



Fall-Nr.: EL 2010/1
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: EL - Ergänzungsleistungen
Publikationsdatum: 08.10.2019
Entscheiddatum: 02.02.2011

Entscheid Versicherungsgericht, 02.02.2011

Art. 25 Abs. 2 ATSG. Rückforderung zuviel ausgerichteter EL. Relative Verjährungsfrist. Beginn dieser relativen Verjährungsfrist. Prüfungsfrist von zwei Monaten ist nach Eingang erster Indizien für eine Rückforderung zuzugestehen, bevor einjährige Verjährungsfrist zu laufen beginnt (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 2. Februar 2011, EL 2010/1). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 9C_227/2011.

Entscheid Versicherungsgericht, 02.02.2011

Abteilungspräsidentin Karin Huber-Studerus, Versicherungsrichterin Monika Gehrler-Hug, Versicherungsrichter Joachim Huber; Gerichtsschreiberin Philia Roth

Entscheid vom 2. Februar 2011

in Sachen

H.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Stefan Gerschwiler, Schwager Mätzler Schneider,
Poststrasse 23, 9001 St. Gallen,

gegen

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



St.Galler Gerichte

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Rückerstattung von Ergänzungsleistung zur AHV

Sachverhalt:

A.

A.a H.____ (Jahrgang 1944) meldete sich am 14. Oktober 2004 zum Bezug von Ergänzungsleistungen (EL) zu seiner halben Invalidenrente an. Diese Anmeldung ging am 18. Oktober 2004 bei der Sozialversicherungsanstalt (SVA) des Kantons St. Gallen, EL-Durchführungsstelle, ein. Unter Punkt 4 sind in der Anmeldung Angaben zur Miete anzubringen und eine Kopie des Mietvertrags beizulegen. Auf die Frage, ob er in Miete wohne, kreuzte der Versicherte das Kästchen 'Ja' an und gab eine Bruttomiete von Fr. 16'920.-- an. Die weiteren Fragen zur Anzahl der Personen im gleichen Haushalt beantwortete er nicht. Im leeren Raum zur Frage der Miete fügte er "s. Bilanz" hinzu (EL-act. 55). Die SVA leitete die Anmeldung am 19. Oktober 2004 an die zuständige AHV-Zweigstelle zur Prüfung und Bestätigung weiter (EL-act. 56-13/27). Diese forderte vom Versicherten am 14. Oktober 2005 weitere Unterlagen an, die am 24. Oktober 2005 bei ihr eingingen. Darunter war der "Abklärungsbericht Selbständigerwerbende der Invalidenversicherung" vom 2. September 2003 (EL-act. 56-6/27) sowie die Bilanzen und Erfolgsrechnungen des selbständig geführten Kiosks für die Jahre 2003 und 2004. Im Jahr 2003 hatte der Versicherte einen Gewinn von Fr. 12'215.-- und im Jahr 2004 einen solchen von Fr. 8'722.50 erzielt (EL-act. 56-15/27 bis 56-25/27). Am 17. November 2005 wurde der AHV-Zweigstelle der Mietvertrag vom 27. Januar 1998 zwischen der A.____ sowie H.____ als Mieter und B.____ als Solidarhaftende mit einem Mietzins von Fr. 1'410.-- pro Monat eingereicht (EL-act. 56-2/27). Sodann ging am 8. Dezember 2005 der Kontoauszug von B.____ vom 30. September 2005 über die Bezahlung der Miete in der Höhe von Fr. 1'545.-- ein (EL-act. 57 - 5/6). Die AHV-Zweigstelle leitete diese Anmeldung mit allen Beilagen am 12. Dezember 2005 der EL-Durchführungsstelle des Kantons St. Gallen weiter (EL-act. 55). Am 20. Dezember 2005 verlangte die EL-Durchführungsstelle über die AHV-Zweigstelle vom Versicherten



St.Galler Gerichte

weitere Unterlagen. Unter anderem bat sie um den Nachweis der Mietzinserhöhungen seit November 2000. Gemäss Mietvertrag sei die Miete inklusive Garage Fr. 1'515.-- und gemäss Zahlungsnachweis Fr. 1'545.-- (EL-act. 52-1/23). Am 2. März 2006 ging bei der AHV-Zweigstelle unter anderem die Bestätigung vom 24. Mai 2004 über die Mietzinsänderung ab Mai 2004 ein, wonach der Mietzins inklusive Garage Fr. 1'545.-- betrage. Die Garage koste Fr. 105.-- pro Monat. Diese Bestätigung war von der A.____ sowie dem Versicherten und seiner Lebenspartnerin unterzeichnet worden (EL-act. 50-8/12). Die AHV-Zweigstelle leitete diese Bestätigung zusammen mit anderen Unterlagen an die EL-Durchführungsstelle weiter, welche diese Unterlagen am 7. März 2006 erhielt (EL-act. 50-1/12).

A.b Mit Verfügungen vom 4. Mai 2006 sprach die EL-Durchführungsstelle dem Versicherten rückwirkend ab 1. Januar 2002 EL zu (EL-act. 37-10/11). Sie berücksichtigte bei den Mietzinsausgaben jeweils den gesetzlichen Maximalbetrag von Fr. 13'200.-- (EL-act. 40 bis 42). Ab 1. Januar 2004 rechnete die EL-Durchführungsstelle neben dem Renteneinkommen ein Erwerbseinkommen von Fr. 8'772.-- an (EL-act. 44). Ab 1. Januar 2006 erhöhte sich der EL-Anspruch, weil aufgrund des Anspruchs auf ausserordentliche EL der ganze Mietzins von Fr. 17'280.-- im Jahr in der Anspruchsberechnung berücksichtigt werden konnte (EL-act. 37-1/11 und 37-3/11). Weitere EL-Anpassungen folgten (EL-act. 33 und 34).

A.c Am 28. Mai und 19. Juni 2008 ging der Fragebogen zur periodischen Überprüfung der Ergänzungsleistungen zuzüglich Beilagen bei der AHV-Zweigstelle ein (EL-act. 28-1/8). Nachdem die AHV-Zweigstelle am 29. Juli 2008 auch den Kontoauszug des Privatkontos des Versicherten erhalten hatte (EL-act. 30-3/3), schloss sie ihre Prüfung am 29. Juli 2008 ab. Der Fragebogen inklusive Beilagen traf am 30. Juli 2008 bei der EL-Durchführungsstelle ein (EL-act. 28-1/8). In diesem Fragebogen gab der Versicherte an, in seinem Haushalt wohnten zwei Personen und er nannte den Namen seiner Lebensgefährtin (EL-act. 28-2/8). Zudem reichte er die Bilanz und Erfolgsrechnung für das Jahr 2006 ein (EL-act. 29-8/45ff.).

A.d Mit Verfügung vom 23. Dezember 2008 sprach die EL-Durchführungsstelle dem Versicherten ab 1. Januar 2009 eine EL von insgesamt Fr. 2'089.-- zu. Die ordentliche EL betrug Fr. 1'749.-- und die ausserordentliche EL Fr. 340.--. Im Berechnungsblatt



St.Galler Gerichte

wurde weiterhin der gesamte Mietzins von Fr. 17'280.-- im Jahr berücksichtigt sowie ein Erwerbseinkommen von Fr. 8'772.-- (EL-act. 27-3/3).

B.

Die EL-Durchführungsstelle fragte beim Versicherten am 24. Januar 2009 nach, seit wann zwei Personen in seinem Haushalt wohnten (EL-act. 25). Am 27. Februar 2009 gab der Versicherte der EL-Durchführungsstelle bekannt, seine Lebenspartnerin wohne seit 1978 mit ihm zusammen (EL-act. 23-3/7). Mit Verfügung vom 23. Juli 2009 forderte die EL-Durchführungsstelle zuviel ausbezahlte EL seit Mai 2003 zurück. Sie gab in ihrer Verfügung an, aus ihren Unterlagen gehe hervor, dass er seit 1978 zusammen mit seiner Lebenspartnerin wohne. Da er nicht verheiratet sei, könne die Lebenspartnerin nicht in der Berechnung der EL berücksichtigt werden. Das bedeute, dass nur die Hälfte der Miete in der EL angerechnet werden könnte. Seit 1. Mai 2003 seien insgesamt Fr. 27'945.-- an ordentlicher EL und Fr. 24'800.-- an ausserordentlicher EL, also insgesamt Fr. 52'745.--, zuviel ausbezahlt worden (EL-act. 21).

C.

Mit Verfügung vom 5. August 2009 wurde dem Versicherten ab 1. Juli 2009 eine AHV-Rente in der Höhe von Fr. 1'644.-- zugesprochen (EL-act. 9). Gleichentags verfügte die EL-Durchführungsstelle die Ausrichtung der EL ab 1. Juli 2009 in der Höhe von insgesamt Fr. 1'227.--. Als Mietzins wurde weiterhin die gesamte Bruttomiete von Fr. 17'280.-- als Ausgabe angerechnet. Ebenfalls berücksichtigte die EL-Durchführungsstelle weiterhin zusätzlich zum AHV-Renteneinkommen ein Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 8'772.-- (EL-act. 8).

D.

D.a Am 3. September 2009 liess der Versicherte durch seine Rechtschutzversicherung gegen die Verfügung vom 23. Juli 2009 Einsprache erheben und deren Aufhebung beantragen (EL-act. 5). Der Versicherte liess mit Eingabe vom 2. Oktober 2009 seine Einsprache ergänzen. Er machte geltend, er habe nie in Abrede gestellt, dass er seit 1978 mit seiner Lebenspartnerin zusammen wohne. Da Rückforderungsansprüche aber spätestens mit Ablauf von fünf Jahren verjährten, sei



St.Galler Gerichte

eine Rückzahlung ab 1. Mai 2003 nicht korrekt. Sodann gehe aus den Akten hervor, dass die EL-Durchführungsstelle gemäss dem "Abklärungsbericht Selbständigerwerbende" der IV-Stelle vom 2. September 2003 vom Umstand habe Kenntnis nehmen können, dass er zusammen mit seiner Lebenspartnerin wohne. Die einjährige Frist ab Kenntnis der neuen Tatsache sei daher nicht eingehalten worden, weshalb die gesamte Rückforderung abzulehnen sei (EL-act. 2).

D.b Mit Einspracheentscheid vom 23. November 2009 hiess die EL-Durchführungsstelle die Einsprache teilweise gut. Der "Abklärungsbericht Selbständigerwerbende" habe die IV-Stelle betroffen. Die darin enthaltene Information bezüglich des Zwei-Personen-Haushalts tangiere die EL-Durchführungsstelle nicht. Sie habe frühestens mit dem Eingang des Revisionsformulars Kenntnis von diesem Umstand gehabt. Dieses sei am 30. Juli 2008 bei ihr eingegangen, weshalb die Jahresfrist gewahrt sei. In der Anmeldung habe der Versicherte keine Angaben über weitere Personen in seinem Haushalt gemacht. Zudem werde von den EL-Bezügern im Rahmen ihrer Sorgfaltspflicht verlangt, dass diese ihren Teil zur richtigen Verfügung beitragen, indem sie die Verfügung nach Erlass rudimentär überprüften und allfällige Unstimmigkeiten meldeten. Bei der Überprüfung hätte dem Versicherten auffallen müssen, dass für die Berechnung nicht nur sein Mietzinsanteil, sondern jeweils der volle Mietzins angerechnet worden sei. Da spätestens mit Ablauf von fünf Jahren der Rückforderungsanspruch verjähre, könnten nur die ab 1. August 2004 zuviel erbrachten Leistungen zurückgefordert werden. Der Rückforderungsanspruch reduziere sich deshalb auf insgesamt Fr. 41'685.-- (act. G 1.1.1)

E.

E.a Gegen diesen Entscheid liess der Versicherte am 31. Dezember 2009 Beschwerde erheben. Er beantragte die ersatzlose Aufhebung des Einspracheentscheids vom 23. November 2009. Eventualiter sei der Einspracheentscheid vom 23. November 2009 aufzuheben und es sei festzustellen, dass die geltend gemachte Rückforderung verjährt sei. Die Rückforderung sei, soweit nicht verjährt, neu zu berechnen. Es sei von Amtes wegen auf die Rückforderung zu verzichten. Dass die Wohnung C.____strasse ... von zwei Personen bewohnt werde, sei seit der Anmeldung zum EL-Bezug aktenkundig. Somit liege kein Fall von Art. 53 Abs. 1 ATSG vor, da keine neuen



Tatsachen entdeckt worden seien, sondern allenfalls ein Fall einer Wiedererwägung im Sinn von Art. 53 Abs. 2 ATSG. Sodann hätte die Beschwerdegegnerin, wenn sie die EL für die letzten fünf Jahre schon neu berechnet habe, dies vollständig tun und die tatsächlichen Einkünfte des Kiosks berücksichtigen sollen. Dieser sei klar defizitär. Durch diese Korrektur des Einkommens werde die Anpassung der Miete kompensiert. Daher fehle es an der Erheblichkeit der Anpassung der EL für die letzten fünf Jahre. Weiter sei die einjährige relative Verjährungsfrist nicht eingehalten worden. Einerseits habe die Beschwerdegegnerin bereits bei der ursprünglichen Prüfung des Anspruchs auf EL Kenntnis von der Tatsache erhalten, dass sich zwei Personen die Wohnung teilten. So habe sie über den Mietvertrag, der auf zwei Personen laute, sowie den Kontoauszug, der vom Konto der Lebenspartnerin stamme, verfügt. Den vermeintlichen Unstimmigkeiten sei sie aktiv nachgegangen. Andererseits liege keine Sorgfaltspflichtverletzung des Beschwerdeführers vor. Dieser habe fünf Verfügungen mit insgesamt zehn Berechnungsblättern auf einmal erhalten, die er hätte überprüfen sollen. Diese Berechnungsblätter seien juristischen Laien nicht leicht zugänglich. Sodann sei nicht nachvollziehbar, wie er hätte bemerken sollen, dass die Mietzinsanrechnungen falsch seien. Daher liege einzig eine Sorgfaltspflichtverletzung der Beschwerdegegnerin vor. Weiter sei festzustellen, dass das Revisionsformular am 28. Mai 2008 bei der AHV-Zweigstelle eingegangen sei. Die dieser Behörde gemachten Angaben habe sich die Beschwerdegegnerin als bekannt anrechnen zu lassen. Deshalb sei die erst am 23. Juli 2009 ergangene Rückforderungsverfügung verspätet. Zudem könne der Eingang der Verfügung auch ohne weiteres erst nach dem 30. Juli 2009 (Ferienzeit) erfolgt sein. Schliesslich sei der Beschwerdeführer gutgläubig und die Rückforderung würde für ihn eine grosse Härte bedeuten (act. G 1).

E.b Die Beschwerdegegnerin beantragte in der Beschwerdeantwort vom 5. März 2010 die teilweise Gutheissung der Beschwerde und die Festsetzung der Rückforderung auf Fr. 24'797.--. In der Einsprache sei nicht auf die tatsächlichen Einkommen aus der Kiosktätigkeit hingewiesen worden, sondern erst in der Beschwerde. Aus diesem Grund seien die Berechnungen der EL nun anhand der vorliegenden Steuermeldungen korrigiert worden. Für die Jahre 2008 und 2009 sei aufgrund der Steuermeldung 2007 vorerst kein Einkommen eingesetzt worden. Sobald die Steuermeldungen vorlägen, müsste allenfalls eine Anpassung erfolgen. Insgesamt resultiere aus den geänderten Berechnungen eine Rückforderung von Fr. 24'797.--. Zwar habe sie betreffend



Mietzinserhöhung Nachforschungen angestellt. Weil der Beschwerdeführer jedoch in der Anmeldung nicht angegeben habe, dass er mit einer weiteren Person zusammenwohne, sei dies von der Beschwerdegegnerin auch nicht näher überprüft worden. Sodann sei vorliegend Art. 25 Abs. 2 ATSG anwendbar, weshalb auf die zweifellos unrichtigen Verfügungen zurückgekommen werden dürfe. Bei Dauerleistungen sei auch die Berichtigung der Leistung ohne Weiteres von erheblicher Bedeutung. Weil der Beschwerdeführer das zu hohe Einkommen nicht gemeldet habe, sei anzunehmen, dass er die Berechnungen nicht einmal rudimentär überprüft habe, womit er seine Sorgfaltspflicht verletzt habe. Schliesslich sei die einjährige Verjährungsfrist mit Verfügung vom 23. Juli 2009 gewahrt, da das für sie relevante Revisionsformular erst am 30. Juli 2009 (richtig 2008) bei ihr eingegangen sei. Das Wissen der AHV-Zweigstelle sei ihr nicht anzurechnen (act. G 5).

E.c In der Replik vom 26. April 2010 hielt der Beschwerdeführer an seinen Anträgen fest. Auf die weiteren Ausführungen wird, soweit entscheidrelevant, in den Erwägungen eingegangen (act. G 9).

E.d Die Beschwerdegegnerin verzichtete am 14. Mai 2010 auf eine Duplik (act. G 11).

E.e Am 10. November 2010 zog die zuständige Verfahrensleitung die seit November 2009 aufgelaufenen Akten zum Verfahren bei (act. G 13).

E.f Der neue Rechtsvertreter des Beschwerdeführers nahm am 6. Dezember 2010 zu diesen Akten Stellung und hielt an den Anträgen gemäss Beschwerdeschrift vom 31. Dezember 2009 fest. Weil die Beschwerdegegnerin offenbar im Oktober 2010 erneut über den EL-Anspruch verfügt habe und dabei ihre Auffassung, wie das Einkommen des Beschwerdeführers anzurechnen sei, im Gegensatz zum hängigen Verfahren auf den Kopf gestellt habe, sei gegen diese Verfügung vorsorglich Einsprache erhoben worden, wie aus der Beilage hervorgehe. Dieses Berechnungswirrwarr der komplizierten und widersprüchlichen EL-Verfügungen könne ein juristischer Laie auf ihre Richtigkeit nicht mehr überprüfen, weshalb dem Beschwerdeführer keine Verletzung der Prüfungspflicht vorzuwerfen sei (act. G 18).

E.g Diese Stellungnahme wurde der Beschwerdegegnerin am 16. Dezember 2010 zur Kenntnis zugestellt und der Schriftenwechsel wieder geschlossen (act. G 19).



Erwägungen:

1.

1.1 Mit dem die Verfügung vom 23. Juli 2009 ersetzenden Einspracheentscheid vom 23. November 2009 hat die Beschwerdegegnerin zu Unrecht bezogene Ergänzungsleistungen zurückgefordert. Von einem unrechtmässigen Leistungsbezug im Sinne von Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG kann allerdings erst dann ausgegangen werden, wenn die formell rechtskräftige Verfügung, auf die sich der Sozialversicherungsträger damals bei der Leistungsausrichtung gestützt hat, aufgehoben und durch eine neue Verfügung ersetzt worden ist, mit der neu tiefere Leistungen zugesprochen werden oder mit der neu ein Leistungsanspruch verneint wird. Die ursprüngliche, formell rechtskräftige Leistungsverfügung muss 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 i.V.m. Art. 25 Abs.2 lit. b ELV), damit von einem unrechtmässigen Leistungsbezug ausgegangen und eine Rückforderung verfügt werden kann. Der Wortlaut des Einspracheentscheides vom 23. November 2009 beziehungsweise der Verfügung vom 23. Juli 2009 enthält keinen Hinweis auf eine Korrektur der früheren, formell rechtskräftigen Leistungsverfügungen. Dem Wortlaut nach zu urteilen würde die Beschwerdegegnerin Ergänzungsleistungen zurückfordern, die gestützt auf eine formell rechtskräftige Verfügung (und die darauf folgenden formell rechtskräftigen Revisionsverfügungen) und damit nicht unrechtmässig im Sinne von Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG ausgerichtet worden sind. Wären die Verfügung vom 23. Juli 2009 beziehungsweise der sie ersetzende angefochtene Einspracheentscheid vom 23. November 2009 nur dem Wortlaut nach zu interpretieren, müsste der angefochtene Einspracheentscheid also ohne weiteres als rechtswidrig, weil gegen Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG verstossend, aufgehoben werden. Nun sind Verfügungen (und Einspracheentscheide) aber nicht nur nach ihrem Wortlaut auszulegen. Massgebend ist vielmehr der vom erlassenden Sozialversicherungsträger beabsichtigte Inhalt der Verfügung (oder des Einspracheentscheids). Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen geht in ständiger Praxis davon aus, dass Verfügungen der Beschwerdegegnerin, die als reine EL-Rückforderungsverfügungen abgefasst sind, auch eine wiedererwägungs- oder revisionsweise Korrektur der früheren, formell rechtskräftigen



Leistungsverfügung enthalten. Mit der Verfügung vom 23. Juli 2009 sind somit die Verfügungen vom 4. Mai 2006, 29. Dezember 2006, 21. Dezember 2007 und vom 23. Dezember 2008 wiedererwägungsweise aufgehoben und durch eine neue (abgestufte) Leistungszusprache rückwirkend ab 1. Januar 2002 ersetzt worden. Der Einspracheentscheid vom 23. November 2009 wiederum ersetzt die Wiedererwägungs- und Rückforderungsverfügung vom 23. Juli 2009.

1.2 Im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren sind grundsätzlich nur Rechtsverhältnisse zu überprüfen bzw. zu beurteilen, zu denen die zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig verbindlich - in Form einer Verfügung - Stellung genommen hat. Insoweit bestimmt die Verfügung den beschwerdeweise weiterziehbaren Anfechtungsgegenstand. Umgekehrt fehlt es an einem Anfechtungsgegenstand und somit an einer Sachurteilsvoraussetzung, wenn und insoweit keine Verfügung ergangen ist ([BGE 131 V 164 neues Fenster E. 2.1](#) mit weiteren Hinweisen). Rechtsprechungsgemäss gelten Rentenzusprachen für die Zukunft und eine getrennt verfügte Rentenzusprache für die Vergangenheit betreffend Anfechtungs- und Streitgegenstand als ein Rechtsverhältnis und haben deshalb als insgesamt angefochten zu gelten (BGE 131 V 164; BGE 125 V 413). Gleiches hat auf die rückwirkend und für die Zukunft geltenden EL-Zusprachen Anwendung zu finden.

1.3 Die Beschwerdegegnerin hat in der Verfügung vom 23. Juli 2009 den EL-Anspruch für den gesamten Zeitraum ab Mai 2003 neu berechnet und anschliessend die zu Unrecht ausgerichtete EL zurückgefordert. Der Beschwerdeführer hat am 3. September 2009 gegen die Verfügung vom 23. Juli 2009 Einsprache erhoben. Bereits am 5. August 2009, noch während laufender Einsprachefrist, hat die Beschwerdegegnerin jedoch eine Anpassungsverfügung für den EL-Anspruch ab 1. Juli 2009 erlassen. Diese Verfügung war nicht überflüssig, da der Revisionstatbestand des Wechsels von der IV- zur AHV-Rente ab 1. Juli 2009 in der EL-Berechnung zu berücksichtigen war. In dieser Verfügung hat die Beschwerdegegnerin jedoch erneut den gesamten Mietzins von Fr. 17'280.-- sowie ein Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 8'772.-- berücksichtigt. Gegen diese Verfügung hat der Beschwerdeführer keine separate Einsprache erhoben. Da der Beschwerdeführer jedoch gegen die Verfügung vom 23. Juli 2009 Einsprache erhoben hat, und nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Sachverhalt zu beurteilen ist, wie er sich bis



zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens (hier: Einspracheentscheid vom 23. November 2009) entwickelt hat (BGE 116 V 248 E. 1, Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] vom 3. Januar 2005 [I 172/04] E.5.2 und vom 27. Mai 2008 [9C_24/2008] E. 2.3.1), ist die Verfügung vom 5. August 2009 notwendigerweise als mitangefochten zu betrachten. Diese Verfügung vom 5. August 2009 ist jedoch vor Erlass des Einspracheentscheids am 12. November 2009 in Wiedererwägung gezogen worden, weil die Beschwerdegegnerin im Verlauf des Einspracheverfahrens erkannt hat (EL-act. 1), dass in der Verfügung vom 5. August 2009 fälschlicherweise noch immer der gesamte Mietzins als Berechnungselement verwendet wurde. Deshalb hat sie mit Verfügung vom 12. November 2009 den EL-Anspruch des Beschwerdeführers ab 1. Dezember 2009 erneut angepasst und nur den hälftigen Mietzins in der Berechnung berücksichtigt. Eine Rückforderung für zuviel ausbezahlte EL von Juli bis November 2009 hat sie sich vorbehalten (act. G 14.1.36). Die Verfügung vom 12. November 2009 als Wiedererwägungsverfügung der Verfügung vom 5. August 2009 ist daher auch in das vorliegende Verfahren einzubeziehen. Nicht in diesem Verfahren zu beurteilen ist dagegen die mit Einsprache vom 29. Januar 2010 angefochtene Verfügung vom 28. Dezember 2009 (act. G 14.1.33 und G 14.1.24). Die Ausdehnung des Streitgegenstands auf die Verfügungen vom 5. August 2009 und 12. November 2009 sind nötig, da der Sachverhalt bis zum Abschluss des Einspracheverfahrens am 23. November 2009 an der Rechtskraft des Gerichtsurteils teilnimmt.

1.4 Der Beschwerdeführer verlangt, dass im vorliegenden Verfahren auch über den Erlass der Rückforderung entschieden werde. Darüber hat die Beschwerdegegnerin jedoch noch nicht verfügt. Gemäss Art. 3 Abs. 3 der Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV; SR 830.11) verfügt der Versicherer den Verzicht auf die Rückforderung, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen für den Erlass gegeben sind. Nach Art. 4 Abs. 4 ATSV wird der Erlass auf schriftliches Gesuch hin gewährt. Das Gesuch ist zu begründen, mit den nötigen Belegen zu versehen und spätestens 30 Tage nach Eintritt der Rechtskraft der Rückforderungsverfügung einzureichen. Aus diesen Bestimmungen folgt, dass über den Erlass erst nach dem Eingang eines schriftlichen Gesuchs verfügt werden kann. Der Beschwerdeführer hat nun in seiner Beschwerde das Gesuch um Erlass gestellt. Die Beschwerdegegnerin hat aber noch nicht darüber verfügen können. Es fehlt somit an einem gültigen Anfechtungsgegenstand. Verfügt eine EL-Durchführungsstelle – was



den Regelfall ausmacht und auch vorliegend zutrifft – zunächst nur über die Rückerstattung und nicht über den Erlass, so beschränkt sich die richterliche Prüfungszuständigkeit auf diesen Punkt; eine Ausdehnung des Rückerstattungsprozesses auf die Frage des Erlasses ist nur dann möglich, wenn die von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen für eine Erweiterung des gerichtlichen Verfahrens über den bestrittenen Anfechtungsgegenstand (Streitgegenstand) hinaus gegeben sind (Ulrich Meyer-Blaser, Die Rückerstattung von Sozialversicherungsleistungen, in: ZBJV 1995, S. 486 f.). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann das gerichtliche Verfahren nämlich aus prozessökonomischen Gründen auf eine ausserhalb des Anfechtungsgegenstandes, d.h. ausserhalb des durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisses liegende spruchreife Frage ausgedehnt werden, wenn diese mit dem bisherigen Streitgegenstand derart eng zusammenhängt, dass von einer Tatbestandsgesamtheit gesprochen werden kann, und wenn sich die Verwaltung zu dieser Streitfrage mindestens in Form einer Prozessklärung geäussert hat ([BGE 122 V 36 neues Fenster](#), E. 2a mit Hinweisen; Urteil des EVG vom 20. Dezember 2000 [P 26/99] E. 1a; siehe auch Urteil des EVG vom 7. Dezember 2006 [P 4/06] E. 3.2). Eine solche Äusserung muss einen eindeutigen Antrag darstellen (BGE 103 V 113). Im Hinblick auf diese Rechtsprechung müsste die Beschwerdegegnerin ihre Auffassung zum Erlass z. B. im Rahmen der Beschwerdeantwort oder auf sonstige Weise eindeutig kundgetan haben. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Im Einspracheentscheid hat die Beschwerdegegnerin lediglich mitgeteilt, dass die Frage des Erlasses erst geprüft werde, wenn über die Rechtmässigkeit der Rückforderung ein rechtskräftiger Entscheid vorliege. In der Beschwerdeantwort hat die Beschwerdegegnerin sich nicht zum Erlass geäussert. Dies schliesst eine Ausdehnung des Prozesses auf die Frage des Erlasses zum Vornherein aus. Die Beschwerdegegnerin wird das Gesuch nach der rechtskräftigen Erledigung des Wiederwägungs- und Rückforderungsverfahrens zu behandeln haben.

2.

2.1 Auf den 1. Januar 2008 ist das neue Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG; SR 831.30) in Kraft getreten. Es ersetzt das ELG vom 19. März 1965 in der bis 31. Dezember 2007 gültig



gewesenen Fassung. In Bezug auf die vorliegend zu beantwortenden Fragestellungen hat sich die Rechtslage materiell jedoch nicht geändert.

2.2 Die jährliche Ergänzungsleistung entspricht dem Betrag, um den die anerkannten Ausgaben die anrechenbaren Einnahmen übersteigen (Art. 9 Abs. 1 ELG; Art. 3a Abs. 1 aELG). Die anerkannten Ausgaben und die anrechenbaren Einnahmen, worin in bestimmtem Umfang auch das Vermögen einbezogen ist, werden nach den in Art. 10 und 11 ELG (Art. 3b und 3c aELG) sowie Art. 11 bis 18 der Verordnung über die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV (ELV; SR 831.301) festgelegten Bestimmungen ermittelt. Nach Art. 10 Abs. 1 lit. b ELG werden als Ausgaben der Mietzins einer Wohnung und die damit zusammenhängenden Nebenkosten berücksichtigt. Für alleinstehende Personen beträgt der jährliche Höchstbetrag Fr. 13'200.--. Werden Wohnungen und Einfamilienhäuser auch von Personen bewohnt, die nicht in die EL-Berechnung eingeschlossen sind, dann ist der Mietzins auf die einzelnen Personen aufzuteilen. Die Mietzinsanteile der Personen, die nicht in die EL-Berechnung eingeschlossen sind, werden bei der Berechnung der jährlichen EL ausser Betracht gelassen (Art. 16c ELV).

2.3 Der Beschwerdeführer wohnt seit 1978 mit seiner Lebenspartnerin zusammen. Weil diese nicht in die EL-Berechnung einzubeziehen ist, darf nur der halbe Mietzins berücksichtigt werden. Vorliegend ist die fälschliche Anrechnung des vollen Mietzins-Höchstbetrages für alleinstehende Personen (EL-Berechnungen vom 1. Januar 2002 bis 31. Dezember 2005) beziehungsweise des ganzen effektiven Mietzinses (ab 1. Januar 2006) in den Berechnungen der EL seit 1. Januar 2002 grundsätzlich unbestritten. Die fehlerhaften Verfügungen sind diesbezüglich zu korrigieren. Gemäss Mietvertrag vom 27. Januar 1998 betrug der Mietzins ohne Garage Fr. 1'410.-- pro Monat, also Fr. 16'920.-- im Jahr. Nicht zu berücksichtigen ist die Garage von Fr. 105.-- pro Monat, weil diese nicht zum Wohnraum zählt (EL-act. 56-2/27). Dieser Mietzins wurde ab Mai 2004 auf Fr. 1'440.-- (ohne Garage) angehoben, also auf Fr. 17'280.-- pro Jahr. Die Hälfte davon beträgt Fr. 8'640.--. Ab Mai 2008 wurde der Mietzins erneut angehoben. Als Nachweis dafür hat der Beschwerdeführer den Kontoauszug vom 9. Juni 2008 eingereicht, wonach die Miete neu Fr. 1'595.-- betrage (EL-act. 29-4/45). Dieser Kontoauszug unterscheidet jedoch nicht zwischen dem Mietzins für die Wohnung und der Garagenmiete. Wie ein Vergleich mit dem



Kontoauszug vom 30. September 2005 zeigt, ist jeweils der Mietzins inklusive Garage bezahlt worden (EL-act. 57-5/6). Der in der EL zu berücksichtigende Mietzins ab Mai 2008 beträgt daher Fr. 1'490.-- und nicht Fr. 1'595.--. Pro Jahr beträgt der Mietzins daher Fr. 17'880.-- und die Hälfte davon Fr. 8'940.--. Die EL-Berechnungen ab Mai 2008 sind daher falsch, da sie in der halben Mietzinsberücksichtigung auch den halben Garagenaufwand berücksichtigt haben, nämlich Fr. 9'570.-- (12 x Fr. 1'595.-- = 19'140.--) statt Fr. 8'940.--. Dies betrifft auch die Verfügung vom 5. August 2009 beziehungsweise jene vom 12. November 2009. Auch in der EL-Berechnung ab 1. Juli 2009 ist lediglich ein Mietzins von Fr. 8'940.-- (1/2 von Fr. 17'880.--) zu berücksichtigen. Die Sache ist deshalb zur korrekten Berechnung der EL an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

2.4 Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. a ELG i.V.m. Art. 14a ELV ist bei den anrechenbaren Einnahmen das im massgebenden Zeitabschnitt tatsächlich verdiente Einkommen des Beschwerdeführers zu berücksichtigen. Die Beschwerdegegnerin hat es unterlassen, im Rahmen des Wiedererwägungsverfahrens gemäss ihrer Untersuchungspflicht den Sachverhalt umfassend zu erheben und fehlende Unterlagen einzufordern. Sie hat nur über die Bilanzen und Erfolgsrechnungen der Jahre 2003, 2004 und 2006 verfügt. Dennoch hat sie für die Berechnung des EL-Anspruchs unbesehen weiter das Einkommen des Jahres 2004 von Fr. 8'772.-- verwendet. Belege über effektive Einkünfte bis 2008 sind erst im Rahmen des Beschwerdeverfahrens durch den Beschwerdeführer mit der Beschwerde vom 31. Dezember 2009 eingereicht worden. Die Beschwerdegegnerin hat daraufhin die Bestätigungen des kantonalen Steueramts für die Jahre 2004 bis 2007 eingeholt (EL-act. 59 bis 62). Gestützt darauf hat sie die EL im Beschwerdeverfahren neu berechnet (EL-act. 64 bis 70). So hat sie gemäss Steuerbeleg für das Jahr 2004 das Einkommen von Fr. 8'722.-- (EL-act. 59 und 64) berücksichtigt. Für das Jahr 2005 hat sie kein Einkommen angerechnet, da ein Verlust von Fr. 6'508.-- ausgewiesen ist (EL-act. 60 und 65). Im Jahr 2006 hat der Beschwerdeführer einen Gewinn von Fr. 10'358.-- erzielt (EL-act. 61 und 66). Im Jahr 2007 resultierte ein Verlust von Fr. 4'350.-- (EL-act. 62), weshalb in diesem Jahr wiederum kein Einkommen zum Renteneinkommen hinzugerechnet worden ist (EL-act. 67). Das Abstellen auf die Steuerdaten ist korrekt. Weil die Steuerbelege für die Jahre 2008 und 2009 fehlen, will die Beschwerdegegnerin für die entsprechende Periode 'provisorisch' (unter Vorbehalt der nachträglichen Anpassung) auf die Anrechnung



eines Einkommens aus selbständiger Erwerbstätigkeit verzichten (act. G5 und EL-act. 68 bis 70). Mit der Beschwerde vom 31. Dezember 2009 hat der Beschwerdeführer auch die Bilanz und Erfolgsrechnung für das Jahr 2008 eingereicht, wonach ein Verlust von Fr. 12'091.95 zu verzeichnen ist (act. G 1.1.8). Eine Steuerveranlagung liegt nicht vor. Entsprechend der üblichen Praxis der Verwaltung wird das Einkommen des Vorjahres für die Berechnung der laufenden EL verwendet. Bereits im Jahr 2007 hat der Beschwerdeführer keinen Gewinn erwirtschaftet. Daher könnte der Verzicht auf die Anrechnung eines Einkommens für die Jahre 2008 und 2009 bestätigt werden. Da die Sache jedoch zur erneuten Berechnung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen ist, können bei dieser Gelegenheit die Steuerbelege 2008 und 2009 beigezogen werden. Dies erlaubt eine abschliessende Verfügung über den korrekten EL-Anspruch ohne Vorbehalt. Sollte der Steuerbeleg für das Jahr 2008 und 2009 weiterhin einen Verlust ausweisen, so erweise sich die Anrechnung eines Einkommens von Fr. 8'772.-- gemäss den Verfügungen vom 5. August 2009 und 12. November 2009 als rechtswidrig.

2.5 Zusammenfassend sind daher sowohl der Einspracheentscheid vom 23. November 2009 wie die Verfügungen vom 5. August 2009 und 12. November 2009 aufzuheben und die Sache ist zur korrekten Berechnung des EL-Anspruchs an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

3.

3.1 Ist der korrekte EL-Anspruch erstellt, kann anschliessend über die Rückforderung entschieden werden. Nach Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Gemäss Art. 25 Abs. 2 ATSG erlischt der Rückforderungsanspruch mit Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung. Deshalb hat die Beschwerdegegnerin den Rückforderungsanspruch im Einspracheentscheid vom 23. November 2009 auf den Zeitraum 1. August 2004 bis 30. Juni 2009 beschränkt. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Rückforderung der zuviel ausbezahlten EL sei verjährt. Gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung wird nicht eine tatsächliche Kenntnisnahme der Unrechtmässigkeit des Leistungsbezugs verlangt, sondern es



reicht aus, dass der Versicherungsträger bei Beachtung der zumutbaren Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass die Voraussetzungen für eine Rückerstattung bestehen; falls ein Zusammenwirken mehrerer Behörden notwendig ist, wird eine genügende Kenntnis angenommen, wenn diese bei einer der zuständigen Verwaltungsstellen vorhanden ist (vgl. BGE 119 V 433). Soweit der Versicherungsträger noch zumutbare Abklärungen zu tätigen hat, sind diese innert angemessener Zeit vorzunehmen (SVR 2004 IV Nr. 41 [I 62/06] E. 4). Geht die unrechtmässige Leistungsausrichtung auf einen Fehler des Versicherungsträgers zurück, beginnt die einjährige Frist nicht mit der Leistungsausrichtung zu laufen; massgebend ist vielmehr der (spätere) Zeitpunkt, in welchem der Versicherungsträger anlässlich einer Kontrolle zumutbarerweise den Fehler hätte entdecken können (vgl. BGE 124 V 380 E. 1) beziehungsweise entdeckt hat (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Rz. 39 zu Art. 25).

3.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei seiner Meldepflicht stets nachgekommen. Die Rückforderung sei verjährt. Vorliegend kann im Hinblick auf die zitierte Rechtsprechung offen bleiben, ob die wiedererwägungsweise korrigierten, ursprünglich fehlerhaften Verfügungen auf Fehler der Beschwerdegegnerin oder auf Melde- oder Sorgfaltspflichtenverletzungen des Beschwerdeführers zurückzuführen sind. Die Beschwerdegegnerin hat den Fehler betreffend Mietzinshöhe anlässlich ihrer im Frühling 2008 eingeleiteten periodischen Überprüfung (EL-act. 28) erkannt. Die periodische Überprüfung im Frühling 2008 war die erste systematische Kontrolle betreffend EL. Die Zeitpunkte, an denen die jeweiligen Fehler geschahen, sind gemäss der zitierten Rechtsprechung nicht fristauslösend. Die Frist wurde erst durch das Erkennenkönnen der Fehler bzw. das tatsächliche Erkennen ausgelöst. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beginnt die relative Verjährungsfrist ab dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Versicherungsträger bei Beachtung der zumutbaren Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass die Voraussetzungen für eine Rückerstattung bestehen. Sodann hat die Verwaltung die ihr zumutbare Aufmerksamkeit auch bei den sich allenfalls aufdrängenden Erhebungen anzuwenden, damit ihre noch ungenügende Kenntnis so vervollständigt wird, dass der Rückforderungsanspruch die nötige Bestimmtheit erhält. Wenn die Verwaltung nicht die erforderlichen Anstrengungen unternimmt, um über ihre noch ungenügend bestimmte Forderung innert absehbarer Zeit ein klares Bild zu erhalten, so darf sich



ihre Säumnis nicht zu ihren Gunsten oder zu Ungunsten der versicherten Person auswirken. In einem solchen Fall ist der Beginn der Verwirkungsfrist vielmehr auf den Zeitpunkt festzusetzen, in dem die Verwaltung ihre noch ungenügende Kenntnis mit dem erforderlichen und zumutbaren Einsatz so hätte vervollständigen können, dass der Rückforderungsanspruch die nötige Bestimmtheit erhält und der Erlass einer Verfügung möglich wird (BGE 112 V 180 E. 4b). Das Bundesgericht gesteht der Verwaltung eine Prüfdauer von zumindest zwei Monaten ohne weiteres zu, bevor die einjährige Verjährungsfrist zu laufen beginnt (Urteil vom 28. Mai 2010 i/S. K. und A. [9C_1010/2009] E. 3.4 mit weiteren Hinweisen; Urteil vom 8. Oktober 2002 i/S. T. [P 41/00] E. 5.3). Allein der Eingang eines Fragebogens ist daher nicht in jedem Fall fristauslösend, auch wenn er Indizien für Rückforderungstatbestände enthält. Der Revisionsfragebogen ist der AHV-Zweigstelle erstmals am 28. Mai 2008 zugegangen. Offensichtlich waren noch nicht alle Fragen beantwortet und alle Beilagen eingereicht worden, denn der Fragebogen trägt einen zweiten Eingangsstempel vom 19. Juni 2008. So hat die AHV-Zweigstelle beispielsweise den Beleg über die Bezahlung des Mietzinses durch die Lebenspartnerin des Beschwerdeführers erst am 19. Juni 2008 erhalten (EL-act. 29-6/45). Bei den Unterlagen waren auch die Steuerveranlagung 2006 sowie die Bilanz und Erfolgsrechnung 2006. Erst am 29. Juli 2008 hat die AHV-Zweigstelle den (nach ihrer Ansicht) letzten ausstehenden Beleg über das Privatkonto des Beschwerdeführers erhalten (EL-act. 30-2/3). Die zweimonatige Abklärungsfrist hat somit, will man der Beschwerdegegnerin das Wissen der AHV-Zweigstelle anrechnen, vom 28. Mai bis am 28. Juli 2008 gedauert. In diesem Zeitraum hätte die AHV-Zweigstelle auch die offensichtlich noch fehlenden Bilanzen- und Erfolgsrechnungen 2005 und 2007 einholen können. Die einjährige Verwirkungsfrist nach Art. 25 Abs. 2 ATSG hat somit am 29. Juli 2008 zu laufen begonnen, weshalb die Rückforderungsverfügung vom 23. Juli 2009 - wenn auch knapp - nicht verspätet ergangen ist. Will man der Beschwerdegegnerin das Wissen der AHV-Zweigstelle nicht anrechnen, ist die Verfügung ohne weiteres rechtzeitig erfolgt.

4.

4.1 Im Sinn der vorstehenden Ausführungen ist die Beschwerde unter Aufhebung des Einspracheentscheids vom 23. November 2009 sowie der Verfügungen vom 5. August 2009 und 12. November 2009 aufzuheben. Die Sache ist zur neuen Berechnung des



EL-Anspruchs und einer allfälligen Rückforderung sowie zur neuen Verfügung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

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

4.3 Da die Rückweisung zur Neuurteilung praxisgemäss als volles Obsiegen gilt (ZAK 1987 S. 268 E. 5a), hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine ungekürzte Parteienschädigung, die vom Gericht ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen wird (Art. 61 lit. g ATSG; vgl. auch Art. 98 ff. VRP/SG, sGS 951.1). Angemessen erscheint eine Parteienschädigung von Fr. 3'500.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:

1. Die Beschwerde wird unter Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids vom 23. November 2009 und der Verfügungen vom 5. August 2009 und 12. November 2009 gutgeheissen; die Sache wird zur neuen Berechnung und neuen Verfügung im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteienschädigung von Fr. 3'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.