



**Fall-Nr.:** EL 2019/29  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** EL - Ergänzungsleistungen  
**Publikationsdatum:** 21.06.2021  
**Entscheiddatum:** 27.11.2020

### **Entscheid Versicherungsgericht, 27.11.2020**

**Art. 5 Abs. 1 ELG. Art. 43 Abs. 1 ATSG. Art. 28 Abs. 1 ATSG. Art. 43 Abs. 3 ATSG. Karenzfrist. Dauernder Aufenthalt. Untersuchungsgrundsatz. Mitwirkungspflicht (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 27. November 2020, EL 2019/29).**

#### **Entscheid vom 27. November 2020**

Besetzung

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

Geschäftsnr.

EL 2019/29

Parteien

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

**Beschwerdeführer,**

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Denise Galbier, Obere Bahnhofstrasse 11,  
Postfach 253, 9501 Wil SG 1,

gegen



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

### **Beschwerdegegnerin,**

Gegenstand

### **Ergänzungsleistung zur AHV**

### **Sachverhalt**

#### **A.**

**A.a.** A.\_\_\_\_ meldete sich im September 2016 zum Bezug von Ergänzungsleistungen zu einer Altersrente der AHV an (act. G 5.1.14). Er gab an, er lebe seit dem Jahr 1982 in der Schweiz, besitze aber nicht das Schweizerbürgerrecht, sondern sei Staatsangehöriger von B.\_\_\_\_. Er lebe zusammen mit seiner Ehefrau von der Altersrente der AHV und einer kleinen Rente aus der beruflichen Vorsorge. Im Februar 2014 habe er eine Kapitalauszahlung von 122'071 Franken erhalten. Der aktuelle Vermögensstand liege bei 5'933 Franken. In der Regel befinde er sich nur zweimal pro Jahr für jeweils drei bis vier Wochen zu Besuchszwecken im Ausland; selten komme noch eine Woche hinzu, beispielsweise bei Todesfällen im Herkunftsland. Am 1. Dezember 2016 forderte die EL-Durchführungsstelle den EL-Ansprecher auf (act. G 5.1.12), die Steuerveranlagungsverfügungen für die Jahre 2013 und 2014 sowie die detaillierten Bankauszüge für die Jahre 2015 und 2016 einzureichen. Der EL-Ansprecher solle zudem angeben, was mit dem von der Vorsorgeeinrichtung ausbezahlten Kapital geschehen sei und ob ihm früher eine Liegenschaft in B.\_\_\_\_ gehört habe. Am 23. Dezember 2016 forderte die EL-Durchführungsstelle zusätzlich die Reisepässe des EL-Ansprechers und der Ehefrau an (act. G 5.1.11).

**A.b.** Gleichentags ging bei der EL-Durchführungsstelle die Antwort des EL-Ansprechers auf das Schreiben vom 1. Dezember 2016 ein (act. G 5.1.10). Der EL-Ansprecher machte geltend, er habe nie eine Liegenschaft in B.\_\_\_\_ besessen. Den Bankauszügen der Jahre 2015 und 2016 liess sich entnehmen, dass der EL-Ansprecher immer wieder grössere Summen Bargeld abgehoben hatte. Die Bezüge



waren mehrheitlich in der Schweiz, teilweise aber auch in B.\_\_\_\_ erfolgt, wobei die Bezüge in B.\_\_\_\_ betragsmässig deutlich geringer ausgefallen waren als jene in der Schweiz. Am 4. Januar 2017 reichte der EL-Ansprecher die Reisepässe ein (act. G 5.1.9). In einem Begleitschreiben gab er an, er habe sieben Kinder, von denen lediglich zwei in der Schweiz lebten und das erst seit etwa zehn Jahren. In der Vergangenheit habe er seine in B.\_\_\_\_ lebenden Kinder immer wieder finanziell unterstützen müssen („Ausbildung und Hochzeiten“). Dafür habe er Schulden bei Bekannten aufnehmen müssen. Bei seiner Pensionierung habe er sich sein Sparguthaben bei der beruflichen Vorsorge teilweise als Kapitalleistung auszahlen lassen, um diese Schulden zu begleichen. Dafür könne er keine Belege einreichen, weil es in seinem Land nicht üblich sei, dafür schriftliche Verträge aufzusetzen. Den Stempeln der Reisepässe liess sich entnehmen, dass der EL-Ansprecher und seine Ehefrau am 9. Januar 2010, am 4. April 2010, am 3. Juni 2010, am 17. Juli 2010, am 7. und am 21. August 2010, am 14. Oktober 2010, am 5. Januar 2011, am 2. April 2011, am 21. Mai 2011, am 16./17. Juli 2011, am 5. August 2011, am 28. September 2011, am 12. Oktober 2011, am 29. Dezember 2011, am 5. und am 25. April 2012, am 26. Juli 2012, am 20. August 2012, am 8. September 2012, am 17./18. Oktober 2012, am 1. und am 20. Dezember 2012, am 26. Januar 2013, am 1. und am 10. Februar 2013, am 16./17. März 2013, am 2. Mai 2013, am 13. Juli 2013, am 10./11. August 2013, am 31. Oktober 2013, am 30. November 2013, am 1. und am 7. Dezember 2013, am 19. und am 22. Januar 2014, am 15./16. Februar 2014, am 10. Mai 2014, am 17./18. und am 25. September 2014, am 30. November 2014, am 31. Dezember 2014, am 1. Januar 2015, am 9. April 2015, am 9. August 2015, am 15. Oktober 2015, am 14. Mai 2016, am 17. und am 31. Juli 2016, am 21. September 2016 sowie am 17. und am 27. November 2016 die Landesgrenzen überquert hatten.

**A.c.** Mit einer Verfügung vom 10. Juli 2017 wies die EL-Durchführungsstelle das Leistungsbegehren mit der Begründung ab (act. G 5.1.5), der EL-Ansprecher habe sich im Jahr 2016 während insgesamt mindestens 104 Tagen im Ausland aufgehalten, weshalb er die Karenzfrist nicht erfüllt habe. Die unvollständigen Stempel in den Reisepässen belegten zusammen mit den Daten der Bargeldbezüge im Ausland nämlich, dass sich der EL-Ansprecher zumindest vom 1. Januar bis zum 19. Januar 2016, vom 13. Februar bis zum 16. Februar 2016, vom 3. Mai bis zum 5. Mai 2016, vom



10. Mai bis zum 19. Juni 2016, vom 25. August bis zum 21. September 2016 und vom 13. Dezember bis zum 31. Dezember 2016 im Ausland aufgehalten haben müsse. Gegen diese Verfügung liess der nun anwaltlich vertretene EL-Ansprecher am 7. August 2017 eine Einsprache erheben (act. G 5.1.3). Seine Rechtsvertreterin beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Zusprache von Ergänzungsleistungen. Zur Begründung führte sie an (act. G 5.2.23), der Lebensmittelpunkt des EL-Ansprechers befinde sich eindeutig in der Schweiz. Vom 1. Januar bis zum 19. Januar 2016 habe er sich nicht im Ausland aufgehalten. Mehrere Zeugen könnten bestätigen, dass er in dieser Zeit hier in der Schweiz gewesen sei. Die beiden Bargeldbezüge im Ausland vom 2. Januar 2016 und vom 15. Januar 2016 seien vom Sohn getätigt worden, der über eine Generalvollmacht für das Bankkonto des EL-Ansprechers verfüge. Die Annahme der EL-Durchführungsstelle, der EL-Ansprecher habe sich im Februar 2016 zwei Tage im Ausland aufgehalten, weil am 13. Februar 2016 im Ausland Bargeld bezogen worden sei, sei „schlicht und einfach willkürlich“. Zutreffend sei dagegen, dass sich der EL-Ansprecher anfangs Mai 2016 über das Wochenende in Italien bei seiner Tochter aufgehalten habe. Entgegen der Ansicht der EL-Durchführungsstelle habe sich der EL-Ansprecher nicht bereits am 10. Mai 2016, sondern erst am 14. Mai 2016 für Ferien in sein Herkunftsland begeben, wie die Einträge in den Reisepässen zeigten. Der letzte Bargeldbezug im Ausland datiere vom 7. Juni 2016, weshalb „maximal“ von einem Auslandsaufenthalt in der Zeit vom 14. Mai 2016 bis zum 7. Juni 2016 auszugehen sei, was mit der Angabe des EL-Ansprechers im Anmeldeformular korrespondiere, er halte sich jeweils für drei bis vier Wochen in seinem Herkunftsland auf. Auch im September 2016 habe sich der EL-Ansprecher in seinem Herkunftsland aufgehalten, aber nicht so lange, wie die EL-Durchführungsstelle behauptet habe. Er sei am 21. September 2016 in die Schweiz zurückgekehrt, aber nicht bereits am 25. August 2016 ausgereist. Am 4. September 2016 habe er noch in der Schweiz Bargeld bezogen; der erste Auslandsbezug sei erst am 8. September 2016 erfolgt. Für den angeblichen Auslandsaufenthalt vom 13. Dezember bis zum 31. Dezember 2016 gebe es in den Akten keinen Anhaltspunkt. Auch im Jahr 2015 habe sich der EL-Ansprecher übrigens nicht mehr als 90 Tage im Ausland aufgehalten. Der Hausarzt des Versicherten bestätigte am 20. Dezember 2017, dass dieser sich am 22. und am 27. Dezember 2016 zu Konsultationen in seiner Praxis befunden habe (act. G 5.2.19). Mit einer Verfügung vom 1. März 2018 widerrief die EL-Durchführungsstelle die



angefochtene Verfügung vom 10. Juli 2017, um das Abklärungsverfahren – insbesondere betreffend die Erfüllung der Karenzfrist – weiter zu führen (act. G 5.2.17).

**A.d.** Am 6. März 2018 forderte die EL-Durchführungsstelle den EL-Ansprecher auf anzugeben (act. G 5.2.14), wann genau er sich ab Januar 2014 jeweils im Ausland aufgehalten habe, seit wann seine Söhne eine Bankvollmacht hätten, für welche Zwecke das Vorsorgekapital verwendet worden sei und weshalb der EL-Ansprecher keinen Mietzins bezahlt habe. Zudem würden die detaillierten Bankauszüge der Jahre 2013 und 2014 benötigt. Der EL-Ansprecher liess am 22. März 2018 geltend machen (act. G 5.2.12), die EL-Durchführungsstelle strapaziere die Mitwirkungspflicht über Gebühr. Die massgebenden Unterlagen befänden sich bereits bei den Akten; die verlangten Bankauszüge für die Jahre 2013 und 2014 lägen der Eingabe bei (vgl. act. G 5.2.13). Es bestehe kein Grund, die Angaben des EL-Ansprechers anzuzweifeln. An die genauen Reisedaten könne er sich beim besten Willen nicht mehr erinnern. Für das Jahr 2014 enthalte der Reisepass lediglich wenige Einträge, die einen Auslandsaufenthalt in der Zeit vom 19. Januar 2014 bis zum 16. Februar 2014 und einen in der Zeit vom 17. bis zum 25. September 2014 belegten. Den Bankauszügen lasse sich entnehmen, dass im Jahr 2014 praktisch keine Bezüge im Ausland erfolgt seien. Die Ehefrau besitze seit Mai 2008 eine Bankvollmacht. Einem der Söhne sei im Oktober 2010 eine Vollmacht erteilt worden, einem zweiten im März 2011. Die Vollmachten sollten Bankgeschäfte in Ausnahmesituationen ermöglichen, beispielsweise bei gesundheitlichen Problemen des EL-Ansprechers. Zum Konto gebe es nur eine Bankkarte, die nur in äussersten Ausnahmefällen aus der Hand gegeben werde. Beispielsweise sei die Karte einem der Söhne im Januar 2016 für einen längeren Aufenthalt im Herkunftsland übergeben worden. Die Verwendung des Vorsorgekapitals könne der EL-Ansprecher nicht mehr im Detail aufzeigen; das würde seine Mitwirkungspflicht ohnehin überstrapazieren. Der Hauptanteil der Kapitalauszahlung sei zur Begleichung von Schulden aus familiären Unterstützungspflichten verwendet worden. Etwa 50'000 Franken habe der EL-Ansprecher an seinen Schwager überwiesen, der allerdings mittlerweile verstorben sei. Dessen Sohn könne die Rückzahlungen jedoch bezeugen. Der EL-Ansprecher habe auch Beiträge von insgesamt rund 6'000 Franken an die AHV nachzahlen müssen. Zudem habe er das Vermögen zur Bestreitung des Lebensbedarfs anzehren müssen. Die



Kapitalauszahlung habe eine Kapitalsteuer von 6'500 Franken zur Folge gehabt, die mit dem Geld habe beglichen werden müssen. Für etwa 4'000 Franken habe sich der EL-Ansprecher eine neue Wohnungseinrichtung gegönnt. Schliesslich habe er sich noch ein Auto für 3'500 Franken gekauft. Den Mietzins habe der EL-Ansprecher mangels Geld nicht bezahlen können. Einer der Söhne habe deshalb jeweils den Mietzins bezahlen müssen, wie aus den vorhandenen Akten ersichtlich sei. Am 10. August 2018 erliess die EL-Durchführungsstelle eine weitere Verfügung, mit der sie das Leistungsbegehren erneut abwies (act. G 5.2.11). Zur Begründung führte sie aus, der EL-Ansprecher besitze entgegen seiner Angabe zwei Bankkarten, nämlich eine Kontokarte und eine Maestrokarte. Gemäss den Kontoauszügen habe er in aller Regel die Kontokarte für Barbezüge verwendet. Im Dezember 2016 habe er die Maestrokarte benutzt. Es entspreche nicht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass eine Person zwei Bankkarten auf sich trage und diese je nach Lust und Laune einsetze. Die beiden Karten müssten folglich zwei verschiedene Besitzer haben. Weil der EL-Ansprecher angegeben habe, dass er die Bankkarte nur in Ausnahmefällen aus der Hand gegeben habe, müsse davon ausgegangen werden, dass sich die Maestrokarte die meiste Zeit in seinem Besitz befunden habe. Die allermeisten Bankbezüge seien aber mit der anderen Karte und folglich nicht vom EL-Ansprecher getätigt worden. „Dadurch decken sich auch die Passeinträge mit den Maestroabhebungen in der Schweiz und im Ausland“. Deshalb müsse davon ausgegangen werden, dass sich der EL-Ansprecher im Jahr 2016 während wesentlich mehr als 90 Tagen im Ausland aufgehalten habe. Im Übrigen habe der Sohn selbst dann den Mietzins bezahlt, als sich vorübergehend über 100'000 Franken auf dem Bankkonto des EL-Ansprechers befunden hätten (März bis Mai 2014), weshalb die Angabe des EL-Ansprechers, der Sohn habe den Mietzins wegen der finanziellen Notlage übernommen, unglaubwürdig sei. Wesentlich wahrscheinlicher sei, dass der EL-Ansprecher im Ausland gelebt habe, während sein Sohn die Wohnung in der Schweiz für sich benutzt habe.

**A.e.** Am 6. September 2018 liess der EL-Ansprecher eine Einsprache gegen die Verfügung vom 10. August 2018 erheben (act. G 5.2.9). Seine Rechtsvertreterin beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Zusprache von Ergänzungsleistungen. Zur Begründung führte sie an, die „schmale und teilweise schlicht aus der Luft gegriffene Begründung“ der EL-Durchführungsstelle lege „nicht



ansatzweise“ die Nichteinhaltung der Karenzfrist dar. Obwohl es eigentlich nicht seine, sondern die Aufgabe der Beschwerdegegnerin gewesen sei, den Sachverhalt abzuklären, habe der EL-Ansprecher bereits hinreichend belegt, dass er sich im Jahr 2016 höchstens 47 Tage im Ausland aufgehalten habe. Die EL-Durchführungsstelle sei „in keinster Art und Weise“ auf die Eingaben des EL-Ansprechers eingegangen. Die Begründung der angefochtenen Verfügung ziele ins Leere. Es sei völlig üblich, dass eine Person zwei Bankkarten besitze und diese nach Belieben einsetze. Bezüglich der Mietzinszahlungen erweckten die „Verwirrung stiftenden Mutmassungen“ der Beschwerdegegnerin den Eindruck, beim EL-Ansprecher handle es sich um einen „Kriminellen, dessen Machenschaften man nun durchschaut hätte“. Für eine solche Annahme gebe es aber keine Anhaltspunkte. Der EL-Ansprecher habe sich einen Teil seines Sparguthabens nur deshalb als Kapital auszahlen lassen, weil er gezwungen gewesen sei, Schulden zu begleichen. Deshalb habe sich dieses Kapital dann auch nur sehr kurz auf seinem Konto befunden. Trotz des vorübergehend hohen Kontostandes sei der EL-Ansprecher nicht in der Lage gewesen, den Mietzins zu bezahlen. Damals habe der Sohn übrigens noch in der elterlichen Wohnung gelebt. Am 31. Januar 2019 forderte die EL-Durchführungsstelle den EL-Ansprecher auf (act. G 5.2.5), die Auszahlungsquittungen für die Bargeldbezüge vom 25. Januar 2016, vom 4. März 2016, vom 24. August 2016, vom 24. Oktober 2016 und vom 2. Dezember 2016 einzureichen. Sie wies darauf hin, dass es sich wohl von selbst verstehe, dass die Unterschrift auf den Quittungen ersichtlich sein müsse. Der EL-Ansprecher reichte die verlangten Quittungen am 6. Februar 2019 ein (act. G 5.2.4). Abgesehen von der Quittung für den Geldbezug vom 24. August 2016 wiesen alle Quittungen eine der Unterschrift des EL-Ansprechers gleichende Unterschrift aus. Der EL-Ansprecher liess geltend machen, das Vorgehen der EL-Durchführungsstelle sei äusserst befremdlich. Mit den nun eingereichten Unterlagen sei das ungerechtfertigte Misstrauen der EL-Durchführungsstelle nun „hoffentlich und endlich“ beseitigt. Ein Sachbearbeiter der EL-Durchführungsstelle notierte am 13. März 2019, die Unterschrift auf den Auszahlungsbelegen entspreche nicht der Unterschrift des EL-Ansprechers (act. G 5.2.3). Mit einem Entscheid vom 1. April 2019 wies die EL-Durchführungsstelle die Einsprache gegen die Verfügung vom 10. August 2018 ab (act. G 5.2.2). Zur Begründung führte sie aus, der EL-Ansprecher habe teilweise widersprüchliche und wahrheitswidrige Aussagen gemacht. So sei nicht nachvollziehbar, weshalb er die



Existenz einer zweiten Bankkarte verschwiegen habe. Unter den vorliegenden Umständen müsse eine solche Intransparenz als ein negatives Indiz betreffend die Erfüllung der Karenzfrist gewertet werden. Angesichts der konkreten Anhaltspunkte für länger dauernde Auslandsaufenthalte müsse sich die letztlich verbleibende Beweislosigkeit zu Ungunsten des EL-Ansprechers auswirken, weshalb sein Leistungsbegehren zu Recht abgewiesen worden sei.

### **B.**

**B.a.** Am 17. Mai 2019 liess der EL-Ansprecher (nachfolgend: der Beschwerdeführer) eine Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 1. April 2019 erheben (act. G 1). Seine Rechtsvertreterin beantragte die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides und die Rückweisung der Sache an die EL-Durchführungsstelle (nachfolgend: die Beschwerdegegnerin) zur Berechnung des Ergänzungsleistungsanspruchs. Zur Begründung führte sie an, die Beschwerdegegnerin habe im angefochtenen Einspracheentscheid „gänzlich unbegründet“ festgehalten, dass die Karenzfrist im Jahr 2016 überwiegend wahrscheinlich unterbrochen worden sei. Der Einspracheentscheid sei „unzutreffend und unter klaren Verletzungen in der Sachverhaltsfeststellung und der Beweiswürdigung sowie der Verkennung des Untersuchungsgrundsatzes und der Mitwirkungspflichten“ ergangen. Die „schmale und teilweise schlicht aus der Luft gegriffene Begründung“ beschränke sich auf „blosse, durch keinerlei Fakten gestützte Behauptungen“, die teilweise „sogar mehrfach durch die Akten widerlegt“ worden seien.

**B.b.** Die Beschwerdegegnerin beantragte am 18. Juni 2019 unter Hinweis auf die Erwägungen des angefochtenen Einspracheentscheides die Abweisung der Beschwerde (act. G 5).

**B.c.** Der Beschwerdeführer verzichtete auf eine Replik (act. G 7).

### **Erwägungen**

#### **1.**

Da dieses Beschwerdeverfahren die Überprüfung des angefochtenen Einsprache-



entscheidet auf seine Rechtmässigkeit bezweckt, muss sein Gegenstand jenem des Einspracheverfahrens entsprechen. Bei jenem hat es sich um ein („echtes“) Rechtsmittelverfahren gehandelt; sein Zweck hat sich also auf die Überprüfung der Verfügung vom 10. August 2018 beschränkt. Folglich hat der Gegenstand des Einspracheverfahrens jenem des vorangegangenen Verwaltungsverfahrens entsprechen müssen. Dieses hatte die Prüfung eines erstmaligen Begehrens um die Zusprache einer Ergänzungsleistung zum Gegenstand gehabt. Im Verwaltungsverfahren und damit auch im anschliessenden Einspracheverfahren hat also umfassend geprüft werden müssen, ob sämtliche Anspruchsvoraussetzungen zum Bezug einer Ergänzungsleistung erfüllt gewesen sind; bei einer Bejahung dieser Frage wären auch sämtliche Berechnungspositionen zu prüfen gewesen. Folglich muss auch in diesem Beschwerdeverfahren umfassend geprüft werden, ob der Beschwerdeführer im hier massgebenden Zeitraum ab September 2016 die Anspruchsvoraussetzungen zum Bezug einer Ergänzungsleistung erfüllt hat.

## 2.

**2.1.** Laut dem Art. 5 Abs. 1 ELG haben ausländische Staatsangehörige nur dann einen Anspruch auf eine Ergänzungsleistung, 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. Da die Schweiz mit B.\_\_\_\_ kein Sozialversicherungsabkommen geschlossen hat, das eine davon abweichende Regelung enthalten würde, hat der Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Ergänzungsleistung ab September 2016 einen ununterbrochenen Aufenthalt des Beschwerdeführers in der Schweiz während der im Art. 5 Abs. 1 ELG geregelten Karenzfrist, das heisst im Zeitraum von September 2006 bis und mit August 2016 vorausgesetzt. Im Schrifttum (vgl. Ralph Jöhl/Patricia Usinger, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, Rz. 32) und in der Rechtsprechung (vgl. etwa den Entscheid EL 2018/42 des St. Galler Versicherungsgerichtes vom 19. Juni 2020) ist bislang davon ausgegangen worden, dass der Sinn und Zweck der Karenzfrist darin bestehe, jene Personen vom Bezug einer Ergänzungsleistung auszuschliessen, die zwar die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen des Art. 4 ELG erfüllen, aber keine intensive Bindung respektive keine besondere „Affinität“ zur Schweiz aufweisen. Diese Interpretation des Art. 5 Abs. 1 ELG hält einer kritischen Würdigung nicht stand, denn dem Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, dass er den Anspruch auf eine Ergänzungsleistung, also auf eine Versicherungsleistung, von einer kaum objektiv



fassbaren inneren Einstellung der Anspruchssteller zur Schweiz hat abhängig machen wollen. Wenn tatsächlich die Affinität eines EL-Ansprechers zur Schweiz massgebend wäre, dann müssten wohl teilweise selbst sehr lange dauernde Auslandsaufenthalte ohne Einfluss auf die Erfüllung der Karenzfrist bleiben. Wenn der EL-Ansprecher nämlich nachweisen könnte, dass seine Affinität zur Schweiz noch immer vorhanden und „ausreichend intensiv“ ist, dürfte ihm eine Ergänzungsleistung nicht gestützt auf den Art. 5 Abs. 1 ELG verweigert werden, was aber augenscheinlich zu einem vom Gesetzgeber unerwünschten Ergebnis führen würde. Aus versicherungsrechtlicher Sicht muss es sich bei der Karenzfrist um einen Vorbehalt handeln, der verhindern soll, dass jeder im Sinne des Art. 4 anspruchsberechtigte ausländische EL-Ansprecher unabhängig davon, wie lange er sich bereits in der Schweiz aufhält, eine Ergänzungsleistung erhält. Dieser Vorbehalt kann mit einem Vorbehalt im Rahmen der überobligatorischen beruflichen Vorsorge verglichen werden, der während eines bestimmten Zeitraums eine Leistungspflicht der Vorsorgeeinrichtung beispielsweise für die Folgen bestimmter Krankheiten ausschliesst (vgl. Art. 331c OR). Nur Personen, die die „Wartefrist“ des Art. 5 Abs. 1 ELG als zusätzliche Anspruchsvoraussetzung bestanden haben und bei denen deshalb dieser Vorbehalt entfallen ist, sollen eine Ergänzungsleistung beziehen können. Die Karenzfrist zielt also nicht auf eine Beweiserleichterung bezüglich der kaum nachzuweisenden Affinität zur Schweiz ab, sondern sie stellt vielmehr eine objektive Hürde dar, die von ausländischen Staatsangehörigen zusätzlich zu den Anspruchsvoraussetzungen des Art. 4 ELG zu meistern ist. Der Umstand, dass diese zusätzliche Hürde nur von ausländischen Staatsangehörigen gemeistert werden muss, dürfte wohl 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.

**2.2.** Der klare Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 ELG, der die Erfüllung der Karenzfrist ohne jede Ausnahme *unmittelbar vor der Anmeldung zum Leistungsbezug* verlangt, schliesst die im Schrifttum (Jöhl/Usinger, a.a.O., Rz. 33) vertretene Interpretation aus, wonach der Begriff „unmittelbar“ nicht wörtlich zu nehmen sei, denn diese Auslegung 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. Die Karenzfrist kann also nicht „auf Vorrat“ erfüllt werden. Das bedeutet unter anderem auch, dass die Erfüllung der Karenzfrist bei jedem Leistungsbegehren neu für die unmittelbar der aktuellen Anmeldung vorangehende Zeit



zu prüfen ist. Der Art. 5 Abs. 1 ELG lässt den „Lebensmittelpunkt“ in der Schweiz nicht genügen, sondern er fordert einen *ununterbrochenen Aufenthalt* in der Schweiz in den zehn Jahren vor der Anmeldung zum Leistungsbezug. Würde man den Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 ELG auch in Bezug auf das Wort „ununterbrochen“ als klar betrachten, müsste jedes Verlassen der Schweiz, auch nur für wenige Stunden oder sogar Minuten, den Lauf der Karenzfrist unterbrechen, sodass die zehnjährige Frist wieder von Neuem zu laufen begäme. Die EL-Ansprecher wären also gezwungen, sich selbst in der Schweiz „einzusperren“, und zwar bereits zu einer Zeit, in der sie noch gar nicht wissen könnten, dass sie einmal in die Lage kommen würden, ihren Existenzbedarf nur noch dank Ergänzungsleistungen decken zu können. Das Erfordernis eines absolut ununterbrochenen zehnjährigen Aufenthaltes in der Schweiz unmittelbar vor der Anmeldung zum Bezug von Ergänzungsleistungen schiesst also offensichtlich weit über das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel hinaus, ausländische Staatsangehörige im Sinne eines Versicherungsvorbehaltes während der ersten zehn Jahre, in denen sie in der Schweiz leben, vom Bezug von Ergänzungsleistungen auszuschliessen. Das Wort „ununterbrochen“ kann deshalb nicht den wahren Willen des Gesetzgebers wiedergeben. Die teleologische Interpretation des Art. 5 Abs. 1 ELG zwingt zu einer Abweichung vom an sich klaren Wortlaut. Für die Auslegung muss entscheidend sein, dass mit dem massgebenden Aufenthalt in der Schweiz während der Karenzfrist der effektive Aufenthalt gemeint ist, der „nach dem Willen der versicherten Person während einer gewissen Zeit aufrechterhalten bleiben soll“ (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 4. Aufl. 2020, Art. 13 N 27). Der gewöhnliche Aufenthaltsort wird offensichtlich nicht ins Ausland verlegt, wenn sich die betreffende Person für einige Stunden ins Ausland begibt, um dort einzukaufen, wenn sie einige Tage im Ausland verbringt, um Verwandte oder Bekannte zu besuchen, oder wenn sie zwei oder drei Wochen im Ausland Ferien macht. Das ist in der Verwaltungspraxis, in der Rechtsprechung und im Schrifttum schon längst erkannt worden. Die sich an der bundesgerichtlichen Auffassung orientierenden Verwaltungsweisungen sehen vor (vgl. Rz. 2440.01 ff. der Wegleitung über die Ergänzungsleistungen), dass ein Leistungsbegehren (erst dann) abzuweisen sei, wenn sich ein EL-Ansprecher ohne einen triftigen oder zwingenden Grund während eines Kalenderjahres mehr als drei Monate oder 92 Tage im Ausland aufgehalten habe. Als triftige Gründe kämen nur berufliche Zwecke oder eine Ausbildung in Frage; als zwingende Gründe gälten nur gesundheitliche Gründe oder andere Formen höherer Gewalt, die eine Rückkehr in die Schweiz verunmöglichten. Anders als beim Erfordernis der Erfüllung der Karenzfrist *unmittelbar* vor dem möglichen Anspruchsbeginn wird das Wort „ununterbrochen“ durch die Abweichung von seinem engsten Begriffskern nicht zum toten Buchstaben, denn dem entsprechenden Anliegen des Gesetzgebers wird in



einer dem Sinn und Zweck der Karenzfrist Rechnung tragenden Interpretation vollumfänglich nachgekommen.

**2.3.** Damit bleibt die Frage zu beantworten, wie die Abgrenzung zwischen den irrelevanten und den einen Anspruch auf eine Ergänzungsleistung ausschliessenden Auslandsaufenthalten vorzunehmen ist respektive ob die Aufsichtsbehörde in ihrer Wegleitung über die Ergänzungsleistungen (WEL) die richtige Interpretation des Art. 5 Abs. 1 ELG vorgegeben hat. Die in der WEL enthaltene Vorgabe, dass allein anhand der Anzahl von Tagen, die ein EL-Ansprecher während eines gewissen Zeitraums (92 Tage am Stück oder 92 Tage in einem Jahr) im Ausland verbracht hat, zu beurteilen sei, ob die Karenzfrist des Art. 5 Abs. 1 ELG erfüllt worden sei, kann lediglich für sich in Anspruch nehmen, dass sie eine einfache Methode zur Beantwortung der Frage ist, ob ein EL-Ansprecher seinen gewöhnlichen Aufenthalt ins Ausland verlegt habe. Davon abgesehen sind keine überzeugenden Gründe ersichtlich, die für die Richtigkeit dieser Interpretation sprechen würden. So lässt sich weder in der WEL noch in den entsprechenden Bundesgerichtsentscheiden eine Begründung dafür finden, dass die massgebende Anzahl an Tagen mit Auslandsaufenthalt gerade auf drei Monate respektive 92 Tage am Stück beziehungsweise auf 92 Tage pro Kalenderjahr festgesetzt worden ist. Genauso gut hätte man die Anzahl auf einen Tag pro Woche respektive auf 52 oder 53 Tage pro Jahr, auf den üblichen Ferienanspruch eines Arbeitnehmers von vier bis sechs Wochen pro Jahr oder aber auf eine andere, letztlich aus der Luft gegriffene Zahl festlegen können. Die in der WEL vorgegebene starre Regelung, wonach ab einer bestimmten Anzahl von Tagen, an denen sich ein EL-Ansprecher im Ausland aufgehalten habe, die Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltsortes ins Ausland fingiert werden müsse, lässt sich nicht überzeugend rechtfertigen, sondern nur mit Beweiserleichterungsüberlegungen erklären. Zwar kann die Anzahl der Tage, die ein EL-Ansprecher im Ausland verbracht hat, eines von mehreren Indizien sein, die für oder gegen einen (andauernden) gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz sprechen, aber es besteht offensichtlich kein zwingender und direkter Zusammenhang zwischen der Anzahl der Tage mit Auslandsaufenthalt und dem Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes. Bei genauer Betrachtung ist es nicht die Dauer eines Auslandsaufenthaltes, sondern der Grund oder der Zweck eines Auslandsaufenthaltes, der darüber entscheidet, ob ein EL-Ansprecher seinen gewöhnlichen Aufenthalt ins Ausland verlegt hat. Im konkreten Einzelfall mag es zwar schwierig oder sogar unmöglich sein, den eigentlichen Grund oder Zweck eines Auslandsaufenthaltes zu ermitteln, aber in der weit überwiegenden Zahl der Auslandsaufenthalte von EL-Ansprechern werden es die konkreten Umstände erlauben festzustellen, ob es sich dabei um eine Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltes ins



Ausland gehandelt hat. Die Dauer eines Auslandsaufenthaltes kann dabei durchaus ein Indiz, aber offensichtlich nicht das allein massgebende Kriterium sein. Vielmehr sind auch alle anderen Indizien zu prüfen, wozu beispielsweise familiäre und verwandtschaftliche Beziehungen in der Schweiz und im Herkunftsland, die Wohnsituation in der Schweiz und im Herkunftsland oder eine Vereinsmitgliedschaft in der Schweiz und im Herkunftsland gehören können. Im Übrigen gehen auch das Bundesgericht und die Aufsichtsbehörde mit aller Selbstverständlichkeit davon aus, dass die Dauer eines Auslandsaufenthaltes für sich allein nicht in jedem Fall massgebend sein kann, denn die sich auf die bundesgerichtliche Auffassung stützenden Verwaltungsweisungen erlauben die Zusprache einer Ergänzungsleistung selbst dann, wenn sich ein EL-Ansprecher während mehr als 92 Tagen am Stück oder während mehr als 92 Tagen pro Kalenderjahr im Ausland aufgehalten hat. Das soll dann der Fall sein, wenn triftige oder zwingende Gründe für den längeren Auslandsaufenthalt vorliegen. Die Verwaltungsweisungen tragen dem Sinn und Zweck der massgebenden Gesetzesbestimmung also teilweise, aber nicht konsequent Rechnung.

**2.4.** Die Akten enthalten verschiedene Hinweise darauf, dass der Beschwerdeführer sich in den zehn der Anmeldung zum Leistungsbezug vorangehenden Jahren nicht ununterbrochen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 ELG in der Schweiz aufgehalten haben könnte: Die ab dem Jahr 2010 gültigen beiden Reisepässe der Eheleute weisen trotz der offensichtlichen Unvollständigkeit der Stempelungen für die Jahre 2010–2015 je zwischen fünf und zehn Grenzübertritte aus; der Beschwerdeführer hat auch immer wieder in B.\_\_\_\_ Bargeld bezogen; gemäss seinen Angaben leben fünf seiner sieben Kindern in B.\_\_\_\_; einen wesentlichen Teil seines teilweise als Kapital bezogenen Sparguthabens der beruflichen Vorsorge hat der Beschwerdeführer seinen – nicht belegten – Aussagen zufolge in sein Herkunftsland transferiert, angeblich um damit Schulden zu tilgen. Da die Einträge in den Reisepässen unvollständig sind, da keine Belege zur angeblichen Schuldentilgung existieren, da der Mietzins für die gemäss dem Mietvertrag vom Beschwerdeführer gemietete Wohnung mehrheitlich vom Sohn des Beschwerdeführers bezahlt worden ist und da nicht bekannt ist, wer jeweils Bargeld im Ausland und in der Schweiz bezogen hat, weil der Beschwerdeführer seiner Ehefrau und seinen Söhnen Vollmachten auf sein Bankkonto eingeräumt hat und weil er angegeben hat, dass nicht alle Geldbezüge von ihm selbst getätigt worden seien, vermögen die Akten weder einen ununterbrochenen Aufenthalt des Beschwerdeführers in der Schweiz im Sinne des Art. 5 Abs. 1 ELG während der Karenzfrist noch eine Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltsortes ins Ausland mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu belegen. Die



Beschwerdegegnerin hat versucht, die Unsicherheit bezüglich des massgebenden Sachverhaltes mit einer Würdigung der ihr vorliegenden Beweismittel zu überwinden, aber ihre Beweiswürdigung steht auf wackligen Füßen, denn es ist entgegen der Annahme der Beschwerdegegnerin nicht ausgeschlossen, dass der Beschwerdeführer seine beiden Bankkarten abwechselnd für Geldbezüge verwendet hat. Die Annahme der Beschwerdegegnerin, die beiden Karten seien aufgrund des „Einsatzmusters“ überwiegend wahrscheinlich von zwei verschiedenen Personen benutzt worden, vermag deshalb nicht zu überzeugen. Damit steht nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit fest, wo der Beschwerdeführer während der Dauer der Karenzfrist seinen gewöhnlichen Aufenthalt gehabt hat. Die Beschwerdegegnerin hätte weitere Abklärungen vornehmen müssen. Der angefochtene Einspracheentscheid ist deshalb in Verletzung der Untersuchungspflicht (Art. 43 Abs. 1 ATSG) ergangen; er muss aufgehoben werden.

**2.5.** Mit Blick auf die Fortsetzung des Verwaltungsverfahrens respektive der Sachverhaltsabklärung ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer offenbar ein falsches Verständnis von seiner Mitwirkungspflicht bei der Sachverhaltsabklärung (Art. 28 ATSG) hat. Zwar trifft es zu, dass die Sachverhaltsabklärung im Sozialversicherungsverfahren von der Untersuchungspflicht der Verwaltung beherrscht wird, aber diese Untersuchungspflicht muss selbstverständlich durch eine Mitwirkungspflicht der versicherten Person ergänzt sein, da bestimmte Abklärungen ohne die Mitwirkung der versicherten Person gar nicht möglich sind. Ohne die Mitwirkung des Beschwerdeführers hätte die Beschwerdegegnerin beispielsweise weder Belege über die Reisedaten noch Belege über Geldbezüge zu den Akten nehmen können, weil nur der Beschwerdeführer selbst seinen Reisepass hat herausgeben können und weil die Bank ohne die Zustimmung des Beschwerdeführers keine Auskünfte erteilt hätte. Der vom Beschwerdeführer bereits während des Verwaltungsverfahrens mehrfach vorgebrachte Hinweis, die Beschwerdegegnerin würde seine Mitwirkungspflicht überstrapazieren, trifft deshalb offensichtlich nicht zu. Angesichts der trotz der intensiven Bemühungen der Beschwerdegegnerin weiterhin verbleibenden Sachverhaltsunsicherheit muss vielmehr davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdegegnerin die Mitwirkungspflicht des Beschwerdeführers noch nicht ausreichend in Anspruch genommen hat. Die Parteien haben in diesem Zusammenhang augenscheinlich auch übersehen, dass es der Art. 43 Abs. 3 ATSG der Beschwerdegegnerin erlaubt, den Beschwerdeführer mit einem Druckmittel zur Erfüllung seiner Mitwirkungspflicht anzuhalten, nämlich mit der Androhung, dass sie bei einer Verletzung der ihm zumutbaren Mitwirkungspflicht sein Leistungsbegehren nicht weiter behandeln werde.



**2.6.** Der Beschwerdeführer hat behauptet, dass die Geldbezüge von seinem Bankkonto teilweise durch seine Angehörigen erfolgt seien. Bislang hat er aber nicht detailliert dargelegt, wer welchen Bezug getätigt hat. Die entsprechende Konkretisierung der Angaben des Beschwerdeführers könnte einen wesentlichen Erkenntnisgewinn bezüglich des Aufenthaltsortes des Beschwerdeführers in den der Anmeldung vorangegangenen Jahren verschaffen. Ohne diese Konkretisierung dürfte es kaum möglich sein, den massgebenden Sachverhalt mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu erstellen. Nur der Beschwerdeführer selbst ist in der Lage, die entsprechenden Details zu liefern. Die Beschwerdegegnerin wird ihn deshalb im wieder aufzunehmenden Verwaltungsverfahren auffordern, für jeden Geldbezug anzugeben, von wem dieser getätigt worden ist. Nötigenfalls wird sie Gebrauch vom im Art. 43 Abs. 3 ATSG vorgesehenen Druckmittel machen. Auch die Antwort auf die Frage, ob die Wohnung, die formal vom Beschwerdeführer gemietet worden ist, für die aber offenbar regelmässig der Sohn des Beschwerdeführers den Mietzins bezahlt hat, effektiv vom Beschwerdeführer bewohnt worden ist, dürfte zur Klärung des massgebenden Sachverhalts beitragen. Diesbezüglich dürften als zusätzliche Abklärungsmassnahmen insbesondere Zeugenbefragungen – etwa der Nachbarn des Beschwerdeführers oder des Hauswartes – in Betracht fallen. Die Beschwerdegegnerin wird zu prüfen haben, ob allenfalls darüber hinaus noch weitere Abklärungen notwendig und erfolgversprechend sind. Jedenfalls wird sie so lange nicht definitiv über das Leistungsbegehren des Beschwerdeführers verfügen können, als der Sachverhalt noch nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit feststeht oder als dem Untersuchungsgrundsatz noch nicht vollumfänglich Rechnung getragen ist.

### 3.

Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Die Rückweisung einer Sache zur weiteren Abklärung gilt rechtsprechungsgemäss hinsichtlich der Entschädigungsfolgen als ein vollständiges Obsiegen der beschwerdeführenden Partei. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer deshalb eine Parteientschädigung auszurichten. Weil nicht eine umfangreiche Anspruchsberechnung mit verschiedenen Ausgaben- und Einnahmenpositionen, sondern nur die Erfüllung der Karenzfrist als einer Grundvoraussetzung eines allfälligen EL-Anspruchs umstritten gewesen ist, erweist sich der erforderliche Vertretungsaufwand als deutlich unterdurchschnittlich. Damit erscheint eine Parteientschädigung von 2'000 Franken (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen.

## Entscheid



im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

**1.**

Der angefochtene Einspracheentscheid vom 1. April 2019 wird aufgehoben und die Sache wird zur Fortsetzung des Verwaltungsverfahrens im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.

**2.**

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

**3.**

Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführer mit 2'000 Franken zu entschädigen.