



Fall-Nr.: AEL 2012/1
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: EL - Ergänzungsleistungen
Publikationsdatum: 26.02.2013
Entscheiddatum: 26.02.2013

Entscheid Versicherungsgericht, 26.02.2013

Art. 13 ELG/SG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG. Rückforderung und Erlass zu Unrecht ausgerichteter ausserordentlicher (kantonaler) Ergänzungsleistungen zur AHV-Rente (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St.Gallen vom 26. Februar 2013, AEL 2012/1).

Präsidentin Karin Huber-Studerus, a.o. Versicherungsrichterin Gertrud Condamin-Voney, Versicherungsrichterin Monika Gehrler-Hug; Gerichtsschreiber Ralph Jöhl

Entscheid vom 26. Februar 2013

in Sachen

A.____,

Rekurrent,

gegen

Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen, Ausgleichskasse des Kantons St. Gallen, Brauerstrasse 54, Postfach, 9016 St. Gallen,

Vorinstanz,

betreffend

a.o. Ergänzungsleistung zur AHV



Sachverhalt:

A.

A.a A.____ meldete sich am 20. Dezember 2007 zum Bezug von Ergänzungsleistungen zur Altersrente an (EL-act. 40). Im Gesuchsformular gab er u.a. an, der Wohnungsmietzins belaufe sich auf Fr. 15'600.-- jährlich, das Sparvermögen auf Fr. 24'124.-- und der Ertrag daraus auf Fr. 58.--. Gemäss dem seit 1. Mai 2000 gültigen Mietvertrag (EL-act. 42-3) belief sich der Wohnungsmietzins allerdings nur auf Fr. 15'360.--. Die Differenz zum angegebenen Betrag von Fr. 15'600.-- resultierte aus der - nicht abzugsfähigen - Miete für den Autoabstellplatz von Fr. 240.-- jährlich. Die EL-Durchführungsstelle nahm rückwirkend ab 1. Dezember 2007 eine Anspruchsberechnung vor (EL-act. 38). Dabei berücksichtigte sie den gesamten Mietzins von Fr. 15'600.--, ohne den Mietzins für den Autoabstellplatz auszuscheiden und ohne die gesetzliche Höchstgrenze für den Mietzinsabzug von Fr. 15'000.-- zu berücksichtigen. Bei korrekter Vorgehensweise hätte der Betrag von Fr. 15'000.-- als Mietzinsabzug in die Berechnung der ordentlichen (bundesrechtlichen) Ergänzungsleistungen und der Restbetrag von Fr. 360.-- in die Berechnung der ausserordentlichen (kantonalen) Ergänzungsleistungen eingesetzt werden müssen. Da der gesamte Betrag unter Missachtung der gesetzlichen Höchstgrenze in die Berechnung der ordentlichen Ergänzungsleistungen eingesetzt wurde, unterblieb eine Anspruchsberechnung für die ausserordentlichen Ergänzungsleistungen. Auf der Einnahmenseite berücksichtigte die EL-Durchführungsstelle zudem einen Vermögensertrag von Fr. 5'800.-- statt von Fr. 58.--. Dadurch resultierte aus der (auf die ordentlichen Ergänzungsleistungen beschränkten) Anspruchsberechnung ein Ausgabenüberschuss von lediglich Fr. 3'398.--. Dieser Ausgabenüberschuss lag unter dem gesetzlichen Pauschalbetrag für die Krankenkassenprämien von Fr. 6'168.-- für ein Ehepaar. Deshalb hätte von einer "Minimalgarantie", d.h. von einem jährlichen Ergänzungsleistungsanspruch in diesem Betrag ausgegangen werden müssen. Stattdessen berücksichtigte die EL-Durchführungsstelle eine "Minimalgarantie" von Fr. 3'408.--, wobei sie offenbar auf den gesetzlichen Pauschalbetrag für eine alleinstehende Person (Fr. 3'084.--) abstellen wollte, aber die Ziffern verwechselte. Mit einer Verfügung vom 13. März 2008 sprach sie dem Versicherten für Dezember 2007 eine ordentliche Ergänzungsleistung von Fr. 283.--,



aber keine ausserordentliche Ergänzungsleistung zu (EL-act. 37-4). Bei der Anspruchsberechnung ab Januar 2008 (EL-act. 37-3) berücksichtigte sie einen Mietzins von Fr. 24'124.-- statt von Fr. 15'360.--, d.h. sie verwechselte den Betrag des Sparvermögens mit dem Mietzins. Für die Berechnung der ordentlichen Ergänzungsleistung war dieser Fehler bedeutungslos, da die EL-Durchführungsstelle nun die gesetzliche Höchstgrenze von Fr. 15'000.-- einhielt. Konsequenterweise hätte die Differenz von Fr. 9'124.-- bis zum (kantonalen) gesetzlichen Höchstbetrag von Fr. 5'000.-- - oder korrekt die effektive Differenz von Fr. 360.-- - zur Grundlage einer Anspruchsberechnung für die ausserordentlichen Ergänzungsleistungen gemacht werden müssen. Dies unterblieb aber. Auf der Einnahmenseite berücksichtigte die EL-Durchführungsstelle wieder einen Vermögensertrag von Fr. 5'800.-- statt von Fr. 58.--. Dadurch resultierte ein Ausgabenüberschuss von Fr. 2'942.--. Diesmal wurde die korrekte "Minimalgarantie" für ein Ehepaar (im Jahr 2008) von Fr. 6'312.-- angewendet. Mit einer zweiten Verfügung vom 13. März 2008 sprach die EL-Durchführungsstelle dem Versicherten ab Januar 2008 eine ordentliche Ergänzungsleistung von Fr. 526.-- monatlich zu (EL-act. 37-1).

A.b Aufgrund einer telephonischen Auskunft des Treuhänders des Versicherten (EL-act. 34) erkannte die EL-Durchführungsstelle ihren Fehler in Bezug auf die Höhe des Vermögensertrags (Fr. 58.-- und nicht Fr. 5'800.--). Die entsprechend korrigierte neue Anspruchsberechnung ab Dezember 2007 ergab einen Ausgabenüberschuss von Fr. 9'146.--. Damit wurde der frühere Fehler in Bezug auf "Minimalgarantie" faktisch korrigiert. Nicht korrigiert wurde die Höhe des Mietzinses, so dass eine Anspruchsberechnung für die ausserordentlichen Ergänzungsleistungen auf der Grundlage eines Mietzinsanteils von Fr. 360.-- weiterhin unterblieb. Mit einer Verfügung vom 3. April 2008 sprach die EL-Durchführungsstelle dem Versicherten für Dezember 2007 eine ordentliche Ergänzungsleistung von Fr. 762.-- zu (EL-act. 33-4). Auch bei der Anspruchsberechnung ab Januar 2008 wurde nur der Betrag für den Vermögensertrag korrigiert. Als Mietzins wurde weiterhin der Betrag des Sparvermögens (Fr. 24'124.--) angerechnet, was sich aber dank des hier berücksichtigten gesetzlichen Maximums von Fr. 15'000.-- nicht auf die Anspruchsberechnung für die ordentlichen Ergänzungsleistungen auswirkte. Nach wie vor unterblieb eine Anspruchsberechnung für die ausserordentlichen Ergänzungsleistungen. Der Ausgabenüberschuss belief sich auf Fr. 8'684.--, was ordentliche Ergänzungsleistungen von Fr. 724.-- monatlich ergab. Mit



einer zweiten Verfügung vom 3. April 2008 sprach die EL-Durchführungsstelle dem Versicherten mit Wirkung ab Januar 2008 diesen Betrag zu (EL-act. 33-1). In den Anspruchsberechnungen ab Januar 2009 (EL-act. 32-3) und ab Januar 2010 (EL-act. 27-3) blieb es bei der Berücksichtigung eines Mietzinses von Fr. 24'124.-- bzw. des gesetzlichen Maximalbetrags von Fr. 15'000.--. Die EL-Durchführungsstelle prüfte keinen Anspruch auf ausserordentliche Ergänzungsleistungen. Die ordentlichen Ergänzungsleistungen beliefen sich im Jahr 2009 auf Fr. 720.-- monatlich (EL-act. 32-1) und im Jahr 2010 auf Fr. 778.-- (EL-act. 27-1).

A.c Am 29. Dezember 2010 ermittelte die EL-Durchführungsstelle den Anspruch auf ordentliche Ergänzungsleistungen ab Januar 2011 (EL-act. 26). Dabei ging sie wieder von einem Mietzins im Betrag des Sparvermögens (Fr. 24'124.--) aus. Nun erkannte sie aber, dass der den gesetzlichen Höchstbetrag von Fr. 15'000.-- überschreitende Teil die Grundlage der Prüfung eines Anspruchs auf ausserordentliche Ergänzungsleistungen bilden musste. Da sich der gesetzliche Höchstbetrag dort auf Fr. 5'000.-- belief, legte sie der Berechnung der ausserordentlichen Ergänzungsleistungen diesen Betrag zugrunde. Daraus resultierte ein monatlicher Anspruch auf ausserordentliche Ergänzungsleistungen für das Jahr 2011 von Fr. 417.--. Die ordentlichen Ergänzungsleistungen für das Jahr 2011 machten Fr. 799.-- monatlich aus. Am 29. Dezember 2010 verfügte die EL-Durchführungsstelle entsprechend (EL-act. 25). Eine rückwirkende Berechnung für einen Anspruch auf ausserordentliche Ergänzungsleistungen unterblieb. Die EL-Durchführungsstelle begründete diese Verfügung damit, dass sich die Berechnungsgrundlage geändert habe, weshalb die Ergänzungsleistungen neu hätten berechnet werden müssen.

A.d Am 5. August 2011 eröffnete die EL-Durchführungsstelle von Amtes wegen ein Revisionsverfahren (EL-act. 22), bei dem sie sämtliche Einnahmen- und Ausgabenpositionen überprüfen wollte. Zu diesem Zweck stellte sie dem Versicherten einen umfassenden Fragebogen zu und sie verlangte die Einreichung aller Unterlagen, die zu den einzelnen Einnahmen- und Ausgabenpositionen beim Versicherten vorhanden waren. In diesem Revisionsverfahren machte der Versicherte keine Angaben zum Mietzins. Er legte aber eine Kopie des Mietvertrags mit Wirkung ab 1. Mai 2000 bei (EL-act. 21-1), laut dem sich der Wohnungsmietzins (ohne Autoabstellplatz) auf Fr. 1'280.-- bzw. Fr. 15'360.-- belief. Die EL-Durchführungsstelle hielt in einer undatierten internen Notiz fest (EL-act. 17-2), bei der EL-Anmeldung sei irrtümlicherweise als Miete das



Vermögen von Fr. 24'124.-- angenommen worden. Seit Januar 2011 habe das Auswirkungen gehabt, da der Versicherte ab diesem Zeitpunkt ausserordentliche Ergänzungsleistungen erhalten habe. Deshalb müsse mit Wirkung ab 1. Januar 2011 eine Rückforderung erfolgen. Die EL-Durchführungsstelle erliess am 28. Dezember 2011, d.h. während des laufenden Revisionsverfahrens, eine Verfügung mit Wirkung ab Januar 2012, in der sie die Erkenntnisse gemäss der genannten Notiz nicht umsetzte, sondern weiterhin einen Mietzins von Fr. 24'124.-- anrechnete und dementsprechend dem Versicherten ausserordentliche Ergänzungsleistungen von Fr. 417.-- monatlich zusprach (EL-act. 14, 15). Der internen Notiz wurde erst mit der Verfügung vom 27. März 2012 Rechnung getragen. Die EL-Durchführungsstelle nahm eine Neuberechnung ab Januar 2011 vor, bei der sie für die ordentlichen Ergänzungsleistungen den gesetzlichen Höchstbetrag von Fr. 15'000.-- und für die ausserordentlichen Ergänzungsleistungen den restlichen effektiven Wohnungsmietzins von Fr. 360.-- berücksichtigte. Es resultierten ordentliche Ergänzungsleistungen von Fr. 803.-- monatlich und ausserordentliche Ergänzungsleistungen von Fr. 30.-- monatlich (EL-act. 13). Dieselbe Korrektur bei der Anspruchsberechnung ab Januar 2012 ergab ordentliche Ergänzungsleistungen von Fr. 829.-- monatlich und ausserordentliche Ergänzungsleistungen von weiterhin Fr. 30.-- monatlich (EL-act. 12). Daraus resultierte eine geringe Nachzahlung ordentlicher und eine beträchtliche Rückforderung ausserordentlicher Ergänzungsleistungen. Nach der Verrechnung verblieb eine Rückforderung ausserordentlicher Ergänzungsleistungen von Fr. 5'745.--. Die kombinierte Korrektur- und Rückforderungsverfügung erging am 27. März 2012 (EL-act. 11). Zur Begründung führte die EL-Durchführungsstelle an, aufgrund der periodischen Überprüfung habe sie festgestellt, dass sie irrtümlicherweise eine jährliche Miete von Fr. 24'124.-- berücksichtigt habe. Die effektive Miete ohne Garage habe jedoch nur Fr. 15'360.-- betragen. Ab Januar 2011 habe sich das ausgewirkt, da ab diesem Zeitpunkt ausserordentliche Ergänzungsleistungen ausgerichtet worden seien. Der effektive Anspruch auf ausserordentliche Ergänzungsleistungen habe aber nur Fr. 30.-- monatlich betragen. Deshalb müssten die zuviel ausbezahlten ausserordentlichen Ergänzungsleistungen zurückgefordert werden.

A.e Der Versicherte machte in einer mit "Einsprache gegen die AEL-Verfügung vom 27.03.2012" überschriebenen Eingabe vom 20. April 2012 geltend (EL-act. 10-1), es sei ihm unmöglich, der Rückforderung nachzukommen. Er habe in der AEL-Berechnung



keinen Fehler erkannt, denn er habe die Sachlage so interpretiert, dass unabhängig von der Höhe des Mietzinses in jedem Fall Fr. 5'000.-- pro Jahr als ausserordentliche Ergänzungsleistungen bezahlt würden. Mit den nach dem Erreichen des Pensionsalters auf dem weiterhin erzielten Erwerbseinkommen geleisteten Beiträgen seien die zuviel bezogenen ausserordentlichen Ergänzungsleistungen mehr als getilgt. Ab 1. Juni 2012 betrage der Mietzins Fr. 1'550.-- monatlich. Mit einer Verfügung vom 8. Mai 2012 wies die EL-Durchführungsstelle das Erlassgesuch ab (EL-act. 9). Zur Begründung führte sie insbesondere aus, die effektive Miete sei offensichtlich tiefer gewesen als der damals angerechnete Betrag. Der Versicherte sei in den ihm zugestellten Verfügungen jeweils darauf aufmerksam gemacht worden, dass er die Berechnung kontrollieren und allfällige Abweichungen melden müsse. Bei der Durchsicht der Berechnungsblätter hätte ihm der Fehler auffallen müssen. Demnach habe er die zurückgeforderten ausserordentlichen Ergänzungsleistungen nicht gutgläubig bezogen, weshalb das Erlassgesuch abzuweisen sei.

A.f Am 23. Mai 2012 erhob der Versicherte Einsprache. Er machte geltend (EL-act. 3), er könne die Rückforderung nicht bezahlen, weil er kein Bargeld mehr habe und sozusagen von der Hand in den Mund lebe. Der Fehler liege nicht bei ihm, sondern bei der EL-Durchführungsstelle. Er habe nie ein Gesuch gestellt, die ausserordentlichen Ergänzungsleistungen zu erhöhen. Warum eine Neuberechnung vorgenommen worden sei, sei ihm unerklärlich. Er habe wegen der erhöhten ausserordentlichen Ergänzungsleistungen nicht reagiert, weil er geglaubt habe, die Sache sei in Ordnung. Die EL-Durchführungsstelle wies die Einsprache am 17. August 2012 ab (EL-act. 43). Sie führte aus, der Versicherte sei auf seine Pflicht, die Berechnungen zu kontrollieren und allfällige Abweichungen zu melden, aufmerksam gemacht worden. Der effektive Mietzins sei offensichtlich tiefer gewesen als der in den Anspruchsberechnungen berücksichtigte. Dieser Fehler hätte dem Versicherten auffallen müssen. Dazu seien keine Fachkenntnisse nötig gewesen. Demnach habe der Versicherte die zu hohen ausserordentlichen Ergänzungsleistungen nicht in gutem Glauben erhalten. Damit erübrige sich eine Prüfung der grossen Härte.

B.

B.a Der Versicherte erhob am 17. September 2012 (korrekt gemäss Postaufgabe: 10. September 2012) Rekurs gegen diesen Einspracheentscheid (act. G 1). Er machte



geltend, im Berechnungsblatt habe er festgestellt, dass der Mietzins mit dem Vermögen verwechselt worden sei. Dieser Verwechslung habe er aber keine Bedeutung beigemessen, weil die Ergänzungsleistung gleich geblieben sei. Er sei der festen Überzeugung gewesen, richtig zu handeln. Die Schuldigen seien die AHV-Angestellten. Er habe nie die Absicht gehabt, ausserordentliche Ergänzungsleistungen zu beziehen, die ihm nicht zuständen. Er sei in einer finanziellen Notlage. Der geschuldete Betrag sei durch die nach dem Erreichen des Pensionsalters bezahlten Steuern mehr als gedeckt.

B.b Die Vorinstanz beantragte am 21. September 2012 die Abweisung des Rekurses (act. G 4).

Erwägungen:

1. Die Vorinstanz hat die Eingabe des Rekurrenten vom 20. April 2012 als reines Erlassgesuch interpretiert. Bei einer oberflächlichen Auslegung scheint sich der Rekurrent tatsächlich darauf beschränkt zu haben, die Erfüllung der Erlassvoraussetzungen der grossen Härte und des gutgläubigen Bezugs der zurückgeforderten ausserordentlichen Ergänzungsleistungen zu behaupten. Bei genauerer Analyse zeigt sich aber, dass er mit der Rückforderung, und damit implizit auch mit der Korrektur der früheren formell rechtskräftigen Leistungsverfügungen, nicht einverstanden ist, ohne dies aber an einem bestimmten, für ihn erkennbaren Fehler festmachen zu können. Indizien dafür sind der Umstand, dass er seine Eingabe nicht als Erlassgesuch, sondern als Einsprache betitelt hat, dass er ausdrücklich erklärt hat, mit der Verfügung vom 27. März 2012 nicht einverstanden zu sein, und dass er geltend gemacht hat, er habe die früheren Verfügungen für richtig gehalten. Daraus ist auf einen Anfechtungswillen zu schliessen, auch wenn eine nachvollziehbare Begründung fehlt. Die Verfügung vom 27. März 2012 kann deshalb entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht in Rechtskraft erwachsen sein. Im Gegenteil hätte die Einsprache gegen diese Verfügung behandelt werden müssen. Das ist bisher nicht geschehen, denn der vorliegend angefochtene Einspracheentscheid äussert sich nur zur Abweisung des Erlassgesuchs. Grundsätzlich müsste das Rekursverfahren also sistiert werden, bis die Vorinstanz über die Einsprache gegen die Verfügung vom 27. März



2012 entschieden hätte bzw. bis feststünde, ob der Rekurrent jenen Einspracheentscheid akzeptieren oder anfechten würde. Da der Ausgang eines solchen Einspracheverfahrens aber mit grosser Wahrscheinlichkeit feststeht und da zudem zu erwarten ist, dass der Rekurrent auch durch einen Einspracheentscheid nicht in die Lage versetzt würde, den eigentlichen Grund für eine Rechtswidrigkeit der Rückforderung zu liefern, rechtfertigen Praktikabilitätsüberlegungen ausnahmsweise eine "Heilung" des Verfahrensfehlers der Vorinstanz. Das Gericht überprüft deshalb - trotz des Fehlens eines Anfechtungsgegenstands in der Form eines Einspracheentscheids - die Rechtmässigkeit der Korrektur der formell rechtskräftigen Leistungsverfügungen und der daraus resultierenden Rückforderung ausserordentlicher Ergänzungsleistungen.

2. Gemäss Art. 13 ELG/SG (sGS 351.5) werden die bundesrechtlichen Bestimmungen über die Ergänzungsleistungen und über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts sachgemäss auf die ausserordentlichen Ergänzungsleistungen angewendet, soweit das kantonale Gesetz keine Regelung enthält. Dieses sieht zwar vor, dass über den Anspruch und die Höhe der ausserordentlichen Ergänzungsleistungen mit einer Verfügung entschieden werde (Art. 11 ELG/SG) und dass diese Verfügung mit einer Einsprache anzufechten sei (Art. 11^{bis} ELG/SG), aber es enthält keine Regelung betreffend die Korrektur formell rechtskräftiger, gestützt auf Art. 11 ELG/SG ergangener Verfügungen oder gestützt auf Art. 11^{bis} ELG/SG ergangener Einspracheentscheide. Das bedeutet, dass diesbezüglich die Bestimmungen des ATSG (sowie die dazu entwickelte Bundesgerichtspraxis) sachgemäss Anwendung finden. Das schliesst die Anwendung des VRP/SG aus. Mit der Anmeldung vom 20. Dezember 2007 hat der Rekurrent praxisgemäss nicht nur ein Gesuch um ordentliche, sondern auch ein Gesuch um ausserordentliche Ergänzungsleistungen gestellt. Er hat einen Mietzins von Fr. 15'600.-- angegeben. Dem beigelegten Mietvertrag ist zu entnehmen gewesen, dass der Wohnungsmietzins effektiv Fr. 15'360.-- betragen hat. Die Vorinstanz hat - zumindest für die Zeit ab Januar 2008 - erkannt, dass bei der Anspruchsberechnung für die ordentlichen Ergänzungsleistungen nur ein Mietzinsmaximum von Fr. 15'000.-- berücksichtigt werden durfte. Da sie (ab Januar 2008) irrtümlicherweise von einem Wohnungsmietzins von Fr. 24'124.-- ausgegangen ist, hätte sie gestützt auf Art. 6 ELG/SG auch eine Anspruchsberechnung für ausserordentliche Ergänzungsleistungen vornehmen



müssen, entweder ausgehend von einem Mietzins von Fr. 24'124.-- mit einem kantonalrechtlichen Mietzinsmaximum von Fr. 5'000.-- oder, wenn sie ihren Fehler erkannt hätte, ausgehend von einem anrechenbaren Mietzinsanteil von Fr. 360.--. Beides ist unterblieben. Sowohl mit der Verfügung vom 13. März 2008 als auch mit der sie ersetzenden Verfügung vom 3. April 2008 hat die Vorinstanz also nur über einen Anspruch auf ordentliche Ergänzungsleistungen befunden. Das kann nur so interpretiert werden, dass sie nicht auf das Gesuch des Rekurrenten um ausserordentliche Ergänzungsleistungen eingetreten ist. Dasselbe gilt für die Verfügung vom 23. Dezember 2008 für das Jahr 2009 und für die Verfügung vom 28. Dezember 2009 für das Jahr 2010. Erst im Rahmen der Berechnung des Anspruchs ab Januar 2011 ist der Vorinstanz aufgefallen, dass bei einem Wohnungsmietzins von Fr. 24'124.-- auch ein Anspruch auf ausserordentliche Ergänzungsleistungen bestehen muss. Damit ist die Vorinstanz schliesslich doch noch auf die Anmeldung vom 20. Dezember 2007 zum Bezug ausserordentlicher Ergänzungsleistungen eingetreten. Dessen ist sie sich allerdings nicht bewusst gewesen. Mit der Zusprache (zu hoher) ausserordentlicher Ergänzungsleistungen erst ab Januar 2011 hat die Vorinstanz den - sachgemäss anwendbaren - Art. 12 Abs. 1 ELG verletzt, laut dem der Anspruch ab dem Beginn des Monats besteht, in dem die Anmeldung eingereicht worden ist. Mit der Verfügung vom 29. Dezember 2010 hätte also über den Anspruch auf ausserordentliche Ergänzungsleistungen ab Dezember 2007 bzw. Januar 2008 entschieden werden müssen. Sie erweist sich demnach zwar in Bezug auf den Anspruchsbeginn als rechtswidrig, aber sie ist unangefochten in formelle Rechtskraft erwachsen. Mit der Verfügung vom 27. März 2012 ist sie dann in Wiedererwägung gezogen worden, allerdings nicht in Bezug auf den Anspruchsbeginn, sondern in Bezug auf die Anspruchshöhe. Die Vorinstanz hat nämlich im Rahmen des Verfahrens der periodischen Revision den Fehler betreffend den Mietzins erkannt und diesen vom Maximum von Fr. 5'000.-- auf Fr. 360.-- reduziert. Dementsprechend hat sie die ausserordentlichen Ergänzungsleistungen von Fr. 417.-- monatlich auf Fr. 30.-- monatlich reduziert. Dabei hat sie sich allerdings auf die Zeit ab Januar 2011 beschränkt, d.h. die Wiedererwägung ist selbst wieder rechtswidrig gewesen, weil sie die Verletzung des Art. 12 Abs. 1 ELG nicht korrigiert und die ausserordentlichen Ergänzungsleistungen von Fr. 30.-- nicht rückwirkend ab der Einreichung der Anmeldung zugesprochen hat. Dieser Fehler bei der Wiedererwägung ist auch im vorliegend angefochtenen Einspracheentscheid nicht korrigiert worden. Da das



Wiedererwägungsverfahren wie jedes andere von der Vorinstanz zu führende Verwaltungsverfahren auf den Grundsätzen der Rechtmässigkeit und der Gleichbehandlung beruhen muss, ist die Entscheidungsfreiheit der Vorinstanz auf die Frage beschränkt gewesen, ob sie ein Wiedererwägungsverfahren eröffnen wolle. Die materielle Wiedererwägung hat rechtmässig und rechtsgleich erfolgen müssen, d.h. die Vorinstanz hat nicht frei darüber entscheiden können, welche Fehler der in Wiedererwägung gezogenen Verfügung sie hat korrigieren und welchen sie hat bestehen lassen wollen. Im angefochtenen Einspracheentscheid hätte die Vorinstanz dem Rekurrenten somit rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs ausserordentliche Ergänzungsleistungen zusprechen müssen. Die Sache ist deshalb zur Ermittlung des Anspruchs auf ausserordentliche Ergänzungsleistungen rückwirkend ab Dezember 2007 an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sollte sich daraus ein Anspruch auf die Nachzahlung ausserordentlicher Ergänzungsleistungen ergeben, würde die Rückforderung entsprechend tiefer ausfallen.

3. Steht die Höhe der Rückforderung zu Unrecht ausgerichteter Leistungen noch nicht formell rechtskräftig fest und wird trotzdem bereits über das Erlassgesuch verfügt, so kann es sich nur um einen Feststellungsentscheid handeln, denn eine Gestaltungswirkung, nämlich der definitive Verzicht auf die Geltendmachung der Rückforderung, ist noch gar nicht möglich, weil die Rückforderungsverfügung selbst noch gar keine Gestaltungswirkung hat entfalten können, d.h. weil noch gar keine definitive Rückforderung entstanden ist. Ein schutzwürdiges Interesse an einer Feststellung (Art. 49 Abs. 2 ATSG) der Erfüllung oder der Nichterfüllung der Erlassvoraussetzungen "auf Vorrat", d.h. für den Fall, dass schliesslich eine Rückforderung in einer bestimmten Höhe entstehen sollte, ist nicht erkennbar. Das gilt auch für den Fall, dass mit grosser Wahrscheinlichkeit mit dem Bestand einer Rückforderung in einem bestimmten Mindestbetrag zu rechnen ist, denn eine Bewertung des früheren Verhaltens des Leistungsempfängers im Hinblick auf die Gutgläubigkeit ist noch nicht definitiv möglich, weil dieses Verhalten sich während der Dauer des unrechtmässigen Leistungsbezugs verändert haben kann. Der angefochtene Einspracheentscheid, der sich nur zur Erlassfrage äussert, ist deshalb als unzulässige Feststellung aufzuheben. Die Vorinstanz, an welche auch diese Sache zurückzuweisen ist, wird nach dem Eintritt der formellen Rechtskraft der nachzuholenden Entscheidung über die Rückforderung über das Erlassgesuch befinden.



Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:

1. Der Rekurs wird dahingehend gutgeheissen, dass der Einspracheentscheid vom 17. August 2012 aufgehoben und die Sache zur weiteren Abklärung und zur anschliessenden neuen Verfügung im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.