

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT ZL.2019.00007 vom 30. April 2019

ZH Sozialversicherungsgericht, 2019-04-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_ZL.2019.00007

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT ZL.2019.00007 du 30 avril 2019

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT ZL.2019.00007 del 30 aprile 2019

Erwägungen

E. 1

X.____, geboren 19 46, reiste im Oktober 200 0 mit seiner Ehefrau und seinen Kindern vom Irak in die Schweiz ein. Ab Juli 2001 wohnten sie in der Stadt Z.____ (Urk. 8/2) und im Juli 2002 wurden sie als Flüchtling e anerkannt (Urk. 8/180/15-16). Von September 2010 bis September 2011 bezog X.____

von der Stadt Z.____ Zusatzleistun gen zu seiner Altersrente (Urk. 2 S. 1, Urk. 8/6, Urk. 8/10 -11, Urk. 8/186). N ach seinem Umzug in die Stadt Y.____

bezog er ab Januar 2012

von der Durchführungsstelle für Zusatzleistungen zur AHV/IV der Stadt Y.____

(nachfolgend: Durchführungsstelle) Zusatzleistungen zu seiner

Altersrente (Ergänzungsleistungen [inklusive Krankheitskosten]; Urk.

E. 1.1

Der Bund und die Kantone gewähren Personen, welche die gesetzlichen Voraussetzungen nach Art. 4-6 des Bundesgesetzes über die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG) erfüllen, Zusatzleistungen zur Deckung ihres Existenzbedarfs (Art. 2 Abs. 1 ELG; §§ 1, 13, 15 und 20 Abs. 1 des Gesetzes des Kantons Zürich über die Zusatzleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, ZLG).

Der Anspruch auf eine jährliche Ergänzungsleistung besteht ab Beginn des Monats, in dem die Anmeldung eingereicht worden ist, sofern sämtliche gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 12 Abs. 1 ELG). Der Anspruch erlischt am Ende des Monats, in dem eine der Voraussetzungen dahingefallen ist (Art. 12 Abs. 3 ELG).

Die jährliche Ergänzungsleistung entspricht dem Betrag, um den die anerkannten Ausgaben die anrechenbaren Einnahmen übersteigen (Art. 9 Abs. 1 ELG).

E. 1.2.1

Gemäss Art. 4 Abs. 1 ELG setzt der Anspruch auf Ergänzungsleistungen den zivilrechtlichen Wohnsitz und den gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz im Sinne von Art. 13 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) voraus.

Als zusätzliche Voraussetzung für Ausländerinnen und Ausländer müssen sie sich n ach Art. 5 unmittelbar vor dem Zeitpunkt, ab dem die Ergänzungsleistungen verlangt we rd en,

während zehn Jahren ununterbrochen in der Schweiz aufhalten haben (Karenzfrist; Abs. 1). Für Flüchtlinge und staatenlose Personen beträgt die Karenzfrist fünf Jahre.

E. 1.2.2

Der Wohnsitz einer Person bestimmt sich gemäss Art. 13 Abs. 1 ATSG nach den Art. 23-26 des Zivilgesetzbuches (ZGB; in der seit 1. Januar 2013 gültigen Fassung). Der zivilrechtliche Wohnsitz einer Person befindet sich danach an dem Ort, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält (Art. 23 Abs. 1 ZGB) und den sie sich zum Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen gemacht hat (BGE 127 V 237 E. 1; BGE 125 III 100 E. 3).

Ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat eine Person an dem Ort, an dem sie während längerer Zeit lebt, selbst wenn diese Zeit zum Vornherein befristet ist (Art. 13 Abs. 2 ATSG). Nach der Rechtsprechung ist für den "gewöhnlichen Aufenthalt" der tatsächliche Aufenthalt in der Schweiz und der Wille, diesen Aufenthalt aufrecht zu erhalten, massgebend ; zusätzlich dazu muss sich der Schwerpunkt aller Beziehungen in der Schweiz befinden (BGE 141 V 530 E. 5.3, 136 V 244 E. 7.2.3; 119 V 98 E. 6c , 111 E. 7b ; 112 V 164 E. 1a; Urteil des Bundesgerichts 9C_729/2014 vom 16. April 2015 E. 3).

E. 1.2.3

Zu den Voraussetzungen des Wohnsitzes und des gewöhnlichen Aufenthaltes in der Schweiz sieht die Randziffer (Rz) 2310.01 der Wegleitung über die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV (WEL) des Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV), gültig ab 1. April 2011, Stand 1. Januar 2019, vor, dass die Ergänzungsleistung bei einem längeren Auslandsaufenthalt eingestellt und erst nach der Rückkehr in die Schweiz wieder ausgerichtet wird.

Des Weiteren hat das BSV in der WEL detailliert geregelt, ab wann die Ergänzungsleistungen infolge Aufgabe des gewöhnlichen Aufenthalts in der Schweiz einzustellen und ab wann sie infolge Wiederaufnahme des gewöhnlichen Aufenthalts wieder auszurichten sind. So wird laut

Rz 2330.01 , wenn sich eine Person – auch über den Jahreswechsel – mehr als drei Monate (92 Tage) am Stück ohne triftigen oder zwingenden Grund im Ausland aufhält, die Ergänzungsleistung ab dem darauffolgenden Kalendermonat eingestellt. Die Ergänzungsleistung wird ab dem Kalendermonat wieder ausgerichtet, in welchem die betreffende Person in die Schweiz zurückkehrt. Die Tage der Ein- und Ausreise gelten nicht als Auslandsaufenthalt.

Ferner sieht die WEL für den Fall, dass sich eine Person im selben Kalenderjahr insgesamt mehr als sechs Monate (183 Tage) im Ausland aufhält, das Entfallen des Ergänzungsleistungsanspruchs für das gesamte Kalenderjahr und die Zurückforderung der bereits ausgerichteten Ergänzungsleistungen vor (Rz 2330.02).

Bei Auslandsaufenthalten aus triftigen Gründen , unter denen berufliche Zwecke oder eine Ausbildung, nicht aber Ferien- oder Besuchszwecke zu verstehen ist , ist eine Weiterausrichtung der Ergänzungsleistungen für maximal ein Jahr vorzusehen (Rz 2340.01-02). Im Falle von zwingenden Gründen in Form von gesundheitlichen Gründen oder höherer Gewalt gilt die Weiterausrichtung für die gesamte Zeitdauer, solange der Schwerpunkt aller Beziehungen in der Schweiz verbleibt (Rz 2340.03-04).

E. 1.2.4

Bei den Bestimmungen der WEL handelt es sich um Verwaltungsweisungen, die sich grundsätzlich nur an die Durchführungsstellen richten und für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich sind. Jedoch

weicht das Gericht nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 141 V 365 E. 2.4, 140 V 543 E.

3.2.2.1, 138 V 346 E. 6.2, 137 V 1 E. 5.2.3, 133 V 257 E. 3.2 mit Hinweisen). Auf dem Wege von Verwaltungsweisungen dürfen indes keine über Gesetz und Verordnung hinausgehenden Einschränkungen eines materiellen Rechtsanspruchs eingeführt werden (BGE 132 V 121 E. 4.4). 1.3

Nach Art. 28 Abs. 2 ATSG haben Personen, die Versicherungsleistungen beanspruchen, unentgeltlich alle Auskünfte zu erteilen, die zur Abklärung des Anspruchs und zur Festsetzung der Versicherungsleistungen erforderlich sind. Die Mitwirkungspflicht – als Korrelat zum Untersuchungsgrundsatz – hat allgemeine Bedeutung und gilt daher auch auf dem Gebiet der Ergänzungsleistungen (Urteil des Bundesgerichts P 88/02 vom 31. Juli 2003 E. 2.2).

E. 1.4

3

Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt (Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG; sogenannter Erlass der Rückforderung). 2.

E. 1.4.1

Gemäss Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG (in Verbindung mit Art. 2 ATSG und Art. 1 Abs. 1 ELG) sind unrechtmässig bezogene Ergänzungsleistungen zurückzuerstatten.

Die Unrechtmässigkeit des Bezugs von Ergänzungsleistungen ergibt sich dadurch, dass die Berechnungsgrundlagen rückwirkend angepasst werden und aus der Neuberechnung ein tieferer Anspruch resultiert als ursprünglich ausgerichtet (Carigiet/Koch, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, 2. Auflage 2009, S. 98). Die Pflicht zur Rückerstattung unrechtmässig bezogener Leistungen besteht unabhängig von einem allfälligen Verschulden. Selbst ein der Verwaltung zuzurechnender Fehler ändert nichts an der Rückerstattungspflicht (Müller, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum ELG, 3. Auflage 2015, S. 354, Art. 25 ATSG Rz 8; Urteil des Bundesgerichts P 63/2004 vom 2. Februar 2006 E. 2.2.3). Bei der Neuberechnung der Ergänzungsleistungen zur Ermittlung des Rückerstattungsbeitrages ist von den Verhältnissen auszugehen, wie sie im Rückerstattungszeitraum tatsächlich bestanden haben. Namentlich sind alle anspruchrelevanten Tatsachenänderungen zu berücksichtigen (BGE 138 V 298 E. 5, 126 V 23 E. 4b, 42 E.

2b, 122 V 19 E. 5 und E. 5c; Urteil des Bundesgerichts P 63/02 vom 8. Mai 2003 E. 3.3).

Ob ein Leistungsbezug unrechtmässig ist, beurteilt sich nach der Sach- und Rechtslage, die zur Zeit der Ausrichtung der zurückzufordernden Leistung bestand (Müller, a.a.O., S. 355, Art. 25 ATSG Rz 10).

E. 1.4.2

Die Rückforderung rechtskräftig verfügbarer Leistungen durch die Verwaltung ist nur unter den für die Wiedererwägung oder die prozessuale Revision massgebenden Voraussetzungen zulässig (BGE 126 V 23 E. 4b, 42 E. 2b, je mit Hinweisen). Mit der Wiedererwägung kann der Versicherungsträger auf eine formell rechtskräftige Verfügung zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG). Bei der prozessualen Revision gemäss Art. 53 Abs. 1 ATSG sind formell rechtskräftige Verfügungen und Einspracheentscheide in Revision zu ziehen, wenn die versicherte Person oder der Versicherungsträger nach deren Erlass erhebliche neue Tatsachen entdeckt oder Beweismittel auffindet, deren Beibringen zuvor nicht möglich gewesen war.

E. 2

S. 1 f., Urk. 8/6, Urk. 8/43, Urk. 8/69).

Im Oktober 201

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin

führte im angefochtenen Einspracheentscheid

zur Begründung im Wesentlichen aus, es stehe fest, dass der Beschwerdeführer am 25. Oktober 2000 in die Schweiz eingereist sei. Ob er sich bereits vor 2010 und unmittelbar vor dem Bezug von

Zusatzleistungen bereits wiederkehrend länger im Ausland aufgehalten habe, sei aufgrund der vorliegenden Akten des Migrationsamtes und der Stadt Z. ___ nicht mehr rekonstruierbar, weshalb angenommen werden müsse, dass sich der Beschwerdeführer unmittelbar vor dem Bezug von Zusatzleistungen (im Sinne von Art. 5 Abs. 2 ELG) als Flüchtling 5 Jahre ununterbrochen in der Schweiz aufgehalten habe.

Aufgrund der Datenstempel im Reisepass des Beschwerdeführers, gültig vom 14. April 2011 bis 13. April 2016, sei indes erwiesen, dass er sich im Jahr 2011 während 5 Monaten, im Jahr 2013 während 9 Monaten, im Jahr 2014 während knapp 5 Monaten und im Jahr 2015 während mehr als 3 Monaten im Irak aufgehalten habe. Seine Familie (Ehefrau und zwei Kinder) hätten sich zudem von August 2011 bis Ende August 2013 im Irak aufgehalten.

Es sei daher davon auszugehen, dass sich der Beschwerdeführer überwiegend im Ausland aufgehalten habe und sich der Schwerpunkt seiner Beziehungen im Ausland befunden hätten. Dafür spreche, dass seine Familie nach ihrer Rückkehr aus dem Irak im August 2013 wieder in der Schweiz gelebt habe und er dennoch bereits am 30. Oktober 2013, mithin nach einer Anwesenheitsdauer von lediglich 2,5 Monaten, wieder in den Irak gereist und erst am 11. Januar 2014 wieder in die Schweiz zurückgekehrt sei. Da die Karenzfrist spätestens im Jahr 2013 unterbrochen worden sei, habe kein Anspruch auf Zusatzleistungen mehr bestanden.

Sodann würden die Auslandsaufenthalte neue Tatsachen darstellen, die Grund für eine prozessuale Revision der ursprünglichen Leistungsverfügungen bilden würden, weil sie nicht gemeldet worden seien (Urk. 2 S.

E. 2.2

Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, es sei unbestritten, dass er sich in den im angefochtenen Entscheid aufgeführten Zeiträumen im Ausland aufgehalten habe. Triftige Gründe würden jedoch einen ansonsten zu langen Auslandaufenthalt rechtfertigen. Der Beschwerdeführer sei zur Zeit seiner langen Auslandsaufenthalte bereits im Pensionsalter gewesen. Es sei ihm aus diesen Gründen nicht möglich, die Kriterien der Ausbildung beziehungsweise der beruflichen Gründe zu erfüllen. Damit werde der Beschwerdeführer als älterer Mensch betreffend die nur für jüngere Menschen geltenden Ausnahmekriterien nach Rz 2340.02 WEL diskriminiert. Daher verstosse diese Auslegung der Ausnahmeregelung gegen das Gleichheitsgebot und sei willkürlich. Auch für Menschen im Pensionsalter müssten angemessene Kriterien gelten, wonach sie sich aufgrund spezieller wichtiger Umstände für längere Zeit im Ausland aufhalten könnten. Solche speziellen Gründe würden bei ihm vorliegen. Seine Reisen hätten dazu gedient, eine möglichst lange Zeit im Jahr 2013 bei seinem todkranken Cousin und dessen Familie im Irak in der Ortschaft Zakho zu verbringen. Dieser sei im Jahr 2016 verstorben. Es sei für ihn die letzte Gelegenheit gewesen, seinen Cousin und Freund das letzte Mal zu sehen. Der Reise würden somit achtenswerte Gründe zugrunde liegen, welche einen hohen Schutzwert besitzen würden. Zum Eventualantrag des Erlasses der Rückforderung sei darauf hinzuweisen, dass er aus einem völlig anderen Kulturkreis stamme und der deutschen Sprache nicht mächtig sei. Er sei nicht in der Lage, den Sinn und Inhalt der administrativen Vorgänge und Vorschriften in der Schweiz zu erkennen. Er habe sich aufgrund der langjährigen Untätigkeit der Behörde guten Glaubens darauf verlassen, dass die Bezahlung der Leistungen rechtens gewesen sei. Dass eine Rückzahlung aufgrund der offensichtlich gegebenen grossen Härte nicht gefordert werden könne, verstehe sich von selbst. Er lebe notorisch am Existenzminimum und sei nicht in der Lage, den geforderten Betrag zurückzubezahlen. Aus den dargelegten Gründen sei das Verfahren nicht von vorneherein aussichtslos, seine Mittellosigkeit sei notorisch ausgewiesen und der Beizug eines Rechtsvertreters sei offensichtlich unerlässlich, weshalb auch die unentgeltliche Rechtspflege begründet sei. Ausserdem sei die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederherzustellen, da ihm durch die Verpflichtung zur Rückzahlung der Summe ein nicht wiedergutzumachender Nachteil drohe.

Es drohe ein Strafverfahren, das für ihn als alten Mann zu einer menschlichen Katastrophe verkommen könne (Urk. 1 S. 3 f.).

E. 2.3

Strittig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht die Zusatzleistungen rückwirkend ab Januar 2012 eingestellt hat und die bereits geleisteten Zusatzleistungen ab Januar 2012 im Gesamtbetrag von Fr. 187'627.--

(Urk. 8/175, Urk. 8/176 S. 5) zurückgefordert hat (hierzu vgl. E. 3 und E. 4 nachfolgend). Des Weiteren ist zu klären, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege im Einspracheverfahren abgewiesen und den Einsprachen gegen die angefochtenen Verfügungen sowie der Beschwerde gegen den angefochtenen Einspracheentscheid die aufschiebende Wirkung entzogen hat (vgl. E. 6 und E. 7 hernach). 3. 3.1

In tatsächlicher Hinsicht ist unstrittig ausgewiesen, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2000 als irakischer Staatsangehöriger in die Schweiz einreiste und er sowie seine Familie (Ehefrau und Kinder) im Jahr 2002 als Flüchtling e

anerkannt wurde n . Von Mitte Juli 2001 bis am 12. September 2011 war er in der Stadt Z.____ angemeldet (Urk. 8/1-3). Am 23. September 2002 war ihm gemäss Auskunft des Migrationsamtes die Aufenthaltbewilligung und am 11. Oktober 2005 die Niederlassungsbewilligung C erteilt worden (Urk. 8/5, Urk. 8/180/15-16). Im Irak war er nach eigenen Angaben als Taxifahrer und Schafhändler tätig gewesen (Urk. 8/152 S. 3, Urk. 8/156 S. 3); in der Schweiz war er gemäss dem Auszug aus dem individuellen Konto der Ausgleichskasse für die Jahre 2005 bis 2011 soweit aktuell nicht erwerbstätig (Urk. 8/120).

Von September 2010 bis September 2011 bezog er zusammen mit seiner Ehefrau von der Stadt Z.____ Zusatzleistungen zu seiner Altersrente (Urk. 2 S. 1, Urk. 8/7, Urk. 8/8/10-11, Urk. 8/186). Am 10. Januar 2012 meldete er sich bei der Beschwerdegegnerin zum Leistungsbezug an (Urk. 8/9), welche ihm ab dem 1. Januar 2012 Ergänzungsleistungen zur AHV-Rente ausrichtete (Urk. 8/6, Urk. 8/43, Urk. 8/69).

Den Akten ist zudem zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer nach seinem Wegzug aus der Stadt Z.____ im September 2011 (Urk. 8/1-2, Urk. 8/53) in die 2,5-Zimmerwohnung seines Sohnes gezogen ist, in welcher auch die Ehefrau des Sohnes sowie dessen Kind wohnten (Urk. 8/9 S. 3, Urk. 8/23, Urk. 8/25, Urk. 8/43, Urk. 8/53). Dies nachdem seine Ehefrau und zwei gemeinsame Kinder im August 2011 in den Irak gereist waren, wo sie sich bis zu ihrer Rückkehr in die Schweiz am 29. August

2013 aufhielten (Urk. 8/38, Urk. 8/58, Urk. 8/180/18 S. 1, Urk. 8/180/20 S. 1). Per 1. Juni 2014 mietete der Beschwerdeführer zusammen mit seiner Ehefrau eine 2,5-Zimmerwohnung an neuer Adresse in der Stadt Y.____ (Urk. 8/44). Kurz darauf, ab 1. September 2014, mietete er zusammen mit seiner Ehefrau und zwei Töchtern sodann eine 4-Zimmerwohnung in der Stadt

Y.____ (Urk. 8/62). Gemäss einem Protokoll der Beschwerdegegnerin zur Befragung des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau vom 18. Oktober 2016 gab der Beschwerdeführer an, elf mittlerweile erwachsene Kinder im Alter von 20 bis 40 Jahren zu haben, von denen sieben in der Schweiz und drei im Irak leben würden. Im Irak würden ausserdem weitere Verwandte leben (Urk. 8/152 S. 3 und S. 5).

Des Weiteren sind in den Jahren 2011 bis 2016 diverse Auslandsaufenthalte des Beschwerdeführers bekannt. Dieser hat die von der Beschwerdegegnerin im angefochtenen Einspracheentscheid aufgeführten Auslandsaufenthalte (Urk. 2 S. 11) nicht in Abrede gestellt. Sie sind denn auch mit den Reisepässen,

gültig vom 14. April 2011 bis 13. April 2016

(Urk. 8/180/17 S. 2 ff.) und gültig vom 29. Juli 2016 bis 28. Juli 2021 (Urk. 8/180/9), ausgewiesen. Ausserdem hatte der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin gegenüber anlässlich der periodischen Überprüfung im Herbst 2016 angegeben, sich vom 29. Oktober 2015 bis 24. Januar 2016 und vom 22. September bis 11. Oktober 2016 im Ausland

aufgehalten zu haben (Urk. 8/168 S. 8).

Es ist somit - soweit aktenkundig und anerkannt - von den folgenden Auslandsaufenthalten des Beschwerdeführers auszugehen: 2011 3. Februar bis 28. April 2011 83 Tage 5. Mai bis 15. Juni 2011 40 Tage 15. September bis 8. Oktober 2011 22 Tage Total 2011 145 Tage
2012

(--)(--) Total 2012 0 Tage 2013 24. Januar bis 20. August 2013 203 Tage 30. Oktober 2013 bis 11. Januar 2014 62 Tage Total 2013 265 Tage 2014 30. Oktober 2013 bis 11. Januar 2014

E. 6

nahm die Durchführungsstelle im Rahmen der ordentlichen Revision der Zusatzleistungen für das Jahr 2016 (Urk. 8/168) Abklärungen zur Dauer und Häufigkeit der Auslandsaufenthalte des Versicherten auf und holte unter anderem die Akten des Migrationsamtes ein (Urk. 8/142-146, Urk. 8/154, Urk. 8/167, Urk. 8/180/15-20).

Mit Verfügung vom 27. Januar 2017 nahm die Durchführungsstelle rückwirkend eine neue Berechnung des Anspruchs auf Zusatzleistungen von Januar 2012 bis November 2016 vor und stellte einen Rückerstattungsbetrag von Fr. 179'129.-- fest (Urk. 8/173). Mit Verfügungen vom 1. Februar 2017 stellte die Durchführungsstelle die Zusatzleistungen rückwirkend per 1. Januar 2012 wegen Unterbruch der Karenzfrist zufolge Auslandsaufenthalt ein (Urk. 8/176) und verpflichtete X.____ sowie seine Ehefrau, A.____, geboren 1957, zur Rückerstattung des Gesamtbetrages von Fr. 187'627.-- (Urk. 8/175), bestehend aus der in der Zeit vom 1. Januar 2012 bis 30. November 2016 geleisteten Ergänzungsleistungen in der Höhe von insgesamt Fr. 179'129.-- und der bis 31. Dezember 2016 geleisteten Krankheitskosten von Fr. 8'498.--. Allfälligen Einsprachen gegen diese Verfügungen entzog die Beschwerdeführerin je die aufschiebende Wirkung

(Urk. 8/173-175). Gegen die Verfügungen vom 27. Januar und 1. Februar 2017 erhob X.____ mit Schreiben vom 13. Februar 2017 je Einsprache und beantragte deren Aufhebung sowie in prozessualer Hinsicht je die unentgeltliche Prozessführung unter Beizug eines Anwaltes und die Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Einsprachen (Urk. 8/181-184).

Mit einem einzigen vereinigten Einspracheentscheid vom 28. November 2018 wies die Durchführungsstelle die Einsprachen ab,

entzog einer dagegen erhobenen Beschwerde die aufschiebende Wirkung und sie gewährte keine unentgeltliche Rechtspflege im Einspracheverfahren (Urk. 2 S. 14). 2.

Hiergegen erhob X.____

mit Eingabe vom 21. Januar 2019 Beschwerde und beantragte, der Einspracheentscheid vom 28. November 2018 sei aufzuheben und es seien ihm die Zusatzleistungen zur AHV/IV rückwirkend ab der Sperrung im bisherigen Umfang zuzusprechen; eventualiter sei ihm die Rückerstattung der Zusatzleistungen

zur AHV/IV zu erlassen. Sodann ersuchte der Beschwerdeführer um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Rechtsmittel im Einsprache- und Beschwerdeverfahren sowie um Bewilligung

der unentgeltlichen

Rechtspflege unter Beizug von Rechtsanwalt Stephan Nüesch

im Einspracheverfahren und sinngemäss im Gerichtsverfahren (Urk. 1 S. 2, S. 4). Die Beschwerdegegnerin schloss in der Beschwerdeantwort vom 23. Februar 2019 auf Abweisung der Beschwerde und beantragte ausserdem, das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung sei aufgrund der voraussichtlichen Aussichtslosigkeit abzuweisen (Urk. 7 S. 2). Mit Eingabe vom 14. März 2019 (Urk. 11) reichte der Beschwerdeführer das ausgefüllte Formular zur Abklärung der prozessualen Bedürftigkeit mit Beilagen ein (Urk. 9, Urk. 10/1-8).

Auf die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, so weit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 9

ff.).

E. 10

Tag 9. Februar bis 19. April 2014 68 Tage 11. Oktober bis 12. Dezember 2014 61 Tage
Total 2014 139 Tage 2015 9. April bis 15. Mai 2015 35 Tage 30. Oktober 2015 bis 24.
Januar 2016 62 Tage Total 2015 97 Tage 2016 30. Oktober 2015 bis 24. Januar 2016 23
Tage 22. September bis 11. Oktober 2016 18 Tage Total 2016 41 Tage 3.2

3.2.1

Bei dieser Ausgangslage ist mit den Parteien ohne Weiteres davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer ursprünglich, mithin nach seiner Einreise in die Schweiz im Jahr 2000, in der Schweiz Wohnsitz im Sinne von Art. 13 Abs. 1 ATSG begründet hat und hier auch seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne von Art.

E. 13

Abs. 2 ATSG hatte (Art. 4 Abs. 1 ELG in Verbindung mit Art. 13 ATSG und Art. 23-26 ZGB).

Die Beschwerdegegnerin

anerkennt ferner auch, dass die zusätzliche Voraussetzung der Karenzfrist von fünf Jahren (bei Flüchtlingen, Art. 5 Abs. 2) unmittelbar vor Anspruchsbeginn Anfang September 2010 - geprüft und anerkannt durch die Durchführungsstelle der Stadt Z. ____ (Urk. 8/186) - erfüllt war (Urk. 2 S. 11). Hiervon ist auszugehen. 3.2.2

Die Karenzfrist, welche gemäss Art. 5 Abs. 1 ELG zu dem Zeitpunkt erfüllt sein muss, von welchem an die Ergänzungsleistung

verlangt wird, ist zudem nur Kriterium für die Entstehung des Anspruchs und als solches nicht geeignet, eine bereits bestehende Bezugsberechtigung erlöschen zu lassen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_174/2015 vom 10. August 2015 E. 3.3). Mithin ist die zusätzliche Voraussetzung von Art. 5 ELG erst dann wieder relevant (vgl. dazu hernach E. 4.5), wenn der ursprüngliche Anspruch auf Ergänzungsleistungen erloschen ist, weil die gesetzliche Voraussetzung

des Wohnsitzes oder jene des gewöhnlichen Aufenthaltes (Art. 4 ELG) weggefallen ist (Urteil des Bundesgerichts P 23/00 vom 26. Juli 2001 E. 6).

4. 4.1

Es ist somit zunächst zu prüfen, ob der Beschwerdeführer den Wohnsitz und/oder den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne von

Art. 4 Abs. 1 ELG in Verbindung mit Art. 13 ATSG und Art. 23-26 ZGB im hier zu beurteilenden Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis 30. November 2016 aufgegeben hat.

Dass der Beschwerdeführer zu einem Zeitpunkt ab Januar 2012 den Wohnsitz in der Schweiz aufgegeben habe, wurde im angefochtenen Einspracheentscheid (Urk. 2) zu Recht nicht behauptet. Zwar hat sich der Beschwerdeführer in den Jahren 2013 bis 2016 jeweils mehrere Wochen respektive Monate im Ausland aufgehalten; jedoch

bestehen keine genügenden Hinweise darauf, dass er jeweils die Absicht hatte, im Ausland, namentlich im Irak, dauernd zu verbleiben, und dass er sich den Irak (wieder) zum Mittelpunkt seiner Lebensinteressen gemacht hat. Etwas anderes wurde denn auch von den Parteien nicht ausgeführt. 4.2 4.2.1

Zum Erfordernis

des gewöhnlichen Aufenthaltes

sind der tatsächliche Aufenthalt in der Schweiz und der Wille massgebend, diesen beizubehalten, wobei sich zusätzlich der Schwerpunkt aller Beziehungen in der Schweiz befinden muss (BGE 119 V 108 E. 6c).

Die in objektivem Sinne zu verstehende Aufenthaltsvoraussetzung wird in der Regel nach der Ausreise ins Ausland nicht mehr erfüllt. Begibt sich jedoch die betroffene Person nur vorübergehend ins Ausland ohne die Absicht, die Schweiz für immer zu verlassen, lässt das Aufenthaltsprinzip nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die beiden Ausnahmen des voraussichtlich kurzfristigen und des voraussichtlich längerfristigen Auslandsaufenthaltes zu.

Ein in diesem Sinne kurzfristiger Auslandsaufenthalt ist gegeben, wenn und soweit sich dieser im Rahmen des allgemein Üblichen bewegt, aus triftigen Gründen (beispielsweise zu Besuchs-, Ferien-, Geschäfts-, Kur- oder Ausbildungszwecken) erfolgt und ein Jahr nicht übersteigt, wobei diese Maximaldauer nur bei Vorliegen eines (wirklich) triftigen Grundes voll ausgeschöpft werden darf. Der Ausnahmegrund des längerfristigen Auslandsaufenthaltes ist gegeben, wenn ein grundsätzlich als kurzfristig beabsichtigter Auslandsaufenthalt wegen zwingender unvorhergesehener Umstände wie Erkrankung oder Unfall über ein Jahr hinaus verlängert werden muss oder wenn von vornherein zwingende Gründe wie Fürsorgemassnahmen, Ausbildung oder Krankheitsbehandlung einen voraussichtlich überjährigen Aufenthalt erfordern (BGE 111 V 180 E. 4 ; Urteile des Bundesgerichts P 25/06 vom 23. August 2007 E. 4.1 und 8C_373/2018, 8C_374/2018 vom 26. September 2018 E. 6).

In der Literatur

wird hierzu ausgeführt, ein Auslandsaufenthalt sei also nur dann nicht als Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltes ins Ausland zu interpretieren, wenn sein Zweck typischerweise nur einen vorübergehenden, kurzfristigen Aufenthalt erfordere - beispielsweise einen Verwandtenbesuch - und wenn die effektive Dauer des Auslandsaufenthaltes der typischen Dauer entspreche. Die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung betonte Maximalgrenze von einem Jahre weise sich somit bei genauerer Betrachtung als von geringer Bedeutung,

da die zulässige Dauer eines Auslandsaufenthaltes durch den Zweck und die entsprechenden typische Aufenthaltsdauer begrenzt werde. Dies lasse sich anhand folgen der Beispiele nachvollziehen: Dauere ein Verwandtenbesuch plangemäss knapp ein Jahr, so könne trotz des Unterschreitens der Maximaldauer von einem Jahr wohl kaum davon ausgegangen werden, dass der gewöhnliche Aufenthalt am bisherigen Ort beibehalten worden sei. Denn ein Verwandtenbesuch dauere typischerweise einige Tage oder höchstens einige Wochen. Ein mehrmonatiger Verwandtenbesuch erscheine deshalb nicht mehr als triftiger Grund für einen Auslandsaufenthalt. Hingegen könne ein Auslandsemester eines Studenten durchaus ein triftiger Grund für einen (solchen) Auslandsaufenthalt sein (Jöhl / Usinger -Egger, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], 3. Auflage, Basel 2016, S. 1729 f. Rz 31).

Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid in demselben Sinne festgehalten, bei der (maximal) einjährigen Dauer eines Auslandsaufenthalts, welcher rechtsprechungsgemäss mit der Aufrechterhaltung des gewöhnlichen Aufenthalts in der Schweiz vereinbar sei, handle es sich nicht um eine strikt anzuwendende Grösse und das Gleiche gelte für den maximal dreimonatigen ununterbrochenen Auslandsaufenthalt, welchen die WEL zulasse. Zur Begründung hat das Bundesgericht darauf hingewiesen, dass die zuzulassende Dauer eines Auslandsaufenthalts in erster Linie von der Art und dem Zweck dieses Aufenthalts abhängt (Urteil des Bundesgerichts 9C_345/2010 vom 16. Februar 2011 E. 5.1).

Analog kann deshalb die WEL auch insoweit nicht als streng verbindlich interpretiert werden, als sie pro Kalenderjahr einen Auslandsaufenthalt von 183 zusammengezählten Tagen zulässt und bei der Überschreitung dieser Zahl die Anspruchsverneinung für das gesamte Kalenderjahr vorsieht (Rz 2330.02). Viel mehr ist im konkreten Anwendungsfall je nach Aufenthaltszweck denkbar, dass der gewöhnliche Aufenthalt in der Schweiz auch bei einer Überschreitung der Summe von 183 Tagen bestehen bleibt, und umgekehrt kann der gewöhnliche Aufenthalt in der Schweiz schon als aufgegeben zu beurteilen sein, wenn sich die Auslandsaufenthalte in einem Kalenderjahr auf weniger als 183 Tage summieren (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_174/2015 vom 10. August 2015, wo das Bundesgericht angesichts einer insgesamt 167tägigen Landesabwesenheit die Fragen nach Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt als klärungsbedürftig erachtet hat ; Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich ZL.2015.00076 E. 4.2.2).

Zu berücksichtigen sind hier die Auslandsaufenthalte ab Januar 2012, denn jene des Jahres 2011 liegen ausserhalb des hier zu beurteilenden Anfechtungs- und Streitgegenstandes.

Im Jahr 2012 sind keine Auslandsaufenthalte aktenkundig (Urk. 180/7) . Jedoch erfolgte im Jahr 2013 ein Auslandsaufenthalt von 203 Tagen am Stück , und zwar vom 24. Januar bis 20. August 2013. Ausserdem war der Beschwerdeführer im Jahr 2013 weitere 62 Tage am Stück im Ausland (vom 30. Oktober bis 31. Dezember 2013). Insgesamt hielt er sich im Jahr 2013 fast 9 Monate im Ausland auf . Mit diesen Auslandsaufenthalten hat der Beschwerdeführer den gewöhnlichen Aufenthalt ins Ausland verlegt, sofern keine der Ausnahmen des voraussichtlich kurzfristigen oder des voraussichtlich längerfristigen Auslandsaufenthaltes im Sinne der hiervoor zitierten Rechtsprechung und Lehre gegeben war, was nach folgend zu klären ist. 4.3 4.3 .1

Der Ausnahmegrund des längerfristigen Auslandsaufenthaltes kommt hier nicht zum Tragen , da keiner der Aufenthalte länger als ein Jahr dauerte und zudem weder aus den Akten noch aus den Vorbringen des Beschwerdeführers zwingende unvorhergesehene Umstände zu

entnehmen sind, welche eine Rückkehr in die Schweiz vor Ablauf eines Jahres verhindert hätten. 4.3 .2

Die Auslandsaufenthalte des Jahres 2013 müssen sich

rechtsprechungsgemäss somit im Rahmen des allgemein Üblichen bewegt haben und aus triftigen Gründen

(beispielsweise zu Besuchs-, Ferien-, Geschäfts-, Kur- oder Ausbildungs zwecken) erfolgt sein (Urteil des Bundesgerichts P 25/06 vom 23. August 2007 E. 4.1) .

Solche Ausnahmegründe

für Auslandsaufenthalte von über drei Monaten und erst Recht für einen Auslandsaufenthalt von über d e r Hälfte des Jahres sind hier ent gegen der Ansicht des Beschwerdeführer s nicht gegeben. Dazu bringt er allein vor, dass er seinen schwerkranken Cousin und Freund im Jahr 2013 noch ein letztes Mal habe besuchen wollen, und zwar eine möglichst lange Zeit (Urk. 1 S. 3). Die s würde indes - wenn überhaupt

- im Rahmen des allgemein Üblichen höchstens einen kurz en Auslandsaufenthalt von der Dauer einer Ferienreise von höchstens wenigen Wochen rechtfertigen, nicht jedoch die Aufenthaltsdauer von fast neun Monaten im Jahr 2013. Dies gilt umso mehr, als es sich nicht um einen nahen Familienangehörigen h andelte , welcher etwa auf die Pflege und Unter stützung des Beschwerdeführer s angewiesen war . Auch die Berücksichtigung eines weiteren Zeitraumes , nämlich vom 24. Januar 2013 bis 19. April 2014 , in welchem der Beschwerdeführer

in

E. 015

vom 22. Dezember 2015 E. 4) . 6 .1.2

Soweit hier der Streitgegenstand die Rück erstattung von unrecht mässig be zo genen Ergänzungsleistungen betrifft, ausgangsgemäss jene von Februar 2013 bis November 2016, kommt de n Einsprache n gegen die Verfügungen vom 27. J anuar und 1. Februar 2017 (Urk. 8/173-175) und d er Beschwerde gegen den Einsprache entscheid vom 28. November

2018 (Urk. 2) somit von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu. Die Beschwerdegegnerin hat die aufschiebende Wirkung diesbezüglich

je zu Unrecht entzogen . 6 .2

Betreffend die Rückforderung für die Leistungen vom 1. Januar

2012 bis 31. Januar 2013 ist der Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Einsprachen und der Beschwerde ausgangsgemäss

gegenstandslos. 7 . 7 .1

Zu prüfen ist sodann der Antrag des Beschwerdeführer s, es sei ihm die unent geltliche Rechtspflege im vereinigten

Einspracheverfahren unter Beizug von Rechtsanwalt Stephan Nüesch zu bewilligen (Urk. 1 S. 2). Diesbezüglich stellt der angefochtene Einspracheentscheid (Urk. 2) eine prozessleitende Verfügung dar, gegen welche die Beschwerde ans Gericht ohne vorhergehendes Einsprache ver fahren zulässig ist (Art. 56 Abs. 1 in Verbindung mit Art.

52 Abs. 1 ATSG). 7.2.7.2.1

Wo die Verhältnisse es erfordern, wird der gesuchstellenden Person im Sozialversicherungsverfahren ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bewilligt (Art. 37 Abs. 4 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG; Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung, BV). Vorausgesetzt sind Bedürftigkeit, Nichtaussichtslosigkeit der Rechtsbegehren sowie sachliche Gebotenheit der Vertretung (BGE 132 V 200 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 9C_52/2015 vom 3. Juli 2015 E. 4.1). 7.2.2

Die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau war angesichts ihrer finanziellen Verhältnisse mit einer AHV-Rente von Fr. 273.-- (zuzüglich Kinderrenten; Urk. 8/137), ohne weitere Einkommen (Urk. 8/120-121) und ohne Vermögen (Urk. 8/116 S. 3, Urk. 8/168 S. 2 f.) ohne Weiteres zu bejahen und wurde von der Beschwerdegegnerin denn auch nicht in Frage gestellt. Des Weiteren

war entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin (Urk. 2 S. 14, Urk. 7 S. 2) die mit den Einsprachen gestellten Rechtsbegehren nicht aussichtslos, wie sich bereits aus dem hiervor Ausgeführten ergibt. 7.2.3

Das weitere Kriterium der sachlichen Gebotenheit der Vertretung ist mit Blick darauf, dass im sozialversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren der Unterstuchungsgrundsatz gilt (Art. 43 ATSG), nur in Ausnahmefällen zu bejahen. Es müssen sich schwierige Fragen rechtlicher oder tatsächlicher Natur stellen. Zu berücksichtigen sind die Umstände des Einzelfalles sowie die Besonderheiten des jeweiligen Verfahrens. Dabei fallen neben der Komplexität der Rechtsfragen und der Unübersichtlichkeit des Sachverhalts auch in der Person des Betroffenen liegende Gründe in Betracht, wie etwa seine Fähigkeit, sich im Verfahren zurecht zu finden (Urteil des Bundesgerichts 8C_557/2014 vom 18. November 2014 E. 4.2 mit weiteren Hinweisen). Ausserdem muss eine gehörige Interessenwahrung durch Dritte (Verbandsvertreter, Fürsorgestellen oder andere Fach- und Vertrauensleute sozialer Institutionen) ausser Betracht fallen (Urteil des Bundesgerichts 9C_52/2015 vom 3. Juli 2015 E.

4.1 mit Hinweisen; BGE 142 V 342, nicht publizierte E. 7.1 [8C_676/2015 vom 7. Juli 2016]).

Hier stand im Einspracheverfahren gesamthaft der Anspruch auf Ergänzungsleistungen für die gesamte Zeit ab Januar 2012 und die Rückforderung eines Betrages von über Fr. 180'000.-- im Streit (Urk. 8/173-176, Urk. 8/181-184). Das Verfahren griff damit besonders stark in die Rechtsposition des Beschwerdeführers ein, zumal er und seine Familie in bescheidenen finanziellen Verhältnissen lebten. Ferner hat die Beschwerdegegnerin in diesem Zusammenhang Strafanzeige bei der zuständigen Staatsanwaltschaft erhoben (Urk. 8/177). Zudem hat die Beschwerdegegnerin über die Leistungseinstellung und Rückforderung mit vier verschiedenen Verfügungen entschieden (Urk. 8/173-176), was für einen Laien wie den Beschwerdeführer nicht ohne Weiteres verständlich ist. Schliesslich stellten sich zur Beurteilung der Rückforderung anspruchsvolle Fragen rechtlicher Natur zu den Anspruchsvoraussetzungen der Karenzfrist und des gewöhnlichen Aufenthaltes. Unter diesen Umständen und angesichts der erheblichen Komplexität des Falles gilt eine unentgeltliche Rechtsvertretung im Einspracheverfahren rechtssprechungsgemäss als geboten, dies selbst dann, wenn die Darlegung der tatsächlichen Gegebenheiten wie hier grundsätzlich keine besonderen Schwierigkeiten

bereiten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_720/2013 vom 9. April 2014 E. 5.1-5.2). Da das Verwaltungsverfahren somit nicht relativ einfach gelagert war, musste sich der Beschwerdeführer auch nicht lediglich mit dem Beizug von Fach- und Vertrauensleuten sozialer Institutionen beziehungsweise unentgeltlicher Rechtsberatungen behelfen.

Damit ist selbst unter Anwendung des geltenden strengen Massstabes die Voraussetzung der Gebotenheit der Rechtsvertretung im Einspracheverfahren

erfüllt. 7.3

Somit hätte dem Beschwerdeführer eine anwaltliche Rechtsvertretung für das Einspracheverfahren zugestanden werden müssen.

Könnte der Einsprecher im Falle des Unterliegens die unentgeltliche Verbeiständung beanspruchen, hat er rechtsprechungsgemäss bei Obsiegen Anspruch auf eine Parteientschädigung (BGE 132 V 200 E. 4., 130 V 570 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 9C_720/2013 vom 9. April 2014 E. 5.1 mit Hinweisen).

Angesichts des Ausgangs des Verfahrens in materieller Hinsicht mit teilweise Obsiegen des Beschwerdeführers (E. 3),

steht

ihm

respektive seinem unentgeltlichen Rechtsvertreter Rechtsanwalt Stephan Nüesch

eine Parteientschädigung für seinen Aufwand im Einspracheverfahren

zu, deren Höhe die Verwaltung festzusetzen hat. 8.

8.1

Zusammenfassend ist nach dem Gesagten festzuhalten, dass die Ausrichtung von Ergänzungsleistungen an den Beschwerdeführer

in der Zeit vom 1. Januar 2012 bis 31. Januar 2013

zu Recht erfolgt war, weshalb die rückwirkende Anspruchsverneinung der Ergänzungsleistungen ab

1. Januar 2012 und die Rückforderung der Leistungen für diese Monate, erlassen mit Verfügungen vom 27. Januar und 1. Februar 2017 (Urk. 8/173-176) und bestätigt mit Einspracheentscheid vom 28. November 2018 (Urk. 2), unrechtmässig sind. Insofern ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Einspracheentscheid aufzuheben.

Der Anspruch auf Ergänzungsleistungen (inklusive Krankheitskosten) für den Zeitraum vom 1. Februar 2013 bis 30. November 2016 wurde wegen Aufgabe des gewöhnlichen Aufenthaltes in der Schweiz ab dem 24. Januar 2013 (Art. 4 Abs. 1 ELG, Art. 13 ATSG) und Wegfall des Anspruchs ab Februar 2013 (Art. 12 Abs. 3 ELG) sowie mangels anschliessender Erfüllung der Karenzfrist von mindestens fünf Jahren (Art. 5 ELG) dagegen im Ergebnis zu Recht verneint. Insofern ist die Sache zu neuer Verfügung über die genaue Höhe der (restlichen) Rückforderung für den Zeitraum vom 1. Februar 2013 bis 30. November 2016 (inklusive vergrütete Krankheits- und Behinderungskosten) im Sinne der Erwägungen

an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. 8.2

Nach Rechtskraft dieses neuen Entscheides wird sie über das Gesuch auf Erlass zu entscheiden haben. 8.3

Der angefochtene Einspracheentscheid ist des Weiteren auch bezüglich der Abweisung der Gesuche um Wiederherstellung (Urk. 2 S. 12 ff.) der aufschiebenden Wirkung der Einsprachen (Urk. 8/173 S. 2, Urk. 8/175 S. 2, Urk. 8/176 S. 5)

zu korrigieren,

sowie bezüglich der Abweisung der Anträge auf Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung im vereinigten

Einspracheverfahren (Urk. 2 S. 13 f.) aufzuheben. Die Beschwerde ist insofern gutzuheissen und die Beschwerdegegnerin ist zu verpflichten, die Höhe der Parteientschädigung an Rechtsanwalt Stephan Nüesch für das Einspracheverfahren festzusetzen. 9.9.1

Der Beschwerdeführer stellte im Rechtsbegehren der Beschwerde wörtlich zwar lediglich den Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Einspracheverfahren (Urk. 1 S. 2). Aus der Beschwerdebegründung geht indes sinngemäss hervor, dass sich dieser Antrag auch auf das vorliegende Beschwerdeverfahren bezieht (Urk. 1 S. 4).

Die Voraussetzungen zur Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung gemäss §

E. 15

Monaten sogar mehr als 11 Monate im Ausland verbracht hat, bestätigt die zweckfremde übermässige Dauer der Auslandsaufenthalte.

Im Übrigen ist die Behauptung nicht belegt. Ein triftiger Grund für die (Dauer der) Auslandsaufenthalte im Jahr 2013 (und anhaltend bis am 11. Januar 2014) ist mit Blick auf deren Art und Zweck somit zu verneinen. Es ist daher davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer den

gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz im Jahr 2013 aufgegeben hat, zumal er im Jahr 2013 in der Schweiz keine eigene Wohnung hatte und seine Ehefrau sowie seine jüngeren Kinder bis Ende August 2013 ebenfalls im Irak weilten. 4.3.3

Sämtliche weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers rechtfertigen keine andere Betrachtungsweise. Namentlich kann der Ansicht des Beschwerdeführers nicht gefolgt werden, dass der Ausnahmegrund des Auslandsaufenthaltes

zwecks Ausbildungs- und/oder Geschäftszwecken sein Alter diskriminiere. Denn dass dieser Ausnahmegrund bei Pensionierten nie zu berücksichtigen sei, wenn diese erwerbstätig sind und/oder eine Ausbildung im Ausland absolvieren -

was durchaus vorkommen kann -, wurde weder in den Verwaltungsweisungen (Rz

2340.01 ff. WEL) noch in der Rechtsprechung so festgelegt. Diese Ausnahme hängt mithin nicht vom Alter ab. Ausserdem handelt es sich hier bei rechtsprechungsgemäss nur um einen von mehreren möglichen Ausnahmegründen (vgl. Urteil des Bundesgerichts P 25/06 vom 23. August 2007 E. 4.1). Ob Rz 2340.02 WEL, wonach als triftige Gründe nur berufliche Zwecke oder eine Ausbildung in Frage kommen, nicht aber ein Aufenthalt zu Ferien- oder Besuchszwecken, insofern gesetzesmässig sei, kann hier offen bleiben, da im vorliegenden Fall - wie ausgeführt - eine Aufenthaltsdauer von fast 9 Monaten für den Besuch eines befreundeten Cousins den nach der Rechtsprechung und Lehre

nach Zweck und Art des Auslandsaufenthaltes zu berücksichtigenden

üblichen und typischen Rahmen jedenfalls übersteigt. Hinzu kommt, dass in den WEL-Bestimmungen dem

Rahmen des allgemein Üblichen

derart in der Regel ausreichend Rechnung getragen wird, als den Leistungsbezügern eine Auslandsaufenthaltsdauer von drei Monaten am Stück und Auslandsaufenthalte von insgesamt bis zu sechs Monaten pro Jahr ohne Grundangabe und ohne Leistungseinstellung zugestanden wird, welche zu Ferien- und Besuchszwecken genutzt werden können. 4.3.4

Somit ist festzuhalten, dass im Jahr 2013 ab Ende Januar 2013 (Art. 12 Abs. 3 ELG) kein Anspruch auf Ergänzungsleistungen

mehr bestand, da die Leistungs Voraussetzung des gewöhnlichen Aufenthaltes (Art. 4 Abs. 1 ELG, Art. 13 Abs. 2 ATSG) ab dem 24. Januar 2013 weggefallen ist. 4.4 4.4.1

Soweit Rz 2330.02 WEL vorsieht, dass der Anspruch auf Ergänzungsleistungen für das gesamte Kalenderjahr 2013 zu verneinen gewesen wäre, ist festzustellen, dass sich dies mit Art. 12 Abs. 3 ELG nicht vereinbaren lässt.

Es hätten dem Beschwerdeführer daher gestützt auf diese Bestimmung betreffend das Jahr 2013 - bei korrekter damaliger Meldung der Auslandsabwesenheiten - erst ab Anfang Februar 2013

und nicht bereits ab Anfang Januar 2013 keine Ergänzungsleistungen (inklusive Krankheitskosten) mehr ausgerichtet werden dürfen.

4.4.2

Dies gilt hier insbesondere auch mit Blick darauf, dass sich der Beschwerdeführer - soweit aktenkundig - im gesamten Jahr 2012 in der Schweiz aufgehalten hat. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass er den gewöhnlichen Aufenthalt - in der hier zu beurteilenden Zeit - zu einem früheren Zeitpunkt als mit der Ausreise im Januar 2013 aufgegeben hätte.

Die Ergänzungsleistungen vom 1. Januar 2012 bis und mit 31. Januar 2013 waren dem Beschwerdeführer somit zu Recht ausgerichtet worden und die nachträgliche Verneinung des Anspruchs für diesen Zeitraum nicht richtig. Insofern besteht entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin kein Rückkommenstitel (Art. 53 ATSG) und die verfügte Rückforderung der Leistungen für diesen Zeitraum ist nicht rechtmässig. 4.5 4.5.1

Mit der Aufgabe des gewöhnlichen Aufenthaltes in der Schweiz im Jahr 2013 ist eine der Voraussetzungen nach Art. 4 Abs. 1 ELG dahingefallen und damit der Anspruch auf Ergänzungsleistungen erloschen.

Der Beschwerdeführer hielt sich im Jahr 2014 in der Folge ab dem 11. Januar bis am 9. Februar 2014, mithin weniger als einen Monat wieder in der Schweiz auf, gefolgt von einem neuen Auslandsaufenthalt von fast 10 Wochen vom 9. Februar bis 19. April 2014. Erst darauf weilte er während längerer Zeit, nämlich vom 19. April bis am 11. Oktober 2014, mithin während fast 6 Monaten, wieder in der Schweiz, und mietete in dieser Zeit, und zwar ab Juni 2014 (Urk. 8/44), schliesslich auch wieder eine eigene Wohnung. Die Dauer der Auslandsaufenthalte erreichte in der Folge sodann nicht mehr dasselbe erhebliche Ausmass wie von Anfang 2013 bis Mitte April 2014.

Ob und ab wann genau damit der gewöhnliche Aufenthalt des Beschwerdeführers wieder in der Schweiz begründet wurde, kann hier allerdings offen gelassen werden, wie sich aus dem nachfolgenden ergibt (vgl. E. 4.5.2). Fest steht bei den vorliegenden Umständen jedenfalls, dass der gewöhnliche Aufenthalt des Beschwerdeführers mindestens bis am 19. April 2014 in der Schweiz nicht neu begründet worden war, sondern im Ausland verblieb. 4.5.2

Nach dem Dahinfallen der Voraussetzung des gewöhnlichen Aufenthaltes in der Schweiz (Art. 4 Abs. 1 ELG) und dem Erlöschen des Leistungsanspruchs per 31. Januar 2013 (Art. 12 Abs. 3 ELG) hätten vor einem allfälligen neuen Anspruchsbeginn wiederum sämtliche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, mithin unmittelbar vor neuem Anspruchsbeginn auch die Karenzfrist nach Art. 5 ELG als Kriterium für die Entstehung des neuen Anspruchs (vgl. Urteile des Bundesgerichts 9C_174/2015 vom 10. August 2015 E. 3.3 und P 23/00 vom 26. Juli 2001 E. 6; vgl. auch Urteil des Sozialversicherungsgericht ZL.2016.00047 vom 14. Juli 2016).

Da der hier zu beurteilende Zeitraum von April 2014 bis am 28. November 2018 unter fünf Jahren (Art. 5 Abs. 2 ELG) liegt, ist davon auszugehen, dass die Karenzfrist in jedem Fall nicht neu bestanden wurde und damit in dieser Zeit auch kein neuer Anspruchsbeginn begründet werden konnte. 4.5.3

Aus dem Gesagten folgt, dass bei (damals) richtiger Beurteilung auch bezüglich der Jahre 2014, 2015 und 2016 kein Anspruch auf Ergänzungsleistungen

gegeben war und die Ausrichtung der Leistungen für diese Jahre daher ebenfalls zu Unrecht erfolgt war. 4.6

4.6.1

Da die nachträglich bekannt gewordenen Auslandsaufenthalte somit zu einem Wegfall der Leistungen ab dem 1. Februar 2013 führen, liegt ein Grund für eine rückwirkende Anpassung der damaligen leistungszusprechenden Verfügungen im Sinne einer prozessualen Revision (Art. 53 Abs. 1 ATSG) vor (vgl. Urteil des Bundesgerichts P 23/00 vom 26. Juli 2001 E. 1b). Ein Rückkommenstitel im Sinne von Art. 53 ATSG ist somit insofern gegeben und die Rückforderung (Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG) der Ergänzungsleistungen (inklusive Krankenkosten; Art. 14 ELG) bezüglich des Zeitraums vom 1. Februar 2013 bis 30. November 2016 ist folglich rechtmässig.

An diesem Ergebnis vermögen sämtliche weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers nichts zu ändern.

Von weiteren Beweismassnahmen, namentlich der vom Beschwerdeführer beantragten Partei- und Zeugenbefragung (Urk. 1 S. 4), sind keine anderen Erkenntnisse zu erwarten, weshalb davon abzusehen ist (antizipierte Beweiswürdigung; BGE 136 I 229

E. 5.3; Urteil des Bundesgerichts 9C_724/2009 vom 16. November 2009 E. 3.2.3.1). 4.6.2

Die

verfügte

rückwirkende Aberkennung des Anspruchs

und die Rückforderung der Ergänzungsleistungen des Zeitraums

vom 1. Januar 2012 bis und 31. Januar 2013 erfolgten zu Unrecht. Insofern sind die Verfügungen vom 27. Januar und 1. Februar 2017 (Urk. 8/173-176), bestätigt mit Einspracheentscheid vom 28. November 2018 (Urk. 2), sowie der Rückforderungsbetrag zu korrigieren.

Weder

aus den vorliegenden Akten noch aus den angefochtenen Entscheiden (Urk. 2, Urk. 8/173-176) geht jedoch abschliessend hervor, welcher Betrag an Ergänzungsleistungen (inklusive Krankheitskosten) im Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis und mit 31. Januar 2013 respektive vom 1. Februar 2013 bis 30. November 2016 insgesamt ausgerichtet worden war. Bekannt sind lediglich die jeweiligen monatlichen Ergänzungsleistungen und der Gesamtbetrag

(Urk. 8/173 S. 19), nicht jedoch die für den jeweiligen Zeitraum vergüteten Krankheits- und Behinderungskosten (Art. 14 ELG).

Die Sache ist daher zur neuen Bestimmung des Rückforderungsbetrages bezüglich des Zeitraumes 1. Februar 2013 bis 30. November 2016 und zu neuer Verfügung über die Höhe des Rückerstattungsanspruchs im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. 5.

Die

weiteren Ausführungen des Beschwerdeführers zum Leistungsempfang in gutem Glauben und zur Härte (Urk. 1 S. 4) betreffen den Eventualantrag auf Erlass des Rückerstattungsbetrages (Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG). Über das Gesuch um Erlass ist in der Regel jedoch erst dann zu entscheiden, wenn der Entscheid über die Rückerstattungspflicht rechtskräftig ist (Carigiet/Koch, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, 2. Aufl. 2009, S. 98 und S. 104; Urteile des Bundesgerichts P 62/04 vom 6. Juni 2005 E. 1.2 und 9C_53/2014 vom 20. August 2014 E. 1). So kann auf die Rückerstattung nur dann bereits im Rahmen der (ersten) Verfügung über die Rückforderung verzichtet werden, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen für den Erlass gegeben sind (Art. 3 Abs. 3 ATSV; Urteil des Bundesgerichts 9C_387/2011 vom 25. Juli 2011 E. 1.2), was hier indes nicht der Fall war.

Die Beschwerdegegnerin

wird daher den Entscheid über das Gesuch auf Erlass nach rechtskräftigem Entscheid der Rückforderung zu fällen haben. 6.

6.1

6.1.1

Hinsichtlich des Antrages des Beschwerdeführers, es sei ihm "im Einsprache- und Beschwerdeverfahren aufschiebende Wirkung zu gewähren" (Urk. 1 S. 2),

gilt, was folgt:

Das Bundesgericht hat dazu in BGE 130 V 407 E. 3.3.2 erwogen, es sei wenig sinnvoll, bei Bezüglern von Ergänzungsleistungen, die weder Vermögen noch Erwerbseinkommen hätten, vor dem rechtskräftigen Entscheid der Erlassfrage die Rückforderung zu vollstrecken. Einsprachen und Beschwerden gegen Verwaltungsakte betreffend die

Rückerstattung unrechtmässig bezogener Ergänzungsleistungen kommt von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu (BGE 130 V 407 E. 3.4). Der Entzug des Suspensiveffekts ordentlicher Rechtsmittel gegen Verfügungen oder Einspracheentscheide über die Rückerstattung unrechtmässig bezogener Ergänzungsleistungen sei mithin unzulässig (Urteil des Bundesgerichts 9C_835/2)

E. 16

Abs. 2 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) sind erfüllt (Urk. 10/1).

In Bewilligung des Gesuchs vom 21. Januar 2019 (Urk. 1) ist dem Beschwerdeführer Rechtsanwalt Stephan Nüesch, Spreitenbach, als unentgeltlicher Rechtsvertreter für das vorliegende Verfahren zu bestellen. 9.2

Das Verfahren ist kostenlos.

Dem

unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Stephan Nüesch, Spreitenbach, steht ausgangsgemäss eine um ein Drittel gekürzte Prozessentschädigung zu, welche nach Art. 61 lit. g ATSG in Verbindung mit § 34 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, nach der Schwierigkeit des Prozesses, dem Zeitaufwand und den Barauslagen auf Fr. 1'200.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen ist.

Im übrigen Umfang von Fr. 600.-- ist er aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Das Gericht beschliesst: 1.

In Bewilligung des Gesuchs vom 21. Januar 2019 wird dem Beschwerdeführer Rechtsanwalt Stephan Nüesch, Spreitenbach, als unentgeltlicher Rechtsvertreter für das vorliegende Verfahren bestellt. 2.

Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wird, soweit sie nicht gegenstandslos ist, wiederhergestellt. und erkennt sodann: 1.

Die Beschwerde wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 28. November 2018 insoweit aufgehoben wird, als er den Anspruch auf Ergänzungsleistungen ab 1. Januar 2012 bis 31. Januar 2013 verneint hat, den Beschwerdeführer zur Rückerstattung der Ergänzungsleistungen für diesen Zeitraum verpflichtet hat,

die aufschiebende Wirkung der Einsprachen entzogen hat,

die Gesuche um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters im vereinigten Einspracheverfahren abgewiesen hat;

und die Sache wird an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, damit sie im Sinne der Erwägungen über die Höhe der Rückforderung betreffend den Zeitraum von 1. Februar 2013 bis 30. November 2016 neu und über die Höhe der Parteientschädigung an Rechtsanwalt Stephan Nüesch für das vereinigte Einspracheverfahren verfüge. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Stephan Nüesch, Spreitenbach, eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'200.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

Im übrigen Umfang von Fr. 600.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) wird der unentgeltliche Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Stephan Nüesch, Spreitenbach, aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Beschwerdeführer wird auf § 16 Abs. 4 GSVGer hingewiesen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Stephan Nüesch - Stadt Y.____, Durchführungsstelle für Zusatzleistungen zur AHV/IV - Bundesamt für Sozialversicherungen - Sicherheitsdirektion Kanton Zürich sowie an: - Gerichtskasse 5.

Gegen diese Entscheidung kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schwellenstrasse 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Die Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin GrünigHartmann

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.