Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
9C 67/2010

Urteil vom 15. April 2010
II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter U. Meyer, Präsident,
Bundesrichter Seiler, Bundesrichterin Pfiffner Rauber,
Gerichtsschreiber Fessler.

Verfahrensbeteiligte
K._____,
Beschwerdeführer,

gegen

Ausgleichskasse Appenzell Ausserrhoden, Kasernenstrasse 4, 9102 Herisau,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Ergänzungsleistung zur AHV/IV (Beratungspflicht),

Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts von Appenzell Ausserrhoden
vom 17. Juni 2009.

Sachverhalt:

A.
Der seit 1. Januar 1996 als selbständiger Architekt tätige K._____ bezog ab 1. Januar 2001 Ergänzungsleistungen (EL) zur Viertelsrente der Invalidenversicherung. Bei der Berechnung wurde einnahmenseitig lediglich die Invalidenrente berücksichtigt. Eine Anrechnung von Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit erfolgte nicht, da das Geschäft Verluste schrieb. Mit Verfügung vom 28. Dezember 2007 setzte die Ausgleichskasse Appenzell Ausserrhoden die Ergänzungsleistung ab 1. Januar 2008 auf Fr. 2'100.- fest. Im Rahmen einer im März 2008 eingeleiteten Revision nahm das EL-Durchführungsorgan eine Neuberechnung vor. Dabei berücksichtigte es ein hypothetisches Erwerbseinkommen von Fr. 24'126.-. Mit Verfügung vom 6. August 2008 setzte die Ausgleichskasse die Ergänzungsleistung des K._____ für die Zeit ab 1. August 2008 neu auf Fr. 815.- fest, was sie mit Einspracheentscheid vom 12. Dezember 2008 bestätigte.

B.
Die Beschwerde des K._____ wies das Verwaltungsgericht von Appenzell Ausserrhoden nach zweifachem Schriftenwechsel mit Entscheid vom 17. Juni 2009 ab.

C.
K._____ führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Rechtsbegehren, "die Verfügung der Ausgleichskasse Appenzell A.Rh. vom 6. April [recte: 6. August] 2008" sei aufzuheben.
Die Ausgleichskasse beantragt die Abweisung der Beschwerde. Kantonales Gericht und Bundesamt für Sozialversicherungen verzichten auf eine Vernehmlassung.
Die Instruktionsrichterin hat die Akten der Ausgleichskasse eingeholt.

Erwägungen:

1.
Der Beschwerdeführer beantragt sinngemäss die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und des Einspracheentscheids vom 12. Dezember 2008. Seine Vorbringen beschlagen jedoch einzig den

Zeitpunkt der Anpassung der Ergänzungsleistung. Diese Frage stellt den Streitgegenstand dar (vgl. BGE 125 V 413).

2.
Der vorinstanzliche Entscheid bestätigt die Herabsetzung der EL ab 1. August 2008 durch die Ausgleichskasse als Folge der Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens von Fr. 24'126.- gestützt auf Art. 14a Abs. 2 lit. a ELV (in Verbindung mit Art. 9 Abs. 5 lit. c ELG [bis 31. Dezember 2007: Art. 3a Abs. 7 lit. c ELG]). Der Beschwerdeführer macht unter Berufung auf Rz. 2084.5 (recte: 6) der Wegleitung über die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV (WEL) geltend, die Anrechnung eines Mindesteinkommens nach Art. 14a Abs. 2 lit. a ELV könne erst sechs Monate nach Zustellung der Verfügung wirksam werden. Die Vorinstanz habe die Frage nach dem Zeitpunkt der Änderung nicht überprüft, obschon er diesbezüglich in der Replik eine Verletzung des Willkürverbotes und von Treu und Glauben gerügt habe.

3.
3.1 Gemäss Art. 14a Abs. 2 lit. a ELV ist Invaliden unter 60 Jahren bei einem Invaliditätsgrad von 40 bis unter 50 Prozent mindestens der um einen Drittel erhöhte Höchstbetrag für den Lebensbedarf von Alleinstehenden nach Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe a ELG anzurechnen.
Nach Rz. 2084.6 WEL wird die Herabsetzung einer laufenden EL infolge der Anrechnung eines Mindesteinkommens (u.a. gestützt auf Art. 14a Abs. 2 lit. a ELV) sechs Monate nach Zustellung der entsprechenden Verfügung wirksam.
3.2
3.2.1 Die Vorinstanz hat sich, was der Beschwerdeführer übersehen hat, im Rahmen der replikweise erhobenen diesbezüglichen Verfassungsrügen auch zur Frage geäussert, ab welchem frühesten Zeitpunkt die Ergänzungsleistung als Folge der (erstmaligen) Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens herabzusetzen ist. Sie hat erwogen, gemäss dem am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Art. 112a BV seien Ergänzungsleistungen nur an Personen auszurichten, deren Existenzbedarf durch die Invalidenversicherung nicht gedeckt sei. Da diese Verfassungsbestimmung vorgängig ordnungsgemäss publiziert worden sei (AS 2007 S. 5765) und mit Blick auf die in neueren Urteilen des Bundesgerichts strengere Praxis zu Art. 14a ELV habe die Ausgleichskasse mit der Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens ohne vorherige Ankündigung ohne Willkür gehandelt. Ebenfalls habe der Beschwerdeführer aufgrund der zum 1. Januar 2008 total revidierten gesetzlichen und verfassungsmässigen Grundlage für die Ergänzungsleistung nicht darauf vertrauen dürfen, die in den Vorjahren unterbliebene Anrechnung eines hypothetischen Einkommens werde über die Verfassungs- und Gesetzesrevision hinaus Bestand haben.
3.2.2 Der Beschwerdeführer legt nicht dar, inwiefern diese Erwägungen Bundesrecht verletzen (Art. 95 lit. a BGG). Insoweit genügt die Beschwerde den minimalen Anforderungen an die Begründung nicht (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 134 II 244 E. 2.1 und 2.2 S. 245 f.). Anderseits hat die letzte Totalrevision der Bundesgesetzgebung über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung entgegen der Auffassung der Vorinstanz in Bezug auf die Anrechenbarkeit eines hypothetischen Erwerbseinkommens keine Änderung gebracht. Im Rahmen der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA; AS 2007 S. 5765 ff.) wurde die Ergänzungsleistung auf eine neue Verfassungsgrundlage (Art. 112a BV) gestellt und gleichzeitig das einschlägige Bundesgesetz (ELG) total revidiert (vgl. BBl 2001 S. 2291 ff. und 2005 S. 6221 ff.). Die am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Neuerungen brachten für die Frage der Berücksichtigung eines hypothetischen Erwerbseinkommens bei der EL-Berechnung keine Änderungen. Art. 3a Abs. 7 lit. c ELG, welcher dem Bundesrat die Kompetenz gab, die Anrechnung von Einkünften aus einer zumutbaren Erwerbstätigkeit bei Teilinvaliden und bei Witwen ohne
minderjährige Kinder zu regeln, wurde zu Art. 9 Abs. 5 lit. c ELG. Der seit 1. Januar 1988 geltende Art. 14a Abs. 2 lit. a ELV (Änderung vom 7. Dezember 1987; AS 1987 S 1797) wurde einzig in Bezug auf die verwiesene Gesetzesbestimmung (neu: Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer 1 ELG) geändert. Ebenfalls lässt sich den seither ergangenen Urteilen des Bundesgerichts (u.a. 9C 749/2009 vom 12. November 2009 E. 2.2, 9C 600/2009 vom 8. Oktober 2009 und 9C 190/2009 vom 11. Mai 2009) keine strengere Praxis zu Art. 14a Abs. 2 ELV herauslesen.

3.3 Bei der seit 1. Januar 1988 geltenden Rz. 2084.6 WEL handelt es sich um eine Verwaltungsweisung, welche für das Sozialversicherungsgericht zwar nicht verbindlich, von diesem aber zu berücksichtigen ist, wenn sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren Bestimmungen zulassen (BGE 133 V 450 E. 2.2.4 S. 455). Rz. 2084.6 WEL ist in erster Linie im Kontext der Übergangsbestimmung der Änderung vom 7. Dezember 1987 zu sehen. Danach wird das Erwerbseinkommen bei denjenigen Teilinvaliden und Witwen, die bei

Inkrafttreten der Verordnungsänderung bereits eine Ergänzungsleistung beziehen, nach den Artikeln 14a und 14b bis zur nächsten periodischen Gesamtüberprüfung ihres Anspruchs nur soweit angerechnet, als ein entsprechendes Einkommen schon vor der Verordnungsänderung angerechnet wurde (AS 1987 S. 1798). Sinn und Zweck dieser Regelung ist offensichtlich: Den bei Inkrafttreten von Art. 14a und 14b ELV bereits Ergänzungsleistungen beziehenden Personen soll Zeit eingeräumt werden, ihre Erwerbstätigkeit auszudehnen oder eine allenfalls andere Erwerbstätigkeit zu suchen, um die tiefere Ergänzungsleistung als Folge der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens wettzumachen (vgl. auch SVR 2007 EL Nr. 1, P
40/03, E. 4.2). Rz. 2084.6 WEL zielt in dieselbe Richtung und ist insoweit gesetzmässig. Soweit nach dieser Weisung jedoch jede EL beziehende Person, welcher aufgrund der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens gestützt auf Art. 14a und 14b ELV eine Herabsetzung der Leistung droht, in den Genuss einer sechsmonatigen Frist kommen soll, um die bestehende Erwerbstätigkeit auszudehnen oder eine allenfalls andere aufzunehmen, verliert sie den rein übergangsrechtlichen Charakter und schiesst über den gesetzlichen Rahmen hinaus. Aus Rz. 2084.6 WEL kann daher der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten.

4.
4.1 Der Beschwerdeführer hatte in der vorinstanzlichen Replik sinngemäss geltend gemacht, die Ausgleichskasse wäre nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, ihn (frühzeitig) auf die Änderung der Berechnungsgrundlage im Sinne der Anrechnung eines hypothetischen Mindesteinkommens aufmerksam zu machen. Eine solche Verpflichtung könnte sich höchstens aus dem kraft Art. 1 Abs. 1 ELG in Verbindung mit Art. 2 ATSG auch im EL-Bereich anwendbaren Art. 27 Abs. 2 ATSG ergeben. Danach hat jede Person Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten. Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind (Satz 1 und 2).

4.2 Sinn und Zweck der Beratungspflicht nach Art. 27 Abs. 2 ATSG ist, die betreffende Person in die Lage zu versetzen, sich so zu verhalten, dass eine den gesetzgeberischen Zielen des jeweiligen Erlasses entsprechende Rechtsfolge eintritt (BGE 131 V 472 E. 4.3 S. 478; SVR 2008 IV Nr. 10, I 714/06, E. 4.1). Es geht darum, dass die Versicherten ihre Leistungsansprüche nicht gefährden (BGE 133 V 257 E. 7.2 S. 258 f.; Urteil 9C 1005/2008 vom 5. März 2009 E. 3.2.2). Dagegen kann nicht über das Institut der Beratungspflicht nach Art. 27 Abs. 2 ATSG die Ausrichtung von Leistungen, auf die gesetzlich kein Anspruch besteht, erreicht werden. Vielmehr hat die Verwaltung die (bisher zu Unrecht erbrachten) Leistungen ex nunc et pro futuro einzustellen oder auf das gesetzlich vorgesehene Mass zu reduzieren. In einem zweiten Schritt hat sie gestützt auf Art. 25 Abs. 1 ATSG die zu Unrecht bezogenen Leistungen zurückzufordern, wobei die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung oder prozessuale Revision von Verfügungen oder Einspracheentscheiden (Art. 53 Abs. 1 und 2 ATSG) gegeben sein müssen (BGE 130 V 318 E. 5.2 S. 320; Urteil 8C 284/2009 vom 20. Januar 2010 E. 3.1.1) und soweit der Rückforderungsanspruch noch nicht verwirkt ist (Art. 25 Abs. 2
ATSG).

4.3 Der Beschwerdeführer bezog seit 1. Januar 2001 Ergänzungsleistungen. Bei der Berechnung wurde einnahmenseitig jeweils lediglich die Invalidenrente berücksichtigt. Eine Anrechnung von Einkommen aus der Tätigkeit als selbständiger Architekt erfolgte nicht, da das Geschäft seit Beginn des Leistungsbezugs Verluste schrieb. Es wurde aber auch kein hypothetisches Einkommen gestützt auf Art. 14a Abs. 2 lit. a ELV angerechnet. Gemäss Mitteilung der Kantonalen Steuerverwaltung vom 9. Dezember 2003 betrugen die für die Staats- und Gemeindesteuer 2001 massgebenden Einkünfte aus selbständigem Haupterwerb - Fr. 27'185.-. Am 4. Februar 2004 bestätigte die Steuerbehörde, dass für 2002 kein steuerbares Einkommen vorliege. Im Rahmen der periodischen Überprüfung der Ergänzungsleistung im März 2008 holte die Ausgleichskasse bei der Kantonalen Steuerverwaltung die Zahlen für 2006 ein. Gemäss Mitteilung vom 19. März 2008 betrugen die steuerbaren Einkünfte aus selbständigem Haupterwerb - Fr. 16'350.-. Spätestens in diesem Zeitpunkt muss die Nichtberücksichtigung eines hypothetischen Einkommens nach Art. 14a Abs. 2 lit. a ELV als gesetzwidrig bezeichnet werden, was einer entsprechenden Korrektur auf den gesetzlich frühest möglichen Zeitpunkt rief.
Wenn die Ausgleichskasse daher ab 1. August 2008 ein - masslich nicht bestrittenes - hypothetisches Einkommen von Fr. 24'126.- anrechnete und die Ergänzungsleistung um diesen Betrag reduzierte, handelte sie nach den gesetzlichen Vorgaben.

5.
Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend hat der Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu tragen

(Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 500.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht von Appenzell Ausserrhoden und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 15. April 2010
Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Meyer Fessler