



Fall-Nr.: EL 2018/42
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: EL - Ergänzungsleistungen
Publikationsdatum: 07.10.2020
Entscheiddatum: 19.06.2020

Entscheid Versicherungsgericht, 19.06.2020

Art. 5 Abs. 1 ELG. Ergänzungsleistung. Karenzfrist. Ununterbrochener Aufenthalt in der Schweiz in den zehn Jahren unmittelbar vor der Anmeldung zum Leistungsbezug. Massgebende Kriterien für die Unterscheidung zwischen relevanten, aufenthaltsunterbrechenden und irrelevanten, die Karenzfrist nicht unterbrechenden Auslandsaufenthalten (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 19. Juni 2020, EL 2018/42).

Entscheid vom 19. Juni 2020

Besetzung

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

Geschäftsnr.

EL 2018/42

Parteien

A.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Mark A. Glavas, MLaw, Advokatur Glavas AG,
Dorfstrasse 33, 9313 Muolen,

gegen



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

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Ergänzungsleistung zur IV

Sachverhalt

A.

A.a. A.____ und B.____, beide Staatsbürger von C.____, meldeten sich im August 2017 – separat, mit Hinweis auf ein freiwilliges tatsächliches Getrenntleben seit dem 1. Januar 2012 – zum Bezug von Ergänzungsleistungen an (act. G 5.1.22 und act. G 5.2.25). Sie gaben an, dass sie seit März 1991 in der Schweiz lebten. Im Beiblatt Nr. 5 betreffend Auslandsaufenthalte gaben sie beide an: „Ich habe kein Geld für Auslandsaufenthalte“ (act. G 5.1.22–11 und act. G 5.2.25–12). Der von den EL-Ansprechern eingereichte, per 1. Juni 2017 abgeschlossene Wohnungsmietvertrag führte beide Ehegatten als Mieter auf (act. G 5.1.24 und act. G 5.2.27), weshalb der zuständige Sachbearbeiter notierte, dass die beiden Begehren gemeinsam zu behandeln seien und dass eine „Ehepaarberechnung“ durchzuführen sei (vgl. die elektronische Notiz zu act. G 5.1.22–1 und act. G 5.2.25–1). Am 27. November 2017 forderte die EL-Durchführungsstelle die EL-Ansprecher auf, ihre Reisepässe im Original einzureichen (act. G 5.1.20 und act. G 5.2.22). Am 12. Dezember 2017 gingen der EL-Durchführungsstelle die beiden Reisepässe zu (act. G 5.1.19 und act. G 5.2.21). Der ab dem 7. August 2015 gültige Reisepass des Ehemannes (act. G 5.2.21–7 ff.) belegte eine Einreise in den Schengen-Raum am 5. Oktober 2015, eine Ausreise aus dem Schengen-Raum am selben Tag, eine Einreise in den Schengen-Raum am 14. Februar 2016, eine Ausreise aus dem Schengen-Raum am 17. Februar 2016, einen Grenzübertritt in D.____ am 18. Juni 2016, einen Grenzübertritt in D.____ am 6. Juli 2016, eine Einreise in den Schengen-Raum am 20. Januar 2017, eine Ausreise aus dem Schengen-Raum am 10. April 2017, eine Einreise in den Schengen-Raum am 21. April



St.Galler Gerichte

2017, einen Grenzübertritt in E.____ am 9. Juli 2017 sowie eine Einreise in den Schengen-Raum am 1. November 2017. Der ab dem 1. April 2016 gültige Reisestempel der Ehefrau (act. G 5.1.19–1 ff.) belegte einen Grenzübertritt in D.____ am 18. Juni 2016, einen Grenzübertritt in D.____ am 6. Juli 2016, eine Einreise in den Schengen-Raum am 20. Januar 2017, eine Ausreise aus dem Schengen-Raum am 10. April 2017, eine Einreise in den Schengen-Raum am 21. April 2017, einen Grenzübertritt in E.____ am 9. Juli 2017 sowie eine Einreise in den Schengen-Raum am 1. November 2017.

A.b. Die EL-Durchführungsstelle forderte die EL-Ansprecher am 12. Dezember 2017 auf (act. G 5.1.18 und act. G 5.2.20), alle detaillierten Kontoauszüge sämtlicher Bank- und Post-Konti im Inland und im Ausland der letzten zehn Jahre, die bis zum 6. August 2015 beziehungsweise bis zum 31. März 2016 gültigen Reisepässe im Original und je ein vollständiges Beiblatt Nr. 5 betreffend Auslandsaufenthalte einzureichen. Mit einem Schreiben vom 5. Januar 2018 machten die EL-Ansprecher geltend (act. G 5.1.15 und act. G 5.2.18), sie befänden sich leider nicht mehr im Besitz ihrer alten Reisepässe. Sie würden „grundsätzlich“ etwa zwei- bis dreimal pro Jahr in ihr Herkunftsland reisen, um ihre Familie zu besuchen. Diese Aufenthalte dauerten jeweils eine bis drei Wochen. Vom 18. Juni 2016 bis zum 6. Juli 2016 hätten sie Ferien in F.____ gemacht. Diese Reise sei von der Tochter organisiert und finanziert worden. Vom 9. Juli 2017 bis zum 24. Juli 2017 seien sie für einen Familienbesuch nach E.____ gereist; diese Reise sei vom Sohn organisiert und finanziert worden. Die von den EL-Ansprechern im Beiblatt Nr. 5 gemachten Angaben entsprachen den der EL-Durchführungsstelle bereits bekannten Einträgen in den aktuellen Reisepässen. Bei zwei Auslandsaufenthalten fehlten die Daten der Rückreise (Grenzübertritte vom 20. Januar 2017 und vom 1. November 2017).

A.c. Mit einem Schreiben vom 12. Januar 2018 forderte die EL-Durchführungsstelle die EL-Ansprecher auf (act. G 5.1.14 und act. G 5.2.17), die offensichtlich unvollständigen Angaben zu ergänzen. Sie verlangte eine Begründung respektive Erklärung bezüglich des doppelten Grenzübertrittes am 5. Oktober 2015 sowie eine Angabe zum Abreise- und Rückreisedatum eines Auslandsaufenthaltes, der nach dem 6. Juli 2016 und vor dem 20. Januar 2017 stattgefunden haben musste, weil die EL-Ansprecher am 20. Juli 2016, am 29. Juli 2016, am 6. August 2016, am 10. August 2016, am 12. Oktober 2016, am 13. Oktober 2016, am 26. Dezember 2016, am 31. Dezember 2016, am 7. Januar



2017, am 14. Januar 2017, am 16. Januar 2017 und am 17. Januar 2017 im Ausland Bargeld bezogen hatten. Weiter forderte sie die EL-Ansprecher auf, das Rückreisedatum des am 20. Januar 2017 angetretenen Auslandsaufenthaltes sowie die Daten der offensichtlich nach dem 24. Juli 2017 und vor dem 1. November 2017 liegenden Auslandsaufenthalte anzugeben (Bargeldbezüge im Ausland am 31. Juli 2017, am 11. August 2017, am 12. August 2017, am 7. Oktober 2017, am 10. Oktober 2017, am 12. Oktober 2017, am 17. Oktober 2017, am 18. Oktober 2017 und am 25. Oktober 2017). Zudem verlangte sie die Angabe des Rückreisedatums des am 1. November 2017 angetretenen Auslandsaufenthaltes. In einem Schreiben vom 2. Februar 2018 machten die EL-Ansprecher geltend (act. G 5.1.13 und act. G 5.2.16), sie könnten keine weiteren Angaben zu ihren Auslandsaufenthalten machen, weil sie die genauen Reisedaten nicht mehr in Erinnerung hätten. Die bereits angegebenen Daten hätten sie nur anhand ihrer Reisepässe ermitteln können. Mit zwei Verfügungen vom 9. und vom 12. Februar 2018 wies die EL-Durchführungsstelle das Leistungsbegehren ab (act. G 5.1.12 und act. G 5.2.15). Zur Begründung führte sie an, die EL-Ansprecher hätten das Beiblatt Nr. 5 betreffend Auslandsaufenthalte wahrheitswidrig ausgefüllt, wie sich nach einer Durchsicht der Reisepässe gezeigt habe. Nachdem die EL-Durchführungsstelle sie angehalten habe, das Beiblatt Nr. 5 wahrheitsgemäss auszufüllen, hätten die EL-Ansprecher wiederum nur unvollständige Angaben gemacht. Sie hätten darauf hingewiesen, dass sie keine weiteren Angaben liefern könnten. Die EL-Durchführungsstelle müsse davon ausgehen, dass die EL-Ansprecher „zu oft“ im Ausland gewesen seien und deshalb die Karenzfrist nicht erfüllt hätten. Die EL-Ansprecher hätten das Gegenteil nicht beweisen können.

A.d. Am 8. März 2018 erhoben die EL-Ansprecher eine Einsprache gegen die Verfügungen vom 9. und vom 12. Februar 2018 (act. G 5.1.9 und act. G 5.2.12). Sie beantragten die Zusprache von Ergänzungsleistungen. Zur Begründung führten sie aus, sie lebten seit dem Jahr 1991 ununterbrochen in der Schweiz. Seit jenem Zeitpunkt hätten sie die Schweiz nur für Ferien und Familienbesuche verlassen. Die Kinder und die Enkelkinder lebten in der Schweiz; die EL-Ansprecher wollten bei den Kindern und Enkelkindern leben. Zudem seien sie auf die Schweizer Ärzte angewiesen. Bei den Grenzübergängen seien die Reisepässe nicht jedes Mal abgestempelt worden. Rückblickend könnten die EL-Ansprecher keine genauen Angaben mehr zu den



Reisedaten machen. Sie hätten sich aber lediglich jeweils zwei-, dreimal pro Jahr für jeweils eine bis drei Wochen zu Ferienzwecken in ihrem Herkunftsland aufgehalten. Vielleicht seien hie und da noch einzelne Tage wegen Krankheiten oder Todesfällen hinzugekommen. Das Herkunftsland zähle für die EL-Ansprecher nicht zum Ausland; es sei ihre Heimat. Die Ferien in F.____ und in E.____ seien von den Kindern finanziert worden. Den beiden Eingaben lagen Bestätigungen der behandelnden Ärzte Dres. G.____ und H.____ über die Daten bei, an denen die Einsprecher diese Ärzte konsultiert und Medikamente abgeholt hatten (act. G 5.1.10–1 ff. und act. G 5.2.13–1 f.). Der Ehemann reichte im März 2018 noch eine solche Bestätigung von Dr. med. I.____ nach (act. G 5.2.9). Ein Sachbearbeiter der EL-Durchführungsstelle notierte im Mai 2018 (act. G 5.1.6 und act. G 5.2.8), an sich hätten die beiden Leistungsbegehren gemeinsam behandelt werden müssen, denn entgegen ihrer anderslautenden Angabe lebten die beiden EL-Ansprecher in ungetrennter Ehe. Ihre Angabe zum faktischen Getrenntleben sei wahrheitswidrig. Auch die Angaben im Beiblatt Nr. 5 seien wiederholt wahrheitswidrig gewesen. Damit hätten sich die EL-Ansprecher sogar strafbar gemacht. Weil die Karenzfrist aber von jedem der beiden EL-Ansprecher persönlich zu erfüllen sei, sei es richtig gewesen, zwei Verfügungen zu erlassen. Die beiden Einsprachen sollten allerdings vereint werden, damit es nicht zu widersprüchlichen Entscheiden komme. Die Akten deuteten stark darauf hin, dass sich die EL-Ansprecher jeweils während mehr als 92 Tagen pro Kalenderjahr im Ausland aufgehalten hätten. Die EL-Ansprecher hätten nur jene Angaben gemacht, die ihren Zwecken dienlich gewesen seien. Die Einsprachen seien abzuweisen. Eine Sachbearbeiterin notierte im Juni 2018, die EL-Ansprecher hätten sich im Jahr 2016 während insgesamt 75 Tagen und im Jahr 2017 während insgesamt 114 Tagen ausserhalb der Schweiz aufgehalten (act. G 5.1.2 und act. G 5.2.4). Mit einem Entscheid vom 29. Juni 2018 wies die EL-Durchführungsstelle die Einsprachen mit der Begründung ab, die EL-Ansprecher hätten die Karenzfrist nicht erfüllt (act. G 5.1.1 und act. G 5.2.3).

B.

B.a. Am 30. August 2018 liessen der EL-Ansprecher (nachfolgend: der Beschwerdeführer) und seine Ehefrau eine Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 29. Juni 2018 erheben (act. G 1). Ihr Rechtsvertreter beantragte, dass der angefochtene Einspracheentscheid aufgehoben und den



Beschwerdeführern eine Ergänzungsleistung ausgerichtet werde. Zur Begründung führte er aus, bei einer korrekten Berechnung ergäben sich für das Jahr 2017 nur 88 Tage, an denen sich der Beschwerdeführer und seine Ehefrau im Ausland aufgehalten hätten: Sie hätten Weihnachten 2016 im Herkunftsland verbracht und sie seien am 20. Januar 2017 wieder in die Schweiz zurückgekehrt. Am 10. April 2017 seien sie erneut in ihr Herkunftsland gereist; bereits am 21. April 2017 seien sie zurückgekehrt. Die Ferien in E. ___ hätten vom 9. Juli 2017 bis zum 23. Juli 2017 gedauert; als Rückreisedatum sei nur wegen der Zeitverschiebung der 24. Juli 2017 vermerkt worden. Vom 29. Juli 2017 bis zum 14. August 2017 und vom 4. Oktober 2017 bis zum 25. Oktober 2017 hätten sich der Beschwerdeführer und seine Ehefrau im Herkunftsland aufgehalten. Vom 29. Oktober 2017 bis zum 1. November 2017 hätten sie wegen der Beerdigung eines Verwandten erneut in ihr Herkunftsland reisen müssen. Aus Pietätsgründen seien die resultierenden zwei Tage im Ausland nicht zu berücksichtigen. Schliesslich seien der Beschwerdeführer und seine Ehefrau am 22. Dezember 2017 wieder für die Weihnachtsferien in ihr Herkunftsland zurückgekehrt. Sie seien mit den Formularen, die die EL-Durchführungsstelle (nachfolgend: die Beschwerdegegnerin) ihnen zum Ausfüllen zugesandt habe, überfordert gewesen. Sie hätten keine wahrheitswidrigen Angaben machen wollen.

B.b. Die Beschwerdegegnerin beantragte am 25. September 2018 die Abweisung der Beschwerde (act. G 5). Zur Begründung verwies sie auf eine Neuberechnung der Auslandsaufenthalte des Beschwerdeführers und dessen Ehefrau im Jahr 2017 (act. G 5.3.1). Dabei war die Sachbearbeiterin von einer Landesabwesenheit des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau vom 26. Dezember 2016 bis zum 20. Januar 2017, vom 10. April 2017 bis zum 21. April 2017, vom 9. Juli 2017 bis zum 24. Juli 2017, vom 29. Juli 2017 bis zum 14. August 2017, vom 4. Oktober 2017 bis zum 1. November 2017 und vom 22. Dezember 2017 bis Anfang des Jahres 2018 ausgegangen, was insgesamt 95 Tage Auslandsaufenthalt ergeben hatte. Bezugnehmend auf die Zeit zwischen dem 25. Oktober 2017 und dem 29. Oktober 2017 hatte sie festgehalten, dass der Beschwerdeführer noch am 25. Oktober 2017 einen Bargeldbezug im Herkunftsland getätigt habe, was gegen die Darstellung in der Beschwerdeschrift (Rückkehr in die Schweiz am 25. Oktober 2017 und Rückreise in das Herkunftsland am 29. Oktober 2017) spreche.



St.Galler Gerichte

B.c. Am 26. September 2018 reichte der Beschwerdeführer eine Todesbestätigung seines Verwandten nach (act. G 6), laut der dieser am 26. Oktober 2017 verstorben war (act. G 6.1).

B.d. Am 5. Oktober 2018 wurde dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt (act. G 7).

B.e. Am 15. Oktober 2018 liess der Beschwerdeführer an seinen Anträgen festhalten und geltend machen, er habe am Morgen des 25. Oktober 2017 noch Bargeld bezogen, um Proviant und günstigere Lebensmittel einzukaufen und anschliessend die Rückreise in die Schweiz anzutreten (act. G 9). Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Duplik (vgl. act. G 10 f.).

Erwägungen

1.

Abgesehen von der anderslautenden Angabe im Anmeldeformular enthalten die Akten keinen Hinweis darauf, dass der Beschwerdeführer getrennt von seiner Ehefrau gelebt hätte. Der Mietvertrag, die Ergebnisse der von der Beschwerdegegnerin getätigten Abklärungen beim Einwohneramt und der Umstand, dass der Beschwerdeführer und seine Ehefrau stets gemeinsam gereist sind, sprechen klar für ein Zusammenleben des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau. Auch wenn der Beschwerdeführer und seine Ehefrau zwei separate Begehren um die Zusprache einer Ergänzungsleistung eingereicht haben, hat mit Blick auf den Art. 9 Abs. 2 ELG nur ein gemeinsamer Anspruch des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau auf eine Ergänzungsleistung in Frage kommen können, weshalb die beiden Anmeldungen zum Leistungsbezug gemeinsam – als eine Anmeldung des Ehemannes – hätten behandelt werden müssen. Die Beschwerdegegnerin hat zwar zunächst formal zwei parallele Verfahren durchgeführt, aber dieser Fehler hat sich letztlich nicht weiter ausgewirkt, weil sie die beiden Einsprachen gegen die beiden Verfügungen zu Recht als eine Einsprache behandelt und dann auch nur einen Einspracheentscheid erlassen hat. Für dieses Beschwerdeverfahren ist jedenfalls entscheidend, dass es sich nicht um zwei Beschwerden, sondern nur um eine Beschwerde handelt, die sich gegen den das Leistungsbegehren des Ehepaars abweisenden Einspracheentscheid vom 29. Juni 2018 richtet.

2.



2.1. Nach 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 der Beschwerdeführer (C.____) 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). Die intensive Bindung beziehungsweise die grosse Affinität zur Schweiz ist allerdings nicht direkt nachweisbar, weil es sich dabei um eine „innere“ Tatsache handelt. Die Frage, ob ein EL-Ansprecher eine solche intensive Bindung respektive eine grosse Affinität zur Schweiz entwickelt hat, müsste anhand von „äusseren“ Indizien beantwortet werden, die einen Rückschluss auf die innere Einstellung des EL-Ansprechers zur Schweiz zulassen würden. Wohl zur Beweiserleichterung hat der Gesetzgeber im Art. 5 Abs. 1 ELG den Anspruch auf eine Ergänzungsleistung nicht an die Voraussetzung einer grossen Affinität des EL-Ansprechers zur Schweiz geknüpft, sondern zwei alternative, schematische Anspruchsvoraussetzungen aufgestellt, von denen er wohl angenommen hat, dass sie in aller Regel eine ausreichende Affinität zur Schweiz „belegen“ würden: Nach dem Art. 5 Abs. 1 ELG setzt ein Anspruch auf eine Ergänzungsleistung entweder die Schweizer Staatsangehörigkeit oder aber einen ununterbrochenen Aufenthalt in der Schweiz voraus, 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 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 klare 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 das Wort „unmittelbar“ im 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 *unmittelbar* vor dem Zeitpunkt, ab dem die Ergänzungsleistungen verlangt werden, ununterbrochen in der Schweiz aufgehalten hat.

2.2. Der Art. 5 Abs. 1 ELG lässt den „Lebensmittelpunkt“ in der Schweiz in den zehn Jahren vor der Anmeldung zum Leistungsbezug für sich allein 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 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, so dass die zehnjährige Frist wieder von Neuem zu laufen begänne. 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 über das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel hinaus, anhand eines schematischen Kriteriums (des langen Aufenthaltes in der Schweiz unmittelbar vor der Anmeldung zum Leistungsbezug) die Fiktion entstehen zu lassen, dass ein EL-Ansprecher eine ausreichende Affinität zur Schweiz entwickelt habe. Das Wort „ununterbrochen“ kann deshalb nicht den wahren Willen des Gesetzgebers wiedergeben, denn die Fiktion einer ausreichenden Affinität zur Schweiz wird nicht bereits dann durch die Fiktion einer (noch) ungenügenden Affinität zur Schweiz verhindert, wenn die betreffende Person einige Stunden ins Ausland geht, 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. Die teleologische Interpretation des Art. 5 Abs. 1 ELG zwingt folglich zu einer Abweichung vom an sich klaren Wortlaut. Das ist in der Verwaltungspraxis, in der Rechtsprechung und in der Lehre schon längst erkannt worden. Ueli Kieser hat in seinem ATSG-Kommentar (3. Aufl. 2015) festgehalten, „[...] dass Art. 13 Abs. 2 ATSG unter gewöhnlichem Aufenthalt den *effektiven Aufenthalt* versteht, der nach dem Willen der versicherten Person während einer gewissen Zeit aufrechterhalten bleiben



soll“ (Art. 13 N 27). 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. Damit bleibt lediglich 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.

2.3. 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 zwar für sich in Anspruch nehmen, dass sie die wohl einfachste Methode zur Beantwortung der Frage ist, ob ein EL-Ansprecher eine ausreichende Affinität zur Schweiz entwickelt habe. Aber 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 auf 92 Tage 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 Karenzfrist unterbrochen werde, lässt sich nicht mit dem Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 1 ELG vereinbaren, der ja darin besteht, anhand eines „Hilfskriteriums“ die Frage zu beantworten, ob ein EL-Ansprecher eine ausreichende Affinität zur Schweiz entwickelt habe. Zwar kann die Anzahl der Tage, die ein EL-Ansprecher im Ausland verbringt, eines von mehreren



Indizien sein, die für oder gegen eine ausreichende Affinität zur Schweiz sprechen, aber es besteht offensichtlich kein zwingender und direkter Zusammenhang zwischen der Anzahl der Tage mit Auslandsaufenthalt und der Affinität eines EL-Ansprechers zur Schweiz. So besteht ein grundlegender Unterschied zwischen einem EL-Ansprecher, der sich bewusst gegen die Integration in der Schweiz stellt, aber aus EL-taktischen Gründen „nur“ maximal 92 Tage pro Jahr im Ausland aufhält, und einem EL-Ansprecher, der sich in der Schweiz integriert hat, aber jede Woche zweimal seine kranke Mutter jenseits der Grenze besucht, um ihr bei den alltäglichen Verrichtungen zu helfen und um ihr Gesellschaft zu leisten, und der deshalb jedes Jahr insgesamt etwa 100 Tage im Ausland verbringt. Im ersten Beispiel kann die Zahl der im Ausland verbrachten Tage natürlich keine ausreichende Affinität zur Schweiz belegen, weil der EL-Ansprecher gar keine Affinität zur Schweiz begründen will. Würde die WEL statt 92 Tage 183 Tage pro Jahr im Ausland „erlauben“, würde er deutlich mehr als 92 Tage pro Jahr im Ausland verbringen. Im zweiten Beispiel besteht kein Zusammenhang zwischen den einzelnen Auslandsaufenthalten und der Frage, ob der EL-Ansprecher eine grosse Affinität zur Schweiz entwickelt hat. Obwohl dieser EL-Ansprecher mehr Tage pro Jahr im Ausland verbracht hat als der EL-Ansprecher aus dem ersten Beispiel, muss seine Affinität zur Schweiz als viel stärker als jene des EL-Ansprechers aus dem ersten Beispiel qualifiziert werden. Das zeigt, dass nicht die Dauer eines Auslandsaufenthaltes, sondern der Grund oder der Zweck eines Auslandsaufenthaltes bei der Beurteilung der Affinität eines EL-Ansprechers zur Schweiz massgebend ist. Die oben erwähnten Beispiele (Einkäufe, Besuche oder Ferien im Ausland) sind nicht deshalb als „erlaubte“ Unterbrüche des Aufenthaltes in der Schweiz zu qualifizieren, weil sie typischerweise nur verhältnismässig kurz dauern, sondern weil sie von ihrem Grund oder Zweck her keinen Bezug zur massgebenden Frage nach der Affinität eines EL-Ansprechers zur Schweiz aufweisen; es handelt sich um „affinitätsneutrale“ Auslandsaufenthalte. Diesen „affinitätsneutralen“ Auslandsaufenthalten stehen „affinitätsfeindliche“ Auslandsaufenthalte gegenüber. Das sind Auslandsaufenthalte, die durch ihren Grund oder Zweck zeigen, dass sich ein EL-Ansprecher eigentlich nie richtig in der Schweiz hat integrieren wollen und dass er seine Heimat nicht hier in der Schweiz, sondern (weiterhin) in seinem Herkunftsland hat. Bei einem Auslandsaufenthalt mag es zwar schwierig oder sogar unmöglich sein, dessen eigentlichen Grund oder Zweck zu ermitteln, aber in der weit überwiegenden Zahl der Auslandsaufenthalte eines EL-Ansprechers werden es die konkreten Umstände erlauben festzustellen, ob es sich um „affinitätsneutrale“ oder um „affinitätsfeindliche“ Auslandsaufenthalte gehandelt hat. Die Dauer eines Auslandsaufenthaltes kann dabei durchaus ein Indiz sein, aber sie kann offensichtlich nicht das einzige 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 in den zehn Jahren unmittelbar vor der Anmeldung zum Leistungsbezug während mehr als 92 Tagen in einem Jahr im Ausland aufgehalten hat. Das soll der Fall sein, wenn triftige oder zwingende Gründe für den längeren Auslandsaufenthalt vorliegen, wobei als triftige Gründe berufliche Zwecke oder eine Ausbildung und als zwingende Gründe gesundheitliche Umstände oder andere Formen höherer Gewalt gelten, die eine Rückkehr in die Schweiz verunmöglichen. Diese Ausnahmen von der starren „92 Tage-Regel“ zeigen, dass eben doch der Grund oder der Zweck und nicht allein die Dauer eines Auslandsaufenthaltes massgebend ist. Der in der WEL vorgegebene Ausnahmenkatalog ist aber zu eng gefasst, weil er nicht alle, sondern nur die offensichtlichsten „affinitätsneutralen“ Auslandsaufenthalte enthält.

2.4. Die Beschwerdegegnerin hat für die Beantwortung der Frage nach dem ununterbrochenen Aufenthalt in der Schweiz die Reisebewegungen des Beschwerdeführers vom 1. Januar 2017 bis zum 31. Dezember 2017 analysiert, weil die Verwaltungsweisungen eine maximale Gesamtdauer der Auslandsaufenthalte von 92 Tagen pro Kalenderjahr nennen. Der Begriff „Kalenderjahr“ ist allerdings unglücklich gewählt, denn bereits aus dem Umstand, dass der Zeitraum von zehn Jahren *unmittelbar* vor der Anmeldung massgebend ist und dass die Anmeldung zu jedem beliebigen Zeitpunkt während eines laufenden Kalenderjahres eingereicht werden kann, ergibt sich, dass die Prüfung nicht für einzelne Kalenderjahre, sondern für volle Jahre zu erfolgen hat. Da die Anmeldung im September 2017 eingegangen ist, ist die Berücksichtigung der Reisebewegungen nach dem 31. August 2017 bereits deshalb grundsätzlich falsch gewesen, weil diese nicht im Zeitraum *unmittelbar vor* der Anmeldung stattgefunden haben. Korrekt wäre es gewesen, die Reisebewegungen in den jeweils vom 1. September bis zum 31. August dauernden vollen Jahren zu würdigen. Da die Dauer der Auslandsaufenthalte aber nach dem oben Ausgeführten für sich allein nicht ausschlaggebend ist, darf sich die Prüfung ohnehin nicht darauf beschränken, die „Auslandstage“ während der Dauer eines vollen Jahres zu zählen.

2.5. Der Reisepass des Beschwerdeführers ist erst ab dem 7. August 2015 gültig gewesen. Deshalb liegen nur für den Zeitraum zwischen dem 7. August 2015 und dem



31. August 2017 nachvollziehbare Angaben zu den Auslandsaufenthalten des Beschwerdeführers vor. Aufgrund der Einträge im Reisepass, den Nachweisen von Bargeldbezügen im Ausland und den Angaben der behandelnden Schweizer Ärzte über Konsultationen steht fest, dass der Beschwerdeführer und seine Ehefrau im Oktober 2015 Herbstferien in ihrem Herkunftsland verbracht haben, denn sie haben am 5. Oktober 2015 die Grenze in ihr Herkunftsland überquert, aber bereits am 21. Oktober 2015 wieder einen behandelnden Arzt in der Schweiz aufgesucht, weshalb die Herbstferien (ohne Reisetage) maximal zwei Wochen gedauert haben dürften. Für die Zeit zwischen dem 21. Oktober 2015 und dem 4. Februar 2016 sprechen die Akten für einen ununterbrochenen Aufenthalt des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau in der Schweiz. Die beiden Reisebewegungen vom 14. Februar 2016 und vom 17. Februar 2016 müssen entweder einen zweitägigen Aufenthalt im Herkunftsland (ohne Reisetage) oder aber zwei Kurzaufenthalte im Herkunftsland zwischen dem 5. Februar 2016 und dem 14. Februar 2016 sowie zwischen dem 17. Februar 2016 und dem 25. Februar 2016 belegen. Für die Zeit von Ende Februar 2016 bis zur Reise nach D.____ vom 18. Juni 2016 bis zum 6. Juli 2016 enthalten die Akten abgesehen von einem Arztbesuch am 8. April 2016 keine Angaben. Da der Beschwerdeführer und seine Ehefrau aber im April 2017 zwei Wochen Frühlingsferien im Herkunftsland verbracht haben, besteht Grund zur Annahme, dass sie auch im Frühjahr 2016 zwei Wochen Ferien im Herkunftsland verbracht haben könnten. Nach der Rückkehr aus D.____ am 6. Juli 2016 müssen sich der Beschwerdeführer und seine Ehefrau zumindest wenige Tage in der Schweiz aufgehalten haben (Arztbesuch am 8. Juli 2016), aber spätestens am 20. Juli 2016 haben sie sich in den Sommerferien in ihrem Herkunftsland befunden, wie die Bargeldbezüge in der Zeit vom 20. Juli 2016 bis zum 10. August 2016 belegen. Da der Beschwerdeführer und seine Ehefrau ab dem 26. August 2016 die behandelnden Ärzte in der Schweiz aufgesucht haben, müssen sie zwischen dem 10. August 2016 und dem 26. August 2016 aus den Sommerferien zurückgekehrt sein. Mitte Oktober 2016 müssen sich die Beschwerdeführer wieder im Ausland aufgehalten haben, denn sie haben am 12. und am 13. Oktober 2016 Bargeld im Ausland bezogen. Ende Dezember 2016 haben der Beschwerdeführer und seine Ehefrau die Schweiz für die Winterferien im Herkunftsland verlassen. Sie sind erst am 20. Januar 2017 wieder in die Schweiz zurückgekehrt, weshalb die Winterferien insgesamt vier Wochen gedauert haben müssen. Im April 2017 haben sie zwei weitere Wochen im Herkunftsland verbracht. Vom 9. Juli 2017 bis zum 24. Juli 2017 haben sie eine Ferienreise nach E.____ unternommen. Kurz darauf müssen sie für Ferien in ihr Herkunftsland gereist sein, denn ab dem 31. Juli 2017 haben sie wieder im Ausland Bargeld bezogen. Der letzte Bargeldbezug datiert vom 12. August 2017. Die Sommerferien dürften folglich zwei Wochen gedauert haben. Im Oktober 2017 haben der Beschwerdeführer und seine



Ehefrau drei Wochen Herbstferien im Herkunftsland verbracht. Ihre Ausführungen, sie hätten fast unmittelbar nach der Rückkehr in die Schweiz nochmals für wenige Tage in ihr Herkunftsland reisen müssen, um der Beerdigung eines unerwartet verstorbenen Verwandten beiwohnen zu können, erscheint unter Würdigung aller Akten als überzeugend, weshalb nicht von einem andauernden Auslandsaufenthalt bis am 1. November 2017 auszugehen ist. Im November 2017 und in der ersten Hälfte des Dezember 2017 haben sich der Beschwerdeführer und seine Ehefrau überwiegend wahrscheinlich ununterbrochen in der Schweiz aufgehalten. Für die Zeit zwischen dem 19. Dezember 2017 und dem 24. Januar 2018 fehlen Angaben in den Unterlagen, aber der Beschwerdeführer hat selbst eingeräumt, dass er und seine Ehefrau wieder (wie zum Jahreswechsel 2016/2017) Winterferien im Herkunftsland verbracht hätten. Allerdings ist ohnehin nur der Zeitraum bis und mit dem 31. August 2017 massgebend. Zusammenfassend steht fest, dass der Beschwerdeführer und seine Ehefrau ausgiebig gereist sind: Sie haben die Herbstferien 2015 (unbekannte Dauer), die Frühjahrsferien 2016 (unbekannte Dauer), die Sommerferien 2016 (unbekannte Dauer), die Herbstferien 2016 (unbekannte Dauer), die Winterferien 2016/2017 (vier Wochen), die Frühjahrsferien 2017 (zwei Wochen) und die Sommerferien 2017 (zwei Wochen) in ihrem Herkunftsland verbracht und sie sind im Frühsommer 2016 für knapp drei Wochen nach D. ___ und im Frühsommer 2017 für zwei Wochen nach E. ___ verreist. Hinzu kommen noch ein oder zwei Kurzaufenthalte im Herkunftsland im Februar 2016. Damit ergibt sich ein Total von acht bis elf Wochen Ferien pro Jahr im Herkunftsland und von weiteren zwei oder drei Wochen Ferien pro Jahr im übrigen Ausland. Wie die (leicht differierenden) Berechnungen der Parteien zeigen, bewegt sich das Total der ferienbedingten Aufenthalte ausserhalb der Schweiz ungefähr im Rahmen der in den Verwaltungsweisungen vorgesehenen „Kulanzfrist“ von drei Monaten pro Jahr; es dürfte sich insgesamt aber auf eher mehr als 92 Tage pro Jahr belaufen. Das rechtfertigt für sich allein aber noch nicht die Annahme, dass der Beschwerdeführer und seine Ehefrau ihren dauernden Aufenthalt – für eine begrenzte Zeit – ins Ausland verlegt hätten. Bei den Auslandsaufenthalten (mehrheitlich im Herkunftsland) hat es sich überwiegend wahrscheinlich um reine Ferienaufenthalte gehandelt, die als „affinitätsneutrale“ Auslandsaufenthalte zu qualifizieren sind. Zudem zeigen die Bankauszüge, dass der Beschwerdeführer und seine Ehefrau ihren Lebensunterhalt vorwiegend in der Schweiz bestritten haben müssen. Die monatlichen Überweisungen an einen Kulturverein für Staatsangehörige aus C. ___ in der Schweiz belegen, dass der Beschwerdeführer im hier massgebenden Zeitraum in der Schweiz als Vereinsmitglied verwurzelt geblieben ist. Die (erwachsenen) Kinder leben ebenfalls in der Schweiz. Der Umstand, dass sie ihren Eltern (teure) Ferienreisen finanziert haben, spricht für ein gutes Verhältnis zwischen den Eltern und den Kindern und damit für einen zusätzlichen



Bezugspunkt des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau zur Schweiz. Zwar haben der Beschwerdeführer und seine Ehefrau teilweise widersprüchliche Angaben gemacht, aber diese Widersprüche lassen sich mit Erinnerungslücken und Missverständnissen erklären. In den Akten deutet entgegen der offenbar von der Beschwerdegegnerin vertretenen Ansicht nichts auf wissentliche Falschangaben hin. Zusammenfassend steht mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit fest, dass der Beschwerdeführer und seine Ehefrau in den zwei Jahren unmittelbar vor der Anmeldung zum Leistungsbezug – bei richtiger Interpretation des Begriffs „ununterbrochen“ – ununterbrochen Aufenthalt in der Schweiz gehabt haben. Der Art. 5 Abs. 1 ELG fordert aber einen solchen ununterbrochenen Aufenthalt während der gesamten zehn Jahre unmittelbar vor der Anmeldung zum Leistungsbezug. Die Akten erlauben die Beantwortung der Frage nach dem ununterbrochenen Aufenthalt in den acht Jahren vor Oktober 2015 nicht, da die Beschwerdegegnerin bezüglich jenes Zeitraums noch keine Sachverhaltsabklärungen getätigt hat. Darin ist eine Verletzung der Untersuchungspflicht (Art. 43 Abs. 1 ATSG) zu erblicken. Der angefochtene Einspracheentscheid ist deshalb als rechtswidrig aufzuheben und die Sache ist zur Vervollständigung der Sachverhaltsabklärung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Diese wird versuchen, den für die Beantwortung der Frage nach dem ununterbrochenen Aufenthalt in der Schweiz massgebenden Sachverhalt für den gesamten vom Gesetzgeber verlangten Zeitraum ab September 2007 zu ermitteln. Für den Fall einer allfälligen objektiven Beweislosigkeit (bei einer vollumfänglichen Erfüllung der Untersuchungspflicht) ist darauf hinzuweisen, dass es sich beim ununterbrochenen Aufenthalt in der Schweiz in den zehn Jahren unmittelbar vor der Anmeldung zum Leistungsbezug um eine Anspruchsvoraussetzung handelt, weshalb sich eine objektive Beweislosigkeit zulasten des Beschwerdeführers auswirken müsste.

3.

Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Der obsiegende Beschwerdeführer hat einen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Der erforderliche Vertretungsaufwand ist mit Blick auf einen durchschnittlich aufwendigen EL-Fall als leicht unterdurchschnittlich zu qualifizieren, weil sich das Verfahren nur um die isolierte Rechtsfrage des ununterbrochenen Aufenthaltes des Beschwerdeführers in der Schweiz unmittelbar vor der Anmeldung zum Leistungsbezug gedreht hat. Die Entschädigung ist deshalb auf 2'500 Franken (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen.

Entscheid



im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 29. Juni 2018 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 2'500 Franken zu entschädigen.