



**Fall-Nr.:** EL 2018/29  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** EL - Ergänzungsleistungen  
**Publikationsdatum:** 20.08.2020  
**Entscheiddatum:** 06.04.2020

### **Entscheid Versicherungsgericht, 06.04.2020**

**Art. 5 Abs. 1 ELG. Ununterbrochener Aufenthalt in der Schweiz während zehn Jahren vor der Anmeldung zum Bezug einer Ergänzungsleistung. Karenzfrist für ausländische Staatsangehörige (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 6. April 2020, EL 2018/29).**

#### **Entscheid vom 6. April 2020**

Besetzung

Präsident Ralph Jöhl, Versicherungsrichterinnen Monika Gehrler-Hug und Karin Huber-Studerus; Gerichtsschreiber Tobias Bolt

Geschäftsnr.

EL 2018/29

Parteien

**A.\_\_\_\_,**

**Beschwerdeführer,**

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Markus Joos, Marktplatz 4, Postfach 646,  
9004 St. Gallen

gegen



**Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen**, EL-Durchführungsstelle,  
Brauerstrasse 54, Postfach, 9016 St. Gallen,

### **Beschwerdegegnerin,**

Gegenstand

### **Ergänzungsleistung zur AHV und unentgeltliche Rechtsverteidigung im Einspracheverfahren**

#### **Sachverhalt**

##### **A.**

**A.a.** Der Serbische Staatsangehörige A.\_\_\_\_ meldete sich im Dezember 2016 zum Bezug von Ergänzungsleistungen zu einer Altersrente der AHV an (act. G 3.5.18). Er gab an, dass er seit Dezember 2006 wieder in der Schweiz wohnhaft sei, nachdem er die Schweiz im Juli 2004 verlassen habe. Seine Ehefrau habe die Schweiz im Dezember 2010 verlassen und sei nun seit Juni 2011 wieder in der Schweiz wohnhaft. Abgesehen von den Aufenthalten im Herkunftsland von Juli 2004 bis Dezember 2006 (EL-Ansprecher) und von Dezember 2010 bis Juni 2011 (Ehefrau) hätten sich der EL-Ansprecher und seine Ehefrau in den vergangenen zehn Jahren nicht länger im Ausland aufgehalten. Im April 2017 forderte die EL-Durchführungsstelle den EL-Ansprecher auf, seinen Reisepass einzureichen (act. G 3.5.11). Im Mai 2017 gab der EL-Ansprecher seinen Reisepass ab, damit die EL-Durchführungsstelle Kopien von den Eintragungen machen konnte (act. G 3.5.9). Dabei machte er geltend, dass er ab und zu seine Eltern im Herkunftsland besuchen müsse, da diese gesundheitlich angeschlagen seien. Der Reisepass enthielt nebst zahlreichen nicht lesbaren Eintragungen die folgenden lesbaren Eintragungen: 9. Mai 2010, 7. Juli 2010, 4. August 2010, 14. August 2010, 22. August 2010, 1. November 2010, 1. Dezember 2010, 9. Januar 2011, 12. März 2011, 27. März 2011, 16. April 2011, 8. Mai 2011 (Einreise in den Schengen-Raum), 29. Mai 2011 (Einreise in den Schengen-Raum), 5. Juli 2011, 6. Juli 2011 (Ausreise aus dem Schengen-Raum), 16. Juli 2011, 17. Juli 2011 (Einreise in den Schengen-Raum), 21. August 2011, 25. September 2011, 6. November 2011 (Einreise in den Schengen-



Raum), 27. November 2011 (Einreise in den Schengen-Raum), 2. Mai 2012 (Ausreise aus dem Schengen-Raum), 19. Mai 2012 (Einreise in den Schengen-Raum), 30. September 2012 (Einreise in den Schengen-Raum), 1. Januar 2013, 2. Januar 2013, 6. Februar 2013 (Ausreise aus dem Schengen-Raum), 3. März 2013, 2. Mai 2013 (Einreise in den Schengen-Raum), 26. Mai 2013 (Einreise in den Schengen-Raum), 23. Juni 2013 (Einreise in den Schengen-Raum), 4. August 2013, 29. August 2013 (Einreise in den Schengen-Raum), 11. September 2013, 29. September 2013 (Einreise in den Schengen-Raum), 5. Oktober 2013 (Ausreise aus dem Schengen-Raum), 3. November 2013 (Einreise in den Schengen-Raum), 9. November 2013, 1. Dezember 2013, 7. Dezember 2013 (Ausreise aus dem Schengen-Raum), 7. Januar 2014 (Einreise in den Schengen-Raum), 11. Januar 2014 (Ausreise aus dem Schengen-Raum), 9. Februar 2014 (Einreise in den Schengen-Raum), 12. Februar 2014 (Ausreise aus dem Schengen-Raum), 23. Februar 2014, 6. April 2014, 10. Mai 2014, 17. Mai 2014 (Ausreise aus dem Schengen-Raum), 9. Juni 2014 (Einreise in den Schengen-Raum), 14. Juni 2014 (Ausreise aus dem Schengen-Raum), 6. Juli 2014, 6. August 2014 (Einreise in den Schengen-Raum), 7. September 2014, 13. September 2014, 7. Oktober 2014 (Einreise in den Schengen-Raum), 11. Oktober 2014, 9. November 2014 (Einreise in den Schengen-Raum), 7. Dezember 2014 (Einreise in den Schengen-Raum), 11. Januar 2015 (Einreise in den Schengen-Raum), 17. Januar 2015 (Ausreise aus dem Schengen-Raum), 15. Februar 2015 (Einreise in den Schengen-Raum), 21. Februar 2015 (Ausreise aus dem Schengen-Raum), 15. März 2015 (Einreise in den Schengen-Raum), 31. März 2015, 3. April 2015, 15. April 2015, 10. Mai 2015 (Einreise in den Schengen-Raum), 14. Juni 2015 (Einreise in den Schengen-Raum), 20. Juni 2015 (Ausreise aus dem Schengen-Raum), 14. Juli 2015, 16. August 2015 (Einreise in den Schengen-Raum), 19. August 2015, 15. September 2015 (Einreise in den Schengen-Raum), 19. September 2015 (Ausreise aus dem Schengen-Raum), 13. Oktober 2015, 15. November 2015 (Einreise in den Schengen-Raum), 18. November 2015, 13. Dezember 2015 (Einreise in den Schengen-Raum), 12. Januar 2016, 14. Februar 2016, 8. März 2016 (Einreise in den Schengen-Raum), 10. Mai 2016 (Einreise in den Schengen-Raum), 11. Juni 2016, 12. Juni 2016 (Einreise in den Schengen-Raum), 19. Juli 2016, 21. August 2016 (Einreise in den Schengen-Raum), 27. August 2016 (Ausreise aus dem Schengen-Raum), 13. September 2016, 19. September 2016, 16. Oktober 2016, 15. November 2016, 18. Dezember 2016, 15. Januar 2017 (Einreise in



den Schengen-Raum), 12. Februar 2017 (Einreise in den Schengen-Raum), 22. Februar 2017, 18. April 2017, 19. April 2017, 13. Mai 2017 und 14. Mai 2017. Die Sachbearbeiterin der EL-Durchführungsstelle, die das Original des Reisepasses gesehen hatte, notierte noch die folgenden zusätzlichen Daten: 29. Oktober 2010, 25. April 2011, 30. November 2013, 11. Mai 2014 und 7. November 2014. Irrtümlich interpretierte sie den Eintrag für den 1. Januar 2013 als „10. Januar 2013“ und jenen für den 2. Januar 2013 als „2. November 2013“. Gestützt auf die lesbaren Einträge im Reisepass ging die EL-Durchführungsstelle davon aus, dass der EL-Ansprecher sich im Jahr 2014 während 208, im Jahr 2015 während 138, im Jahr 2016 während 135 und im Jahr 2017 während neun Tagen im Ausland aufgehalten hatte (Reisetage nicht mit einberechnet; act. G 3.5.5). Mit einer Verfügung vom 31. August 2017 wies sie das Leistungsbegehren mangels des Erfüllens der Karenzfrist ab (act. G 3.5.4).

**A.b.** Gegen die Verfügung vom 31. August 2017 liess der nun anwaltlich vertretene EL-Ansprecher am 2. Oktober 2017 eine Einsprache erheben (act. G 3.5.1). Sein Rechtsvertreter beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, die Weiterbearbeitung des Leistungsbegehrens und die Zusprache einer allfälligen Ergänzungsleistung. Zusätzlich beantragte er die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverteistandung für das Einspracheverfahren. Zur Begründung führte er aus, der EL-Ansprecher habe die zehnjährige Karenzfrist erfüllt, da er zehn Jahre vor der Anmeldung zum Leistungsbezug (wieder) Wohnsitz in der Schweiz genommen habe. Die Karenzfrist sei nicht unterbrochen worden, denn er sei nie mehr als 92 Tage am Stück und auch nie mehr als 92 Tage pro Kalenderjahr im Ausland gewesen. Das Sozialamt seiner Wohngemeinde könne bestätigen, dass er einmal pro Monat dort vorgesprochen habe. Am 30. November 2017 machte er ergänzend geltend (act. G 3.6.17), mehrere Einträge im Reisepass seien nicht lesbar. Diese Einträge dürften nicht einfach übergangen werden, wie wenn sie nicht vorhanden wären, wie das die EL-Durchführungsstelle gemacht habe, sonst würde künstlich eine zu lange Auslandsaufenthaltsdauer konstruiert. Zudem habe die EL-Durchführungsstelle die auf mehreren Stempeln angebrachten Pfeile, die auf eine Ein- oder Ausreise hindeuteten, ignoriert. Ganz offensichtlich sei der Pass auch nicht bei jedem Grenzübergang abgestempelt worden. Die Annahmen der EL-Durchführungsstelle bezüglich der Auslandsaufenthalte würden teilweise durch die persönlichen Vorsprachen des EL-



Ansprechers beim Sozialamt und durch die Bezüge am Bankschalter oder am Bancomat während eines angeblichen Auslandsaufenthaltes widerlegt. Der Reisepass stelle zusammenfassend kein taugliches Beweismittel dar. Die EL-Durchführungsstelle trage die Beweislast für die Dauer der Auslandsaufenthalte. Der Eingabe lag unter anderem ein Bankkontoauszug für die Zeit vom 1. Januar 2014 bis zum 15. November 2017 bei, laut dem am 16. Januar 2014, am 13. März 2014, am 5. Mai 2014, am 5. Juni 2014, am 15. Oktober 2014, am 14. November 2014, am 8. Januar 2015, am 18. März 2015, am 20. Mai 2015, am 5. Juni 2015, am 18. Juni 2015, am 20. Juli 2015, am 20. August 2015, am 24. September 2015, am 20. Oktober 2015, am 19. November 2015, am 20. Januar 2016, am 11. Februar 2016, am 17. März 2016, am 5. April 2016, am 20. April 2016, am 19. Mai 2016, am 3. Juni 2016, am 22. Juni 2016, am 4. Juli 2016, am 27. Juli 2016, am 21. September 2016, am 5. Oktober 2016, am 4. November 2016, am 6. Dezember 2016, am 16. Januar 2017, am 26. Januar 2017, am 7. Februar 2017, am 27. Februar 2017, am 24. März 2017, am 5. April 2017, am 8. Mai 2017, am 24. Mai 2017, am 26. Juli 2017, am 10. August 2017 und am 5. Oktober 2017 Bargeldbezüge an der Bankkasse getätigt worden waren (act. G 3.6.16–19 ff.). Am 13. Dezember 2017 ging der EL-Durchführungsstelle ein anonymes Schreiben zu (act. G 3.6.14), in dem geltend gemacht wurde, dass sich der EL-Ansprecher zur Zeit in seinem Herkunftsland befinde. Der Hinweisgeber vermute, dass der EL-Ansprecher sich jeweils nur für eine Woche in der Schweiz aufhalte, ansonsten aber in seinem Herkunftsland lebe. Dadurch wolle er wohl ungerechtfertigte Leistungen beziehen. Am 27. März 2018 forderte die EL-Durchführungsstelle den EL-Ansprecher auf (act. G 3.6.10), den Reisepass der Ehefrau, den diese in den Jahren 2011–2017 benutzt habe, sowie die gelben Postbüchlein, mit denen die Einzahlungen in den Jahren 2011–2017 getätigt worden seien, einzureichen und anzugeben, wie der EL-Ansprecher in den Jahren 2011–2017 jeweils in sein Herkunftsland gereist sei. Falls die Einzahlungen nicht über die Post abgewickelt worden seien, solle der EL-Ansprecher angeben, wie er die Einzahlungen des täglichen Lebens abgewickelt habe. Am 18. April 2018 reichte der EL-Ansprecher den Reisepass seiner Ehefrau ein (act. G 3.6.8). Er machte geltend, er habe die Einzahlungen jeweils nicht über die Post getätigt. Nur für die Bezahlung des Mietzinses habe er einen Dauerauftrag eingerichtet. Da er selbst kein Auto besitze, sei er jeweils mit seinem Sohn oder mit einer Bekannten gereist. Teilweise habe er einen Autobus benutzt. Die Reisedaten könne er nicht mehr genau rekonstruieren. Durchschnittlich sei



er pro Jahr einmal mit seinem Sohn, dreimal mit seiner Bekannten und einmal mit dem Autobus in sein Herkunftsland gereist. Die Aufenthalte hätten jeweils eine Woche, die Sommerferien aber zwei Wochen gedauert. Mit einem Entscheid vom 15. Mai 2018 wies die EL-Durchführungsstelle die Einsprache ab (act. G 3.6.6). Zur Begründung führte sie an, der Reisepass des EL-Ansprechers enthalte insgesamt 145 Reisetempel, die von blossen Auge oder mittels eines starken digitalen optischen Zooms hätten ausgewertet werden können. Nur bei sechs Stempeln seien nicht alle Ziffern lesbar gewesen. Es müsse davon ausgegangen werden, dass nicht alle Reisebewegungen des EL-Ansprechers systematisch erfasst worden seien. Zu berücksichtigen sei auch, dass für die Hin- und die Rückfahrt je rund 14 Stunden benötigt würden, weshalb es ausgeschlossen sei, dass der EL-Ansprecher auch nur einmal am selben Tag in sein Herkunftsland und wieder zurück gereist sei. Gemäss den Akten habe der EL-Ansprecher in den Jahren 2014–2016 nur fünfzehnmal persönlich beim Sozialamt vorgesprochen. Oft sei er an einem Wochenende oder an einem Dienstag, häufig unmittelbar vor oder nach einer persönlichen Vorsprache beim Sozialamt, gereist. Eine Auswertung der Reisedaten ergebe, dass sich der EL-Ansprecher im Jahr 2014 während 217 Tagen, im Jahr 2015 während 210 Tagen und im Jahr 2016 während 118 Tagen im Ausland aufgehalten haben müsse. Die eigenen Angaben des EL-Ansprechers zu seinem Reiseverhalten seien damit klar widerlegt. Es liege auf der Hand, dass die Karenzfrist nicht gewahrt sei. Daran änderten die Bargeldbezüge bei der Bank nichts, denn diese hätten auch von der Ehefrau getätigt werden können. Diese sei nämlich in aller Regel versetzt in das Herkunftsland gereist und deshalb in der Regel hier in der Schweiz anwesend gewesen, wenn Bargeldbezüge getätigt worden seien. Das Leistungsbegehren sei zusammenfassend mangels Erfüllung der Karenzfrist abzuweisen. Auch das Gesuch um die unentgeltliche Rechtsverteidigung für das Einspracheverfahren sei abzuweisen, da eine Rechtsvertretung nicht erforderlich gewesen sei.

### **B.**

**B.a.** Am 15. Juni 2018 liess der EL-Ansprecher (nachfolgend: der Beschwerdeführer) eine Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 15. Mai 2018 erheben (act. G 1). Sein Rechtsvertreter beantragte die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides, die Rückweisung der Sache an die EL-Durchführungsstelle



(nachfolgend: die Beschwerdegegnerin) zur Festsetzung der Ergänzungsleistungen, die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Einsprache- und für das Beschwerdeverfahren sowie eventualiter die Rückweisung der Sache zur Festsetzung der Entschädigung für die unentgeltliche Rechtsverteidigung im Einspracheverfahren an die Beschwerdegegnerin. Zur Begründung führte er aus, die Beschwerdegegnerin habe die von ihr behauptete Unterbrechung der Karenzfrist zu beweisen. Dieser Beweis gelinge ihr aber nicht. Die Reisetempel im Reisepass des Beschwerdeführers genügten nicht, um die angeblichen Auslandsaufenthalte zu beweisen. Die Grenzübergänge seien nämlich nur teilweise abgestempelt worden, weshalb die Einträge in vielen Fällen keinen Aufschluss darüber gäben, wann der Beschwerdeführer jeweils in sein Herkunftsland und wieder zurück in die Schweiz gereist sei. Ohne einen zusätzlichen Beweis könne deshalb anhand der Stempelungen nicht darauf geschlossen werden, dass der Zeitraum zwischen den Daten zweier Stempelungen einem ununterbrochenen Aufenthalt des Beschwerdeführers im Ausland entspreche. Die Annahmen der Beschwerdegegnerin liessen sich teilweise auch nicht mit den Daten vereinbaren, an denen der Beschwerdeführer persönlich beim Sozialamt vorgesprochen oder Bargeld bezogen habe. Die Behauptung der Beschwerdegegnerin, die Bargeldbezüge seien jeweils von der Ehefrau getätigt worden, sei haltlos. Die Bargeldbezüge an den folgenden Daten belegten, dass die Annahmen der Beschwerdegegnerin falsch seien: 16. Januar 2014, 7. April 2014, 10. April 2014, 5. Mai 2014, 5. Juni 2014, 16. Oktober 2014, 2. April 2015, 20. Oktober 2015, 28. Oktober 2015, 19. November 2015 und 4. Dezember 2015. Zudem habe die Beschwerdegegnerin den bei einigen Stempelungen vermerkten Angaben über die Reiserichtung (in das EU-Gebiet hinein oder aus dem EU-Gebiet hinaus) keine Rechnung getragen und deshalb teilweise falsche Annahmen getroffen.

**B.b.** Die Beschwerdegegnerin beantragte am 24. Juli 2018 die Abweisung der Beschwerde (act. G 3). Zur Begründung führte sie an, sie habe umfangreiche Abklärungen getätigt. Der Beschwerdeführer habe nachweislich aktenwidrige Angaben gemacht, was die Sachverhaltsabklärung erschwert habe. Das Reisebüro, mit dem der Beschwerdeführer jeweils gereist sei, habe keine Auskünfte erteilen können, weil es die Reiseunterlagen nur sehr kurze Zeit aufbewahre und dann vernichte; zudem würden Rückreisen häufig von einem Partnerunternehmen durchgeführt. Der zuständige



Sachbearbeiter des Sozialamtes habe zwischenzeitlich zwar bestätigt, dass der Beschwerdeführer häufiger, als gemäss den Akten anzunehmen wäre, vorgesprochen habe, aber diese Vorsprachen hätten oft direkt am Tag nach einer Rückreise oder am Tag vor einer Abreise ins Ausland stattgefunden, weshalb diese Termine die Annahme der Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführer habe sich mehrheitlich im Ausland aufgehalten, nicht umstiessen. Eine Neuberechnung ergebe für das Jahr 2014 ein Total von 138 Tagen im Ausland, für das Jahr 2015 ein Total von 185 Tagen im Ausland und für das Jahr 2016 ein Total von 42 Tagen im Ausland, wenn man zurückhaltend rechne. Die Karenzfrist sei also nicht gewahrt gewesen. Für das Einspracheverfahren bestehe mangels einer Erforderlichkeit einer Rechtsvertretung kein Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsverbeiständung.

**B.c.** Am 20. August 2018 wurde dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtsverbeiständung für das Beschwerdeverfahren bewilligt (act. G 4).

**B.d.** Der Beschwerdeführer liess am 19. September 2018 an seinen Anträgen festhalten (act. G 6). Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Duplik (act. G 8).

### Erwägungen

#### 1.

Der angefochtene Einspracheentscheid betrifft zwei voneinander unabhängige Gegenstände, nämlich einerseits das Begehren des Beschwerdeführers um die Zusprache einer Ergänzungsleistung und andererseits das Begehren des Beschwerdeführers um die unentgeltliche Rechtsverbeiständung für das Einspracheverfahren. Die Beschwerde betrifft beide Gegenstände, weshalb es sich dabei bei genauer Betrachtung eigentlich um zwei Beschwerden gegen zwei Einspracheentscheide handelt. Aus verfahrensökonomischen Gründen rechtfertigt es sich allerdings, die beiden Beschwerden gemeinsam zu behandeln und die beiden entsprechenden Entscheide in einem gemeinsamen Urteil zu eröffnen. Das bedeutet aber nicht, dass die Streitgegenstände dadurch zu einem Streitgegenstand „verschmelzen“ würden. Vielmehr bleiben sie voneinander unabhängig, sodass es den Parteien möglich ist, nur bezüglich des einen Streitgegenstandes eine Beschwerde an das Bundesgericht zu erheben. Dieser Eigenständigkeit der beiden Streitgegenstände wird soweit möglich mit einer entsprechenden Trennung der Erwägungen und des Dispositivs Rechnung getragen.



### 2.

**2.1.** Laut dem klaren Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 ELG haben Ausländer nur dann einen Anspruch auf Ergänzungsleistungen, wenn sie sich rechtmässig in der Schweiz aufhalten und wenn sie sich unmittelbar vor dem Zeitpunkt, ab dem die Ergänzungsleistung verlangt wird, während zehn Jahren ununterbrochen in der Schweiz aufgehalten haben. Zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Herkunftsland des Beschwerdeführers (Serbien) besteht kein Sozialversicherungsabkommen, das eine vom Art. 5 Abs. 1 ELG abweichende Regelung zur sogenannten Karenzfrist enthielte. Der Sinn und Zweck der Karenzfrist besteht offenkundig darin, jene Personen vom Bezug einer Ergänzungsleistung auszuschliessen, die zwar die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen des Art. 4 ELG erfüllen, aber keine intensive Bindung zur Schweiz aufweisen (vgl. Ralph Jöhl/ Patricia Usinger, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, Rz. 32). An sich müsste die Prüfung der Frage, ob eine ausreichende Affinität zur Schweiz vorliegt, anhand sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalles geprüft werden. Wohl aus Beweiserleichterungsgründen hat der Gesetzgeber sich aber gegen eine solche umfassende Prüfung des Einzelfalles entschieden und stattdessen ein weitgehend formalisiertes Kriterium aufgestellt, indem er entweder die Schweizer Staatsangehörigkeit oder aber einen ununterbrochenen Aufenthalt in der Schweiz vorausgesetzt hat, der unmittelbar vor der Anmeldung mindestens zehn Jahre andauert haben muss. Die hohe Hürde eines ununterbrochenen zehnjährigen Aufenthaltes in der Schweiz unmittelbar vor der Anmeldung zum Leistungsbezug, die nur von Ausländern gemeistert werden muss, dürfte das Gleichbehandlungsgebot verletzen und damit verfassungswidrig sein. Gemäss dem Art. 190 BV sind aber auch verfassungswidrige Bestimmungen eines Bundesgesetzes für die Gerichte und für die rechtsanwendenden Behörden verbindlich. In der Lehre ist für eine Auslegung des Art. 5 Abs. 1 ELG plädiert worden, die immerhin die schwerwiegendste Ungleichbehandlung beseitigen würde: „Wer sich bereits seit zehn Jahren oder mehr ununterbrochen in der Schweiz aufgehalten und damit eine ausreichende Affinität zur Schweiz entwickelt hat, der soll sich mit einem triftigen Grund bis zu einem Jahr im Ausland aufhalten können (...) In diesen Fällen ist der Begriff ‚unmittelbar‘ nicht wörtlich zu nehmen“ (Jöhl/Usinger, a.a.O., Rz. 33). Ausgehend vom Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 1 ELG (ausreichende Affinität zur Schweiz) und im Interesse einer möglichst verfassungskonformen Auslegung ist diese Auffassung zwar nachvollziehbar, aber der eindeutige Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 ELG, der die Erfüllung der Karenzfrist ohne jede Ausnahme *unmittelbar vor der Anmeldung zum Leistungsbezug* verlangt, schliesst eine



solche Interpretation aus, denn diese hätte zur Folge, dass dieser Teil des Art. 5 Abs. 1 ELG völlig ignoriert werden müsste. Bei der Anspruchsprüfung darf es also einzig darauf ankommen, ob sich ein EL-Ansprecher, der kein Schweizer Staatsangehöriger ist, in den zehn Jahren *vor dem Zeitpunkt, ab dem die Ergänzungsleistungen verlangt werden*, ununterbrochen in der Schweiz aufgehalten hat.

**2.2.** Der Beschwerdeführer hat geltend gemacht, da er seinen Wohnsitz in den zehn Jahren vor der Anmeldung zum Ergänzungsleistungsbezug hier in der Schweiz gehabt habe, habe die Beschwerdegegnerin die Folgen einer allfälligen objektiven Beweislosigkeit bezüglich der Frage nach einem wesentlichen Unterbruch des Aufenthaltes des Beschwerdeführers in der Schweiz zu tragen. Diese Argumentation ist aus mehreren Gründen nicht stichhaltig: Der Beschwerdeführer hat sich zwar zehn Jahre vor der Anmeldung zum Ergänzungsleistungsbezug beim Einwohneramt einer Schweizer Gemeinde an- und nachher nicht mehr abgemeldet. Damit hat er aber nur einen „formalen“ Wohnsitz in der Schweiz begründet. Der Nachweis eines solchen „formalen“ Wohnsitzes in der Schweiz vermag für sich allein den „echten“ Wohnsitz – den „Lebensmittelpunkt“ – nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu beweisen. Der Art. 5 Abs. 1 ELG fordert aber ohnehin nicht (nur) einen ununterbrochenen („echten“) Wohnsitz, sondern (auch) einen ununterbrochenen Aufenthalt in der Schweiz in den zehn der Anmeldung vorangegangenen Jahren. Beim ununterbrochenen Aufenthalt handelt es sich um ein anspruchsbegründendes Erfordernis. Eine allfällige objektive Beweislosigkeit hinsichtlich der Frage, ob dieses Erfordernis im konkreten Einzelfall erfüllt sei, muss sich folglich in einer lückenfüllenden analogen Anwendung des Art. 8 ZGB zulasten des Beschwerdeführers auswirken. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers existiert keine gesetzliche Grundlage, die eine Umkehr der Beweislastverteilung erlauben würde, wenn ein EL-Ansprecher nachgewiesen hat, dass er seinen („formalen“) Wohnsitz während des fraglichen Zeitraums in der Schweiz gehabt hat.

**2.3.** Die Beschwerdegegnerin hat fast alle in Frage kommenden Abklärungen getätigt, die für die Beantwortung der Frage massgebend sind, ob der Beschwerdeführer seinen gewöhnlichen Aufenthalt in den zehn Jahren vor der Anmeldung zum Leistungsbezug in der Schweiz gehabt hat: Sie hat die Reisepässe des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau zu den Akten genommen, sie hat eine Rückfrage beim angegebenen Reiseunternehmen getätigt und sie hat eine Amtsauskunft des zuständigen Sozialarbeiters eingeholt. Sie hat sogar eine Rückfrage an die Bank des Beschwerdeführers gerichtet, die allerdings wegen des Bankgeheimnisses nur ganz allgemein beantwortet werden können. Da unter anderem umstritten ist, ob



allenfalls die Ehefrau des Beschwerdeführers Bargeldbezüge von dessen Konto getätigt hat, hätte die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer noch anhalten sollen, die Vollmacht für den Zugriff auf sein Bankkonto einzureichen. Dieses Versäumnis bezüglich der Untersuchungspflicht (Art. 43 Abs. 1 ATSG) schadet allerdings nicht, denn die allermeisten Bargeldbezüge sind am Bancomat getätigt worden. Dafür ist keine Vollmacht erforderlich gewesen. Mit der Bankkarte und der PIN hätte jeder Verwandte oder Bekannte des Beschwerdeführers Geld für diesen abheben können. In der Zeit vom 1. Januar 2014 bis zum 15. November 2017 sind lediglich 41 Barauszahlungen an der Bankkasse erfolgt, was nur etwas mehr als durchschnittlich einer Auszahlung pro Monat entspricht (41 Auszahlungen in 34,5 Monaten entsprechen durchschnittlich aufgerundet 1,2 Auszahlungen pro Monat). Diesen wenigen persönlichen Bargeldbezügen kommt beweisrechtlich keine entscheidende Bedeutung zu. Zudem hätte der auf eine akribische Widerlegung möglichst vieler Annahmen der Beschwerdegegnerin bedachte Rechtsvertreter ganz gewiss auf eine fehlende Vollmacht der Ehefrau des Beschwerdeführers hingewiesen, wenn keine solche Vollmacht vorhanden gewesen wäre. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer seine Ehefrau bevollmächtigt hatte, Bargeldbezüge von seinem Bankkonto zu tätigen. Für die Beantwortung der Frage nach der Dauer der Auslandsaufenthalte des Beschwerdeführers sind die Bargeldbezüge also irrelevant, da sie entweder vom Beschwerdeführer selbst oder aber von dessen Ehefrau getätigt worden sein können und da sie folglich kein Beleg für eine Anwesenheit des Beschwerdeführers in der Schweiz sein können.

**2.4.** Der Reisepass des Beschwerdeführers enthält für die Zeit ab Mitte des Jahres 2010 Reisestempel. Aber erst die Stempelungen ab Mitte des Jahres 2011 enthalten (teilweise) einen Vermerk, der angibt, ob der Beschwerdeführer beim jeweiligen Grenzübertritt in den Schengen-Raum hinein oder aus dem Schengen-Raum hinaus gereist ist. Folglich können erst für die Zeit ab Mitte 2011 (etwas) zuverlässigere Annahmen darüber getroffen werden, ob sich der Beschwerdeführer im Zeitraum zwischen zwei Stempelungen in der Schweiz oder im Ausland aufgehalten hat. Doch auch so lässt sich noch nicht hinreichend sicher feststellen, wie lange der Auslandsaufenthalt jeweils gedauert hat. Für die Zeit ab Januar 2014 sind zusätzlich jene monatlichen Termine bekannt, bei denen der Beschwerdeführer persönlich auf dem Sozialamt vorgesprochen hat. Das erlaubt es, zumindest einen Teil der Auslandsaufenthalte mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu bestimmen: Der Reisepass des Beschwerdeführers belegt eine Einreise in den Schengen-Raum (und damit überwiegend wahrscheinlich auch eine Einreise in die Schweiz am selben Tag) am 7. Januar 2014. Der Beschwerdeführer hat



am 10. Januar 2014 persönlich auf dem Sozialamt vorgesprochen. Am 11. Januar 2014 ist der Beschwerdeführer aus dem Schengen-Raum ausgereist. Die nächste Stempelung datiert vom 9. Februar 2014; sie belegt eine Einreise in den Schengen-Raum. Am 10. Februar 2014 hat der Beschwerdeführer persönlich auf dem Sozialamt vorgesprochen. Am 12. Februar 2014 ist im Reisepass eine Ausreise aus dem Schengen-Raum festgehalten worden. Der nächste Stempel datiert vom 23. Februar 2014. Er zeigt keine Richtungsangabe. Am 7. März 2014 hat der Beschwerdeführer auf dem Sozialamt vorgesprochen. Der Reisepass des Beschwerdeführers enthält erst für den 6. April 2014 wieder einen Stempel; der Beschwerdeführer hat geltend gemacht, dieser zeige eine Einreise in den Schengen-Raum. Das passt zum Umstand, dass der Beschwerdeführer am 7. April 2014 persönlich auf dem Sozialamt vorgesprochen hat. Der nächste Stempel datiert vom 10. Mai 2014. Am 12. Mai 2014 hat der Beschwerdeführer auf dem Sozialamt vorgesprochen. Am 17. Mai 2014 ist er gemäss seinem Reisepass aus dem Schengen-Raum ausgereist. Am 9. Juni 2014 ist er wieder eingereist. Am 12. Juni 2014 hat er auf dem Sozialamt vorgesprochen. Am 14. Juni 2014 hat er den Schengen-Raum bereits wieder verlassen. Der nächste Stempel datiert vom 6. Juli 2014. Er enthält keine Richtungsangabe, dürfte aber eine Einreise in den Schengen-Raum belegen, denn am 7. Juli 2014 hat der Beschwerdeführer auf dem Sozialamt vorgesprochen. Dann fehlt offensichtlich ein Stempel, denn der nächste datiert erst vom 6. August 2014 und dieser belegt wieder eine Einreise in den Schengen-Raum, weshalb der Beschwerdeführer zwischen dem 7. Juli 2014 und dem 6. August 2014 aus der Schweiz ausgereist sein muss. Am 7. August 2014 hat der Beschwerdeführer auf dem Sozialamt vorgesprochen. Für die Zeit danach muss wieder ein Stempel fehlen, denn der nächste Stempel datiert vom 7. September 2014 und dieser Stempel muss angesichts des Umstandes, dass der Beschwerdeführer am 8. September 2014 auf dem Sozialamt vorgesprochen hat, wieder eine Einreise belegen. Am 13. September 2014 hat der Beschwerdeführer den Schengen-Raum wieder verlassen. Bei jener Stempelung ist zwar keine Richtungsangabe zu erkennen, aber es ist höchst unwahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer nach der Einreise am 7. September 2014 und nach der Vorsprache auf dem Sozialamt am 8. September 2014 die Schweiz gleich wieder verlassen hat, nur um dann schon am 13. September 2014 wieder einzureisen. Zudem müsste bei dieser Annahme noch ein weiterer Stempel für die Zeit nach dem 13. September 2014 fehlen, denn der nächste Eintrag im Reisepass, der vom 7. Oktober 2014 datiert, belegt eine Einreise in den Schengen-Raum. Am 9. Oktober 2014 hat der Beschwerdeführer auf dem Sozialamt vorgesprochen. Der nächste Stempel datiert vom 11. Oktober 2014. Er muss überwiegend wahrscheinlich eine Ausreise aus der Schweiz belegen. Der nächste Eintrag datiert vom 9. November 2014. Die Richtungsangabe ist nicht ganz eindeutig, scheint aber auf eine Einreise in



den Schengen-Raum hinzuweisen. Das würde zur Vorsprache auf dem Sozialamt am 10. November 2014 passen. Für die Zeit danach muss eine Stempelung fehlen, denn der nächste Stempel, der vom 7. Dezember 2014 datiert, belegt wieder eine Einreise in den Schengen-Raum. Am 10. Dezember 2014 hat der Beschwerdeführer auf dem Sozialamt vorgesprochen. Danach fehlt wieder ein Stempel, denn der nächste Eintrag im Reisepass, der vom 11. Januar 2015 datiert, belegt eine Einreise in die Schweiz. Ignoriert man vorerst jene Auslandsaufenthalte, bei denen das Einreise- oder das Ausreisedatum fehlt, zeigt sich, dass sich der Beschwerdeführer nur vom 7. Januar 2014 bis zum 11. Januar 2014 (Vorsprache beim Sozialamt am 10. Januar 2014), vom 9. Februar 2014 bis zum 12. Februar 2014 (Vorsprache beim Sozialamt am 10. Februar 2014), vom 10. Mai 2014 bis zum 17. Mai 2014 (Vorsprache beim Sozialamt am 12. Mai 2014), vom 9. Juni 2014 bis zum 14. Juni 2014 (Vorsprache beim Sozialamt am 12. Juni 2014), vom 7. September 2014 bis zum 13. September 2014 (Vorsprache beim Sozialamt am 8. September 2014) und vom 7. Oktober 2014 bis zum 11. Oktober 2014 (Vorsprache beim Sozialamt am 9. Oktober 2014) überwiegend wahrscheinlich in der Schweiz aufgehalten hat, also immer nur wenige Tage vor oder nach einer persönlichen Vorsprache beim Sozialamt. Auch die übrigen dokumentierten und entzifferbaren Stempelungen im Reisepass zeigen, dass der Beschwerdeführer jeweils unmittelbar vor oder nach einem Termin beim Sozialamt in die Schweiz eingereist oder aus der Schweiz ausgereist ist. Auch wenn einzelne Stempelungen fehlen, so muss doch vor dem Hintergrund des hinreichend dokumentierten Verhaltens des Beschwerdeführers in den oben erwähnten Zeiträumen davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer sich jeweils nur im Zusammenhang mit der monatlichen Vorsprache beim Sozialamt für wenige Tage hier in der Schweiz aufgehalten hat. Dieser Verdacht wird dadurch bestärkt, dass der Beschwerdeführer keinerlei Ausgaben für die Bestreitung des gewöhnlichen Lebensbedarfs in der Schweiz hat belegen können und dass er auch keine anderweitigen Beweise dafür hat erbringen können, dass er sich mehrheitlich hier in der Schweiz aufgehalten hätte. Zusammenfassend bestehen also erhebliche Zweifel daran, dass der Beschwerdeführer in der Zeit vor der Anmeldung zum Ergänzungsleistungsbezug seinen gewöhnlichen Aufenthalt und seinen („echten“) Wohnsitz hier in der Schweiz gehabt hat. Die Akten belegen allerdings weder einen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz noch einen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Von weiteren Abklärungen kann in antizipierender Beweiswürdigung kein wesentlicher Erkenntnisgewinn bezüglich der Frage nach dem gewöhnlichen Aufenthaltsort erwartet werden. Insbesondere würde eine Befragung des Beschwerdeführers oder der Ehefrau nicht zur Ermittlung des objektiven Sachverhalts beitragen, da beide ein erhebliches persönliches Interesse am Ergebnis des Beweisverfahrens haben und da der



Beschwerdeführer in der Vergangenheit bereits offensichtlich aktenwidrige Angaben zu seinem Reiseverhalten gemacht hat. Damit liegt bezüglich der Frage nach dem gewöhnlichen Aufenthaltsort des Beschwerdeführers in der Zeit unmittelbar vor der Anmeldung zum Ergänzungsleistungsbezug eine objektive Beweislosigkeit vor, deren Folgen der Beschwerdeführer zu tragen hat. Die Anspruchsvoraussetzung des Art. 5 Abs. 1 ELG ist damit nicht erfüllt, weshalb sich die Abweisung des Leistungsbegehrens als rechtmässig erweist. Die sich gegen diesen Gegenstand des angefochtenen Einspracheentscheides richtende Beschwerde ist folglich abzuweisen.

### 3.

Der Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsverteiständung für das Einspracheverfahren setzt gemäss dem Art. 37 Abs. 4 ATSG die Erforderlichkeit einer anwaltlichen Vertretung voraus. Diese Anspruchsvoraussetzung gilt rechtsprechungsgemäss als erfüllt, wenn sich komplexe sachverhaltliche oder rechtliche Fragen stellen (vgl. die Hinweise bei Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 37 N 40 und bei BSK ATSG-Betschart, Art. 37 N 49). Das ist hier nicht der Fall gewesen, denn das Einspracheverfahren hat sich nur um die rechtlich wenig anspruchsvolle Frage gedreht, ob der Beschwerdeführer seinen gewöhnlichen Aufenthalt in den zehn Jahren vor der Anmeldung zum Ergänzungsleistungsbezug in der Schweiz gehabt hat. In sachverhaltlicher Hinsicht hat der Beschwerdeführer dafür nur die entsprechenden Dokumente (Reisepass, Bankkontoauszüge) einreichen müssen. Eine anwaltliche Vertretung ist dazu nicht erforderlich gewesen, weshalb kein Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsverteiständung im Einspracheverfahren besteht. Auch die sich gegen den entsprechenden Teil des angefochtenen Einspracheentscheides richtende Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

### 4.

Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Der unterliegende Beschwerdeführer hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Zufolge der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverteiständung für das Beschwerdeverfahren hat der Staat dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers allerdings eine Entschädigung auszurichten, die 80 Prozent des erforderlichen Vertretungsaufwandes abdeckt (Art. 31 Abs. 3 AnwG). Der erforderliche Vertretungsaufwand ist als deutlich unterdurchschnittlich zu qualifizieren, weil sich das Beschwerdeverfahren auf zwei isolierte Rechtsfragen – gewöhnlicher Aufenthalt in der Schweiz unmittelbar vor der Anmeldung zum Leistungsbezug und unentgeltliche Rechtsverteiständung für das



Einspracheverfahren – beschränkt hat und weil in diesem Zusammenhang nur sehr wenige Akten haben studiert werden müssen. Die Entschädigung für die unentgeltliche Rechtsverbeiständung ist deshalb – dem jeweiligen Vertretungsaufwand gemäss – auf 80 Prozent von 1'500 Franken für den sich auf das Ergänzungsleistungsbegehren beziehenden Teil des Beschwerdeverfahrens (also auf 1'200 Franken) und auf 80 Prozent von 500 Franken für den sich auf das Begehren um eine unentgeltliche Rechtsverbeiständung für das Einspracheverfahren beziehenden Teil des Beschwerdeverfahrens (also auf 400 Franken) festzusetzen. Sollten es seine wirtschaftlichen Verhältnisse dereinst gestatten, wird der Beschwerdeführer zur Rückerstattung dieser Entschädigung von insgesamt 1'600 Franken verpflichtet werden können (Art. 99 Abs. 2 VRP i.V.m. Art. 123 ZPO).

### Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

**1.**

Die gegen den sich auf den Ergänzungsleistungsanspruch des Beschwerdeführers beziehenden Teil des Einspracheentscheides vom 15. Mai 2018 gerichtete Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die gegen den sich auf den Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsverbeiständung für das Einspracheverfahren beziehenden Teil des Einspracheentscheides vom 15. Mai 2018 gerichtete Beschwerde wird abgewiesen.

**3.**

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

**4.**

Der Staat hat den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers für den sich auf das Ergänzungsleistungsbegehren beziehenden Teil des Beschwerdeverfahrens mit 1'200 Franken (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.

**5.**

Der Staat hat den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers für den sich auf das Begehren um eine unentgeltliche Rechtsverbeiständung für das Einspracheverfahren



beziehenden Teil des Beschwerdeverfahrens mit 400 Franken (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.