

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}  
9C\_822/2009

Urteil vom 7. Mai 2010  
II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter U. Meyer, Präsident,  
Bundesrichter Borella, Kernén, Seiler,  
Bundesrichterin Pfiffner Rauber,  
Gerichtsschreiber Nussbaumer.

Verfahrensbeteiligte  
S.\_\_\_\_\_, vertreten durch  
Rechtsanwalt Rolf Bühler,  
Beschwerdeführerin,

gegen

Ausgleichskasse Schwyz,  
Rubiswilstrasse 8, 6438 Ibach,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Abzug von Gebäudeunterhaltskosten  
vom Liegenschaftenertrag,

Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz  
vom 18. August 2009.

Sachverhalt:

A.  
S.\_\_\_\_\_ (geboren 1924) wohnt seit 1999 im Zentrum X.\_\_\_\_\_ und bezieht seit 2001  
Ergänzungsleistungen zur AHV-Rente. Mit Verfügung vom 29. August 2008 setzte die  
Ausgleichskasse Schwyz die monatliche Ergänzungsleistung mit Wirkung ab 1. September 2008 auf  
Fr. 510.- fest. Dabei ging sie von anrechenbaren Ausgaben von Fr. 117'163.- und von anrechenbaren  
Einnahmen von Fr. 111'045.- (worunter ein Nutzniessungsertrag von Fr. 43'294.-) aus. Daran hielt sie  
mit Einspracheentscheid vom 26. März 2009 fest und wies gleichzeitig das Gesuch um  
unentgeltliche Verbeiständung ab.

B.  
Die hiegegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz mit Entscheid  
vom 18. August 2009 ab und verneinte einen Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung wegen  
Aussichtslosigkeit der Beschwerde.

C.  
S.\_\_\_\_\_ lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erheben und beantragen, in  
Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheide seien die Ergänzungsleistungen angemessen zu erhöhen,  
mindestens jedoch auf Fr. 2'100.- pro Monat. Für das Jahr 2008, eventuell für 2009 seien "die  
Steuern 2003 bis 2007 der Beschwerdeführerin zu übernehmen bzw. zusätzlich zu bezahlen".  
Eventuell sei die Sache zu neuer Entscheidung an die Ausgleichskasse, eventuell an die Vorinstanz  
zurückzuweisen. Es sei ihr überdies für das Verwaltungs-, Beschwerde- und für das  
bundesgerichtliche Verfahren ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben. Für das  
bundesgerichtliche Verfahren sei ihr sodann die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren.

Erwägungen:

## 1.

1.1 Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (BGE 134 V 250 E. 1.2 S. 252 mit Hinweisen; 133 III 545 E. 2.2 S. 550; 130 III 136 E. 1.4 S. 140). Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungspflicht der Beschwerde (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254).

1.2 Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), und kann deren Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Eine unvollständige Sachverhaltsfeststellung stellt eine vom Bundesgericht ebenfalls zu korrigierende Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 lit. a BGG dar (Seiler/von Werdt/Güngerich, Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Bern 2007 N 24 zu Art. 97).

## 2.

2.1 Streitig ist die Höhe des Anspruchs auf Ergänzungsleistungen ab 1. September 2008. Anwendbar (vgl. BGE 132 V 215 E. 3.1.1 S. 220 mit Hinweisen) sind daher die seit 1. Januar 2008 gültigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG), welches im Rahmen des am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2006 über die Schaffung von Erlassen zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (AS 2007 5779) umfassend neu geregelt worden ist.

2.2 Nach Art. 9 Abs. 1 ELG entspricht die jährliche Ergänzungsleistung dem Betrag, um den die anerkannten Ausgaben die anrechenbaren Einnahmen übersteigen. Als Ausgaben werden unter anderem anerkannt die Gebäudeunterhaltskosten und Hypothekenzinse bis zur Höhe des Bruttoertrages der Liegenschaft (Art. 10 Abs. 3 lit. b ELG). Als Einnahmen werden unter anderem angerechnet Einkünfte aus beweglichem und unbeweglichem Vermögen (Art. 11 Abs. 1 lit. b ELG).

2.3 Nach Art. 9 Abs. 5 lit. e ELG bestimmt der Bundesrat die Pauschale für Nebenkosten bei einer Liegenschaft, die von der Person bewohnt wird, die an der Liegenschaft Eigentum oder Nutzniessung hat. Gestützt darauf hat der Bundesrat in Art. 16 Abs. 1 ELV bestimmt, dass für die Gebäudeunterhaltskosten der für die direkte kantonale Steuer im Wohnsitzkanton anwendbare Pauschalabzug gilt. Bei Personen, die eine ihnen gehörende Liegenschaft bewohnen, wird für die Nebenkosten ausschliesslich eine Pauschale anerkannt (Art. 16a Abs. 1 ELV). Dies gilt auch für Personen, denen die Nutzniessung oder ein Wohnrecht an der Liegenschaft zusteht, welche sie bewohnen (Art. 16a Abs. 2 ELV).

## 3.

3.1 Die Beschwerdeführerin rügt im Zusammenhang mit der Berechnung ihrer Ergänzungsleistungen für die Zeit ab 1. September 2008 die Höhe des Pauschalabzugs der Gebäudeunterhaltskosten und führt wie schon bei der Vorinstanz an, es seien die höheren effektiven Gebäudeunterhaltskosten in Abzug zu bringen. Art. 16 ELV, der ausschliesslich einen Pauschalabzug vorsehe, sei gesetzeswidrig. Ferner beantragt sie, die Steuern seien zusätzlich in Abzug zu bringen. Den ihr von der Ausgleichskasse angerechneten und von der Vorinstanz übernommenen Nutzniessungsertrag von jährlich Fr. 43'294.25 bestreitet sie nicht.

3.2 Das kantonale Gericht erwog, bei der Berechnung von Ergänzungsleistungen seien gemäss Art. 16 ELV Gebäudeunterhaltskosten nur im Rahmen eines Pauschalabzugs zu berücksichtigen. Es gebe bei den Gebäudeunterhaltskosten - im Unterschied zum Steuerrecht - keine Wahlmöglichkeit zwischen Pauschalabzug und Abzug der effektiv anfallenden Kosten. Sodann sei der gesetzliche Katalog der anerkannten Ausgaben abschliessend. Es gebe daher keinen Raum für einen Steuerabzug. Steuern seien im Rahmen des allgemeinen Lebensbedarfs berücksichtigt.

3.3 Wie das Bundesgericht im Urteil 8C\_140/2008 vom 25. Februar 2009 E. 7.2 (Leitsätze publiziert

in SZS 2009 S. 406) zu alt Art. 3b ELG unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte und die Literatur entschieden hat, hat der Gesetzgeber die anerkannten Ausgaben einzeln aufgezählt und abschliessend geregelt. Dies gilt auch für die am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Fassung von Art. 10 ELG (vgl. auch Carigiet/Koch, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, 2. Aufl. 2009, S. 134 oben). Diese Bestimmung enthält die anerkannten Ausgaben, welche bisher in den Artikeln 3b und 5 geregelt waren. Zusätzlich wurden die Möglichkeiten der Kantone für den Erlass von Sonderregelungen stark eingeschränkt (Botschaft des Bundesrates zur Ausführungsgesetzgebung zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen [NFA] vom 7. September 2005, BBl 2005 S. 6228). Aus diesem Grund entfällt ein Abzug für die Steuern des laufenden Jahres (erwähntes Urteil 8C\_140/2008 E. 7.2.6). Ebensowenig sind die Steuerschulden für die Jahre 2003 bis 2007 zusätzlich von der EL zu übernehmen. Einwandfrei belegte Schulden - wozu auch Steuerschulden gehören - sind vom Vermögen abzuziehen (erwähntes Urteil 8C\_140/2008 E. 7.3 mit Hinweisen auf

weitere Urteile und das Schrifttum). Da der Beschwerdeführerin bei der Berechnung der Ergänzungsleistungen kein Vermögen angerechnet worden ist, kommt ein Schuldenabzug beim Vermögen nicht in Frage mit der Folge, dass die Steuerschulden für frühere Jahre im Rahmen der EL-Berechnung ausser Betracht fallen.

3.4 Nach Art. 16 ELV ist für die Gebäudeunterhaltskosten ausschliesslich ein Pauschalabzug vorgesehen. Diese Bestimmung ist gesetzmässig, wie das Eidgenössische Versicherungsgericht entschieden hat (Urteil P 3/86 vom 26. Februar 1987, publiziert in ZAK 1987 S. 309). An dieser Rechtsprechung ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin festzuhalten, da sie keineswegs zu einem stossenden Ergebnis führt. Die Pauschalierung gleicht die über die Jahre hinweg unterschiedlich hoch ausfallenden Unterhaltskosten aus. So hat denn auch die Beschwerdeführerin gemäss den Akten bei den Steuern manchmal den Pauschalabzug, manchmal die effektiven Kosten geltend gemacht, weil offenbar in einigen Jahren mehr und in anderen weniger als die 20 % Unterhaltskosten anfielen. Mit der Pauschalierung der Unterhaltskosten wird auch der Missbrauchsgefahr begegnet, dass eine vernachlässigte Liegenschaft auf Kosten der EL saniert wird. Hinzu kommt, dass der Nutzniesser nur den gewöhnlichen Unterhalt der Sache zu tragen hat (Art. 764 Abs. 1 ZGB). Man könnte sich daher auch fragen, ob die Pauschale von 20 % im Falle der Nutzniessung nicht zu hoch ist (vgl. Ralph Jöhl, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel 2007 S. 1781 Rz. 207). Als gesetzmässig ist daher auch die in Art. 16a ELV vorgesehene Pauschale für Nebenkosten zu betrachten. Die geltend gemachten Verwaltungs- und Abwarkosten sind als Nebenkosten den Mietern aufzuerlegen oder in die Mietzinsgestaltung einzuberechnen.

3.5 Nach Art. 765 Abs. 1 ZGB trägt der Nutzniesser neben dem gewöhnlichen Unterhalt die Steuern und Abgaben auf der Nutzniessungssache. Darin kommt der Grundsatz zum Ausdruck, dass dem Nutzniesser nur der Nettoertrag der Sache zusteht (BGE 85 I 115 E. 2 S. 118 oben; Müller, Basler Kommentar, 2. Aufl. N. 1 zu Art. 765 ZGB). Es stellt sich daher die Frage, ob - unabhängig von den in Art. 10 ELG abschliessend aufgezählten anerkannten Ausgaben - als Einnahmen nach Art. 11 Abs. 1 lit. b ELG lediglich der Nettoertrag der Nutzniessung (nach Abzug der Steuern) im Sinne von Art. 765 ZGB anzurechnen ist. Eine solche Betrachtungsweise würde aber der Systematik mit abschliessend geregelten anerkannten Ausgaben und anrechenbaren Einnahmen in Art. 10 und 11 ELG widersprechen. Wenn im Falle der Nutzniessung in Art. 11 Abs. 1 lit. b ELG lediglich die Nettoeinkünfte verstanden würden, bestünde kein Grund, in Art. 10 Abs. 3 lit. b ELG die Unterhaltskosten und Hypothekenzinsen als Ausgaben anzuerkennen. Unbillige Konsequenzen im Einzelfall sind vom Gesetzgeber auf den Weg des Steuererlasses verwiesen worden (erwähntes Urteil 8C\_140/2008 E. 7.2.2). Ein solcher Steuererlass ist der Beschwerdeführerin jedoch verweigert worden. Schliesslich würde ein Eigentümer einer Liegenschaft gegenüber einem Nutzniesser rechtungleich behandelt, weil er die Steuern bei der EL-Berechnung nicht abziehen kann (E. 3.3 hier vor).

3.6 An diesem Ergebnis vermögen die weiteren Einwendungen in der Beschwerde nichts zu ändern. Die Berufung auf Art. 12 BV ist schon deshalb unbehelflich, weil die Beschwerdeführerin weit über dem Nothilfestandard lebt. Ferner kann aus Art. 112a BV kein direkter Anspruch abgeleitet werden, da die Verfassungsbestimmung ausdrücklich sagt, dass das Gesetz den Umfang der Ergänzungsleistungen festlegt.

4.

4.1 Streitig ist ferner der Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung für das Einspracheverfahren.

Ausgleichskasse und Vorinstanz haben die Notwendigkeit der Verbeiständung im Verwaltungsverfahren verneint, da die Beschwerdeführerin durch ihre Tochter verbeiständet ist und im Verwaltungs- und Einspracheverfahren keine komplexe Materie vorgelegen sei, so dass der Beiständin es durchaus möglich gewesen wäre, die Rügen der Beschwerdeführerin selbstständig vorzubringen. Diese Auffassung steht im Einklang mit der Gerichtspraxis, wonach an die Voraussetzungen der sachlichen Notwendigkeit einer Verbeiständung im Verwaltungsverfahren ein strengerer Massstab anzulegen ist (vgl. SVR 2000 KV Nr. 2 S. 5 E. 4c). Der Gesetzgeber hat diese Praxis im ATSG übernommen (Urteil I 812/05 des Eidgenössischen Versicherungsgericht vom 24. Januar 2006 E. 4.3 und 4.4) und dadurch zum Ausdruck gebracht, dass im Verwaltungsverfahren der Gesuch stellenden Person ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt wird, wo die Verhältnisse es erfordern (Art. 37 Abs. 4 ATSG), im kantonalen Prozess, wo die Verhältnisse es rechtfertigen (Art. 61 lit. f Satz 2 ATSG). In der Beschwerde wird nichts vorgebracht, was die Verbeiständung durch einen Rechtsanwalt im Verwaltungsverfahren als erforderlich erscheinen liesse.

4.2 Streitig ist schliesslich auch noch die unentgeltliche Verbeiständung für das kantonale Verfahren. Das kantonale Gericht wies das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren mit der Begründung ab, die Beschwerde sei angesichts der klaren bundesgerichtlichen Rechtsprechung als aussichtslos zu bezeichnen. Diese Betrachtungsweise stellt einen zu strengen Massstab an die Erfolgsaussichten der Beschwerde und ist damit bundesrechtswidrig. Einerseits bezieht sich die von der Vorinstanz erwähnte Rechtsprechung auf die Rechtslage vor Inkrafttreten der neuen Bestimmungen des ELG am 1. Januar 2008. Andererseits konnte man sich im Zusammenhang mit der Nutzniessung die Frage stellen, ob angesichts von Art. 765 ZGB als anrechenbares Einkommen der Ertrag nach Steuern einzusetzen ist. Die Sache geht daher in diesem Punkt an das kantonale Gericht zurück, damit es die Höhe der Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters festsetze.

5.

5.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdeführerin im materiellen Hauptpunkt und bezüglich der Frage der unentgeltlichen Verbeiständung für das Einspracheverfahren. Im Teilpunkt der unentgeltlichen Verbeiständung für das kantonale Verfahren obsiegt sie. Insgesamt ist sie daher als zu vier Fünftel unterliegend zu betrachten. Die Gerichtskosten sind demnach zu vier Fünfteln der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Vom Kanton Schwyz sind hinsichtlich der Frage der unentgeltlichen Verbeiständung für das vorinstanzliche Verfahren keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Hingegen hat er die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 500.- zu entschädigen (vgl. Urteile 8C\_662/2009 vom 9. Dezember 2009 E. 8 mit Hinweisen und 8C\_937/2009 vom 5. März 2010 E. 4).

5.2 Soweit die Beschwerdeführerin unterliegt, ist ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stattzugeben, da die Voraussetzungen hierfür vorliegen (Art. 64 BGG; vgl. BGE 125 V 201 E. 4a S. 202 und 371 E. 5b S. 372). Es wird ausdrücklich auf Art. 64 Abs. 4 BGG hingewiesen, wonach die Partei der Gerichtskasse Ersatz zu leisten hat, wenn sie später dazu in der Lage ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Ziff. 3 des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz vom 18. August 2009 wird aufgehoben und der Beschwerdeführerin für das kantonale Verfahren die unentgeltliche Verbeiständung gewährt. Die Sache wird zur Festlegung des Honorars des unentgeltlichen Rechtsbeistandes an das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz zurückgewiesen. Im übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Der Beschwerdeführerin wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 400.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt, indes vorläufig auf die Gerichtskasse genommen.

4.

Der Kanton Schwyz hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 500.- zu entschädigen.

5.

Rechtsanwalt Rolf Bühler, Luzern, wird als unentgeltlicher Rechtsbeistand der Beschwerdeführerin bestellt, und es wird ihm für das bundesgerichtliche Verfahren aus der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 2'300.- ausgerichtet.

6.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 7. Mai 2010

Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Meyer Nussbaumer