 Abs. 2 des st. gallischen Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRP; sGS 951.1] i.V.m. Art. 281 dem st. gallischen Zivilprozessgesetzes [ZPG; sGS 961.2]). Die Beschwerdegegnerin verweigerte die unentgeltliche Rechtsverbeiständung u.a. mit dem Hinweis, das Verfahren sei materiell aussichtslos, weil die Frage der Anrechenbarkeit von Vermögensverzicht mit dem Urteil EL 2007/24 des Versicherungsgerichts vom 6. September 2007 bereits rechtskräftig entschieden worden sei. Die Beschwerdeführerin hätte bereits jenen Entscheid anfechten müssen, zumal dieser einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil habe bewirken können. Diese Argumentation ist einleuchtend. Bereits mit dem Urteil EL 2007/24 wurde über die Frage des Verzichts entschieden, die weiteren Abklärungen, zu denen die Beschwerdegegnerin verpflichtet wurde, bezogen sich nur noch auf die Höhe des anrechenbaren Verzichts im Bezug auf die Liegenschaft. Insofern hätte der Rückweisungsentscheid vom 6. September 2007 in Bezug auf die Frage des Verzichts grundsätzlich den Charakter eines selbstständig anfechtbaren Endentscheids. Diese überzeugende Argumentation findet beim Bundesgericht seit der Einführung des BGG jedoch kein Gehör mehr. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind selbst Rückweisungsentscheide mit materiellrechtlichen Vorgaben nicht geeignet, einen nicht wieder gutzumachenden



Nachteil im Sinn von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG zu bewirken. Zwar sei nun die Verwaltung an die Vorgaben des kantonalen Gerichts gebunden und werde den neuen Entscheid darauf zu stützen haben. Auch das kantonale Gericht werde bei einem neuen Entscheid an ihren eigenen früheren Entscheid gebunden sein.

Aber dieser neue Entscheid werde beim Bundesgericht anfechtbar sein, und zwar nicht nur in Bezug auf die im Zusammenhang mit den weiteren Abklärungen der Verwaltung entschiedenen neuen Punkte, sondern auch in Bezug auf das, was das kantonale Gericht in seinem ersten (Rückweisungs-)Urteil bereits materiellrechtlich verbindlich entschieden habe (BGE 133 V 477, Erw. 5.2.3; m.w.H. Hansjörg Seiler, Rückweisungsentscheide in der neueren Sozialversicherungspraxis des Bundesgerichts, in: Schaffhauser/Schlauri, Sozialversicherungsrechtstagung 2008, S. 35). Für diese Praxis kennt das Bundesgericht lediglich dort eine Ausnahme, wo das kantonale Gericht der Verwaltung im Rückweisungsentscheid eine materiellrechtliche Vorgabe macht, mit der die Verwaltung nicht einverstanden ist. Da sie an die materiellrechtlichen Vorgaben im Rückweisungsentscheid gebunden ist, müsste sie schliesslich eine ihres Erachtens rechtswidrige neue Verfügung erlassen. Mangels formeller Beschwer wäre sie zur Anfechtung ihrer eigenen Verfügung freilich nicht legitimiert. Anders als die versicherte Person kann nach Auffassung des Bundesgerichts deshalb die Verwaltung den Rückweisungsentscheid des kantonalen Gerichts anfechten, soweit er materielle Vorgaben enthält, die ihres Erachtens rechtswidrig sind. Diese Praxis hat das Bundesgericht in zahlreichen Entscheiden bestätigt (BGE 133 V 477, Erw. 5.2.4; 134 II 124, Erw. 1.3, m.w.H. Seiler, a.a.O., S. 36, siehe auch das Beispiel auf S. 36 oben).

4.2 Diese Rechtsprechung ist fragwürdig. Problematisch erscheint bereits die Ungleichbehandlung der Parteien: Während die Verwaltung sich gegen materiellrechtliche Vorgaben im Rückweisungsentscheid des kantonalen Gerichts unmittelbar wehren kann, muss die versicherte Person u.U. jahrelange weitere Abklärungen in Kauf nehmen und dabei allenfalls sogar mitwirken, bevor sie die materiellrechtlichen Vorgaben des ursprünglichen Rückweisungsentscheids rügen kann. Bevor sie damit jedoch ans Bundesgericht gelangen kann, muss sie erst mittels Einsprache bei der Verwaltung und dann mittels Beschwerde beim kantonalen Gericht vorstellig werden. Diese sind jedoch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wie erläutert an die materiellrechtlichen Vorgaben des ursprünglichen



Rückweisungsentscheids gebunden, müssen somit pro forma Entscheide fällen, deren Ergebnis bereits im Voraus feststeht. Erst das Bundesgericht ist schliesslich in der Überprüfung – abgesehen von der beschränkten Sachverhaltskognition – wieder frei.

4.3 Beim vorliegenden Sachverhalt bedeutet dies folgendes: Die Beschwerdeführerin war von Anfang an mit der vom kantonalen Gericht im Urteil EL 2007/24 vom 6. September 2007 vorgenommenen Qualifikation der beiden Positionen als Verzichtstatbestände nicht einverstanden. Da das Urteil jedoch wegen der betragslichen Festsetzung des Verzichts im Zusammenhang mit der Liegenschaft auf Rückweisung lautete, konnte sie auch die materiellrechtliche, vom Versicherungsgericht bereits beurteilte Frage der Qualifikation als Verzicht nicht anfechten. Sie musste die weiteren Abklärungen in Kauf nehmen und abwarten. Die Beschwerdegegnerin qualifizierte die beiden Positionen in den Verfügungen vom 24. April 2008 erneut als Verzicht; dazu war sie aufgrund des Gerichtsentscheids vom 6. September 2007 verpflichtet. Die Beschwerdeführerin musste also Einsprache führen im Wissen darum, dass die Beschwerdegegnerin auch im Einspracheentscheid in Bezug auf die Qualifikation der beiden Positionen zu keinem anderen Ergebnis würde gelangen können. Lässt man das Nichteintreten wegen verspäteter Einspracheerhebung beiseite, so wäre die Beschwerdeführerin in einem nächsten Schritt gezwungen gewesen, ans kantonale Gericht zu gelangen und dort erneut geltend zu machen, dass es sich bei den beiden strittigen Positionen nicht um Verzichtstatbestände handelt. Auch das kantonale Gericht wäre jedoch an seine diesbezüglichen Erwägungen im Entscheid vom 6. September 2007 gebunden, könnte die Beschwerde also nur abweisen (ausser die im Rahmen der weiteren Abklärungen von der EL-Durchführungsstelle ermittelte Höhe des Verzichts in Bezug auf die Liegenschaft würde bestritten, was vorliegend nicht der Fall ist). In der Folge müsste die Beschwerdeführerin ans Bundesgericht gelangen, um nach jahrelanger Verzögerung endlich die Frage letztinstanzlich überprüfen zu lassen, ob es sich bei den beiden umstrittenen Positionen um Verzichtstatbestände handelt. Eine solche Verfahrensoдыssee mit mehrheitlich aussichtslosen Verfahrensschritten lässt sich auch mit der im Zusammenhang mit der Einführung des BGG angestrebten Entlastung des Bundesgerichts nicht rechtfertigen. Es ist deshalb zu wünschen, dass das Bundesgericht zumindest in Bezug auf die Anfechtbarkeit von materiellrechtlichen Vorgaben bei Rückweisungsentscheiden auf seine Rechtsprechung zurückkommt und nicht nur der Verwaltung, sondern auch der versicherten Person bereits in diesem



Verfahrensschritt eine Rechtsmittellegitimation zuerkennt. Vorläufig erscheint es jedoch als unumgänglich, sich an die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu halten, um die versicherte Person nicht grundsätzlich um ihre Anfechtungsmöglichkeiten zu bringen.

4.4 Die obigen Ausführungen haben auf die vorliegend zu beurteilende Frage der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung im Verwaltungs- und im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren folgende Konsequenzen: Weder der Einsprache noch der Beschwerde konnte in Bezug auf die Frage, ob die gerügten Positionen nun Verzichtstatbestände darstellen oder nicht, Erfolg beschert sein. Sowohl die IV-Stelle als auch das kantonale Gericht sind an die Feststellungen gemäss dem Urteil EL 2007/24 vom 6. September 2007 gebunden, zumal sich diesbezüglich nichts geändert hat. Sowohl die Einsprache als auch die Beschwerde sind somit als von vornherein aussichtslos zu qualifizieren. Erst im allenfalls folgenden Verfahren vor Bundesgericht wäre die Aussichtslosigkeit zu verneinen. Eine der Voraussetzungen der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung ist jedoch, dass das Verfahren nicht aussichtslos ist. Somit wäre sowohl für das Einspracheverfahren als auch für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu verweigern. Da die beiden Verfahren zwar aussichtslos, aber aufgrund der oben erläuterten Rechtsprechung trotzdem notwendig sind, um mit der Frage des Vorliegens von Verzichtstatbeständen überhaupt ans Bundesgericht gelangen zu können, geht es nicht an, der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtsverbeiständung mit der Begründung der Aussichtslosigkeit zu verweigern. Damit würde ihr verfassungsmässiger Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV) unterlaufen und ihr würde der Zugang zum Gericht bzw. die wirkungsvolle Wahrnehmung ihrer Interessen erschwert. Da die Beschwerdeführerin nach der Rückweisungspraxis des Bundesgerichts gezwungen ist, in der zweiten Runde sämtliche Instanzen trotz Aussichtslosigkeit der beiden unteren Stufen zu durchlaufen, kann die Aussichtslosigkeit in diesem speziellen Fall keine Verweigerung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung rechtfertigen.

4.5 Die Tatsache, dass auch das vorliegende Verfahren das Ergebnis der Beschwerdegegnerin in Bezug auf die verspätete Einreichung der Einsprache bestätigt hat, rechtfertigt es nicht, die Einsprache- oder die Beschwerdeerhebung als von



Vornherein aussichtslos zu betrachten, zumal eine umfassende Beweiswürdigung vorgenommen werden musste.

4.6 Zu prüfen bleiben schliesslich noch die übrigen Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtsverteidigung.

4.6.1 Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin kann der Beschwerdeführerin nicht entgegengehalten werden, ihre Tochter habe ja bereits im ersten Verfahren, das mit dem Rückweisungsentscheid vom 6. September 2007 geendet habe, bewiesen, dass sie durchaus in der Lage sei, die Interessen der Mutter zu wahren. Zum einen ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin selbst ihre Interessen nicht wahrnehmen kann; allfällige Fähigkeiten ihrer Tochter sind ihr im Zusammenhang mit dem Gesuch um unentgeltliche Prozessführung nicht anzurechnen. Zum anderen hat die Tochter im ersten Verfahren die Interessen der Mutter eben gerade nicht erfolgreich vertreten, ist sie doch in der Hauptsache unterlegen. Durch den Rückweisungsentscheid vom 6. September 2007 wurde die Sache aus juristischer Sicht keinesfalls einfacher, was insbesondere die obigen Ausführungen zur Anfechtbarkeit des Rückweisungsentscheids zeigen. Für das Verwaltungsverfahren wird in der Regel keine unentgeltliche Rechtsverteidigung gewährt (Art. 98 Abs. 3 VRP). Art. 37 Abs. 4 ATSG anerkennt jedoch einen Anspruch, wenn die Verhältnisse es erfordern. Im Verwaltungsverfahren sollen höhere Anforderungen gestellt werden, insbesondere ist im konkreten Fall die Erforderlichkeit der Vertretung eingehend zu prüfen (Kieser, a.a.O., Rz. 23 zu Art. 37). Eine unentgeltliche Vertretung kommt etwa unter dem Aspekt der Erforderlichkeit in Frage, wenn dieses an eine gerichtliche Rückweisung anschliesst (BGE 125 V 36; Kieser, a.a.O., Rz. 23 zu Art. 37). Ob der Beizug eines Rechtsanwalts vorliegend bereits im Verwaltungsverfahren tatsächlich erforderlich war, kann jedoch offen bleiben, wie nachfolgend zu zeigen ist.

4.6.2 Die finanzielle Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin ist anhand der Akten ausreichend belegt. Die vom Rechtsvertreter am 20. Oktober 2008 eingereichte Vermögensaufstellung weist EL-Nachzahlungen in der Höhe von Fr. 34'923.- aus (act. G 4.2). Diese wurden der Beschwerdeführerin jedoch irrtümlich ausbezahlt, weil die zuständige Sachbearbeiterin offenbar ein Gesuch um Drittauszahlungen vom



Sozialamt übersehen hatte. Dieses war der SVA am 9. Mai 2008 zugegangen (EL-act. 11). Gemäss interner Notiz der Sachbearbeiterin werden die Altersrente und die EL seit Juli 2008 direkt ans Sozialamt ausbezahlt (EL-act. 3). Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin mit der EL-Nachzahlung, wenn sie denn rechtskräftig feststeht, kein Vermögen bilden kann, das sie zur Deckung der Kosten für ihren Rechtsbeistand einsetzen könnte. Auch sonst verfügt sie nicht über namhafte Vermögens- und Einkommenspositionen.

4.6.3 Im Rahmen des Verwaltungs- wie des Gerichtsverfahrens können grundsätzlich nur patentierte Anwältinnen und Anwälte als unentgeltliche Vertreter bestellt werden (BGE 132 V 200). Im Kanton St. Gallen können für die Vertretung vor Gericht auch Anwaltspraktikanten zugelassen werden, wenn sie wenigstens ein halbes Jahr an einem Gericht oder bei einem Rechtsanwalt im Kanton St. Gallen oder einem Nachbarkanton tätig waren und mit Ausnahme der praktischen Tätigkeit die übrigen Voraussetzungen für die Zulassung zur Prüfung als Rechtsanwalt erfüllen (Art. 21 Abs. 1 des st. gallischen Prüfungs- und Bewilligungsreglements für Rechtsanwälte und Rechtsagenten [sGS 963.73]). Die für die Vertretung notwendige Praktikantenbewilligung wird von der st. gallischen Anwaltskammer ausgestellt (vgl. Art. 21 Abs. 2 des Prüfungs- und Bewilligungsreglements). Im Einspracheverfahren vertrat lic. iur. Alexander Frei die Beschwerdeführerin. Er war bereits damals bei der Kanzlei Kessler, Wassmer, Giacomini & Partner mit Sitz im Kanton Schwyz angestellt, jedoch im Zeitpunkt der Einspracheerhebung noch als Praktikant. Auf dem Briefpapier, das für die Beschwerde vom 18. September 2008 verwendet wurde, wird er als Substitut bezeichnet (act. G 1). Gemäss Information auf der Kanzlei-Homepage ([www.kwg.ch](http://www.kwg.ch)) erwarb er das Anwaltspatent noch im Jahr 2008. Eine st. gallische Praktikantenbewilligung legte Alexander Frei weder im Verwaltungsverfahren ins Recht, noch reichte er diese im Gerichtsverfahren ein. Dies unterliess er, obwohl die Beschwerdegegnerin die Ablehnung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung unter anderem unter Hinweis auf die fehlende Praktikantenbewilligung begründet hatte. In der Beschwerde vom 18. September 2008 stellt sich Rechtsanwalt Dr. Sutter auf den Standpunkt, Art. 12 Abs. 1 lit. d des Anwaltsgesetzes (sGS 963.70) statuiere ausdrücklich, dass die (berufsmässige) Vertretung vor Verwaltungsbehörden von jeder handlungsfähigen Person wahrgenommen werden könne. Insofern gelte das Anwaltsmonopol in diesem Bereich nicht (act. G 1, S. 18). Dass handlungsfähige



Personen die Vertretung vor Verwaltungsbehörden vornehmen dürfen, lässt jedoch keine Rückschlüsse auf einen Entschädigungsanspruch derselben zu. Diesbezüglich ist Art. 98 Abs. 3 lit. b des st. gallischen Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRP; sGS 951.1) massgebend, wonach in erstinstanzlichen und in Einspracheverfahren in der Regel keine ausseramtlichen Kosten entschädigt werden. Wird nun ausnahmsweise die Erforderlichkeit des Beizugs eines Rechtsanwalts bereits im Einspracheverfahren anerkannt, so kann zur unentgeltlichen Verbeiständung nur ein patentierter Rechtsanwalt bzw. ein diesem gleichgestellter Praktikant mit gültiger st. gallischer Praktikantenbewilligung zugelassen werden (vgl. m.w.H. BGE 132 V 200). Weil lic. iur. Alexander Frei nicht nachwies, bei Einspracheerhebung über die Praktikantenbewilligung oder über ein Anwaltspatent verfügt zu haben, konnte er im Einspracheverfahren nicht zum unentgeltlichen Rechtsvertreter bestellt werden. Ob der Beizug einer Vertretung im Einspracheverfahren notwendig war, muss somit nicht beantwortet werden, weil die Beschwerdegegnerin das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung ohnehin zu Recht verneint hat.

4.6.4 Für das vorliegende Beschwerdeverfahren ist die unentgeltliche Rechtsverbeiständung hingegen zu bewilligen, zumal die Vertretung hier stets ordnungsgemäss durch einen Rechtsanwalt vorgenommen wurde. Bei der Höhe des Honorars ist zu beachten, dass die ausführliche materielle Beschwerdebegründung vollständig überflüssig war, zumal das Gericht nur die Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Nichteintretens beurteilen konnte. Bei Gutheissung der Beschwerde wäre auf die Sache eingetreten und diese zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen worden. Doch selbst in diesem Fall wäre eine ausführliche materielle Argumentation weder vor der Beschwerdegegnerin noch vor dem kantonalen Gericht zielführend gewesen, weil beide Instanzen in der Frage des Verzichtstatbestands wie erläutert an die Feststellungen gemäss Entscheid vom 6. September 2007 gebunden wären. Die Einsprache- und Beschwerdeführung hätte sich damit auf die Formulierung von Rechtsbegehren sowie auf eine summarische Begründung beschränken können, zumal erst im Verfahren vor Bundesgericht Aussichten auf die gewünschte materielle Überprüfung bestanden hätten. Dem berechtigten Aufwand für das Beschwerdeverfahren angemessen erscheint folglich eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 1'500.-. Im Rahmen der unentgeltlichen Prozessführung wird dieses Honorar um 20% reduziert (Art. 31 Abs. 3 des Anwaltsgesetzes). Es beläuft sich somit



auf Fr. 1'200.-. Zuzüglich Barauslagen von pauschal 4% (Art. 28<sup>bis</sup> Abs. 1 der st. gallischen Honorarordnung; sGS 963.75) und Mehrwertsteuer von 7.6% ergibt sich eine Entschädigung von Fr. 1'343.-.

5.

5.1 Die Beschwerde ist gemäss den obigen Erwägungen abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Der angefochtene Einspracheentscheid ist nicht zu beanstanden.

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

5.3 Für das Beschwerdeverfahren ist der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtsverteidigung zu bewilligen und Rechtsanwalt lic. iur. Alexander Frei ist als Vertreter einzusetzen. Wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beschwerdeführerin es gestatten, kann sie jedoch zur Nachzahlung der Auslagen für die Vertretung und der vom Staat entschädigten Parteikosten verpflichtet werden (Art. 288 Abs. 1 ZPO/SG i.V.m. Art. 99 Abs. 2 VRP/SG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung im Einspracheverfahren wird abgewiesen.
3. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
4. Der Staat hat den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 1'343.- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.