

Stéphanie Dagron / Anne-Sylvie Dupont / Karine Lempen (édit)

Seniors et droit social

DIKE 

 UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

 PÔLE BERENSTEIN
DROIT DU TRAVAIL
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Open-Access-Gold

Publié par :

Dike Verlag

Weinbergstrasse 41

CH-8006 Zurich

www.dike.ch

© Stéphanie Dagron / Anne-Sylvie Dupont / Karine Lempen (édit) 2023

ISBN (Paperback): 978-3-03891-525-6 (Dike Verlag AG, Zürich)

ISBN (PDF): 978-3-03929-035-2

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-035-2>



Cet ouvrage fait l'objet de
la licence Creative Commons CC BY-NC-ND.



Avant-propos

Depuis le début des années 1980, les plans d'action mondiaux sur le vieillissement des populations se succèdent : le Plan d'Action international de Vienne sur le vieillissement (1982), complété par les Principes des Nations Unies pour les personnes âgées (1991), et le Plan d'action international de Madrid sur le vieillissement (2002). Conformément à ce dernier Plan, les Etats se sont engagés à faire face aux défis liés à ce phénomène et à promouvoir une société pour tous les âges. A cette fin, trois axes prioritaires ont été définis : les personnes âgées et le développement, la promotion de la santé et du bien-être jusque dans le troisième âge, et la création d'environnements porteurs et favorables aux populations âgées.

Vingt ans après le plan d'action de Madrid, ces questions sont loin d'être résolues. Au contraire, les personnes âgées sont touchées de façon disproportionnée par les crises sanitaire, humanitaire, économique, climatique et environnementale qui se succèdent depuis le début du 21^e siècle, ce qui révèle la grande vulnérabilité de cette partie de la population et les graves lacunes des systèmes en place, notamment des systèmes sociaux.

La protection des droits des personnes âgées est actuellement discutée, ne disposant d'aucune garantie particulière en droit international (aucune convention internationale des droits humains ne les protège spécifiquement) ou national (la Constitution suisse ne prévoit pas davantage de protection particulière). Dans un discours prononcé au mois d'août dernier, Michelle Bachelet, Haute-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, souligne qu'il est temps de modifier le cadre international des droits humains afin de protéger véritablement les personnes âgées contre les discriminations auxquelles elles continuent d'être confrontées du fait de leur âge, de leur genre, d'un handicap, de leur origine ou en raison d'une situation de pauvreté. Les discriminations touchent tous les aspects de la vie de ces personnes, qu'il s'agisse de l'accès au logement, au travail, aux soins et services de santé ou encore aux services publics marqués par la digitalisation.

Les contributions réunies dans cet ouvrage et présentées lors du colloque « Seniors et droit social : défis actuels », le 6 juin 2023 à l'Université de Genève, abordent un certain nombre de ces thèmes.

Le droit à la sécurité sociale des personnes âgées est-il respecté ? Que signifie pour elles la numérisation des services d'intérêt général ? Les travailleuses et travailleurs sont-ils suffisamment protégés contre la discrimination fondée sur l'âge ? La première partie du livre tente de répondre à ces questions fondamentales à la lumière du droit international et européen. Axée sur le droit suisse, la seconde partie analyse les conditions de travail des aides à domicile, les contrats d'hébergement en appartement protégé, l'organisation du patrimoine à l'arrivée de l'âge de la retraite ainsi que l'épineuse question du financement des soins à domicile et des séjours dans un établissement médico-social.

L'ouvrage est édité par le Pôle Berenstein de la Faculté de droit de l'Université de Genève. Sa réalisation n'aurait pas été possible sans l'aide de Monsieur Alexandre Leuba, auxiliaire de recherche et d'enseignement à la Faculté de droit, qui a fait preuve d'un grand professionnalisme lors des travaux d'édition du manuscrit. Nous sommes très reconnaissantes à Monsieur Raphaël Lourdin, graphiste, d'avoir confectionné une couverture illustrant si bien la solidarité intergénérationnelle et le droit social comme point d'appui. Nous avons également apprécié la façon efficace dont s'est déroulée la collaboration avec la maison d'édition DIKE et sa responsable de publication, Madame Elisabeth Tribaldos. Enfin, nous tenons à remercier chaleureusement nos collègues qui, depuis leur université ailleurs en Suisse ou en Belgique, ont contribué par des articles de grande qualité à cette œuvre collective.

Genève, mars 2023.

Stéphanie Dagron
Anne-Sylvie Dupont
Karine Lempen

Ergänzungsleistungen zur AHV/IV und Vermögensplanung im Hinblick auf das Alter

*Thomas Gächter**

*Carlo Lienhard***

Inhaltsverzeichnis

I.	Ausgangslage und Problemstellung	214
II.	Grundgedanke des Ergänzungsleistungssystems und jüngste Revision	216
	A. Grundgedanke des Ergänzungsleistungssystems	216
	B. Kostenanstieg und Sparbemühungen der jüngsten Revision	217
	C. Eine Einladung zur Vermögensplanung zu Lasten der Ergänzungsleistungen ?	218
III.	Insbesondere: Schwellenwerte, übermässiger Vermögensverzehr und Rückerstattung	220
	A. Schwellenwert für vorhandenes Vermögen (Art. 9a ELG)	220
	B. Übermässiger Vermögensverzehr	222
	1. Angst vor Missbrauch	222
	2. Neue Regelung	223
	a. Zeitraum der Anrechnung	223
	b. «Wichtige Gründe»	223
	3. Mehrfacher Paradigmenwechsel	226
	C. Rückerstattung	227
	1. Gesetzliche Regelung	227
	2. Systematische Würdigung der Rückerstattung rechtmässig bezogener Leistungen	228
	D. Auswirkungen in zeitlicher Hinsicht (Übergangsrecht)	230
IV.	Möglichkeiten der Vermögensplanung	231
	A. Eingeschränkte Möglichkeiten	231

* Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht, Universität Zürich.

** MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht, Universität Zürich.

B. Insbesondere: Immobilien	232
1. Partielle Privilegierung von selbstbewohntem Wohneigentum	232
2. «Günstige» Übertragung als möglicher Ausweg	233
C. Ausgaben für den gewohnten Lebensunterhalt	235
D. Nicht mehr sparen ?	236
V. Fazit	237
Literaturverzeichnis	239

I. Ausgangslage und Problemstellung

Wer von Vermögensplanung spricht, denkt dabei in der Regel an eine wirtschaftlich gut situierte Bevölkerungsschicht, die sich Gedanken darüber macht, wie man den Erhalt und die Vermehrung des Vermögens im Hinblick auf staatliche Steuern und Abgaben sowie bezogen auf verschiedene Vermögensanlagekategorien (Immobilien, Wertschriften etc.) optimieren kann. Diese Bevölkerungsschicht ist in der Schweiz recht breit, weshalb sowohl in den Rechts- wie auch in den Wirtschaftswissenschaften häufig über entsprechende Optimierungsmöglichkeiten geforscht und publiziert wird.

Weniger bewusst ist einem dabei, dass auch am anderen Ende des wirtschaftlichen Spektrums, nämlich bei den weniger vermögenden Bevölkerungsschichten, diese ökonomisch rationalen Überlegungen der Planung und Optimierung stattfinden¹, namentlich im Hinblick auf allfällige Ergänzungsleistungen zur Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) im Rentenalter.

Die entsprechenden Überlegungen haben denn auch mit der jüngsten Revision des Ergänzungsleistungsrechts sprunghaft zugenommen, weil an massgeblichen Stellschrauben (Vermögensgrenze, Rückzahlung aus dem Nachlass, Anrechnung von übermässigem Vermögensverzehr) gedreht wurde und damit etablierte und bislang akzeptierte Praktiken der Bürgerinnen und Bürger in Frage gestellt worden sind. Vor allem der deutlich verstärkte Einbezug des

¹ Z.B. CAMENZIND, S. 966 ff.

Privatvermögens in die Finanzierung der Existenzsicherung im Alter wirft zahlreiche Fragen auf².

Interessanterweise werden diese beiden unterschiedlichen Formen der Optimierung in der öffentlichen Wahrnehmung – zumindest nach unserer Einschätzung – sehr unterschiedlich bewertet. Es scheint demnach moralisch verwerflicher zu sein, sein Vermögen (beispielsweise zu Gunsten der Nachkommen) im Hinblick darauf zu optimieren, dass man gegebenenfalls in höherem Masse von den Ergänzungsleistungen profitieren kann, als beispielsweise Steuern zu optimieren, um dem Staat weniger abliefern zu müssen (und damit auch die Nachkommen und Erben besser zu stellen). Wirtschaftlich betrachtet ist es für den Staat im Ergebnis allerdings gleichbedeutend, ob er einen Betrag von z.B. CHF 100'000.– für eine Ergänzungsleistungen (EL)-beziehende Person ausgeben muss oder ob er denselben Betrag nicht erhält, weil jemand seine Steuern optimiert hat³.

Vorliegend möchten wir uns mit der Frage beschäftigen, welche Veränderungen die jüngste Revision der Ergänzungsleistungsrechts gebracht hat (III) und welche konkreten Auswirkungen diese auf die Planung der Betroffenen im Hinblick auf das Alter haben oder haben können (IV). Die entsprechenden Überlegungen werden mit kurzen Ausführungen zu den Grundgedanken des Ergänzungsleistungssystems eingeleitet, die für die Würdigung der laufenden Entwicklungen von Bedeutung sind (II).

² GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 75 f. ; WIDMER, S. 28 f.

³ Diese irrational anmutende Unterscheidung lässt sich allenfalls mit dem von DANIEL KAHNEMAN und AMOS TVERSKY 1984 beschriebenen Phänomen der «Verlustaversion» erklären (KAHNEMAN/TVERSKY, S. 341-350), nach welchem Verluste subjektiv schwerer ins Gewicht fallen als Gewinne. Diese Wertasymmetrie bedeutet, dass der erwartete negative Nutzen eines Verlustes (hier für den Staat oder die Steuerzahlenden, welche die Ergänzungsleistungen finanzieren) intensiver erlebt wird als der erwartete positive Nutzen (hier einer ausgebliebenen Steuereinnahme) eines gleich grossen Gewinnes.

II. Grundgedanke des Ergänzungsleistungssystems und jüngste Revision

A. Grundgedanke des Ergänzungsleistungssystems

Laut Art. 112a Bundesverfassung (BV) richten Bund und Kantone Ergänzungsleistungen aus an Personen, deren Existenzbedarf durch die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung nicht gedeckt ist. Grundlage hierfür bildet die auf Art. 112a Abs. 2 BV gestützte Ergänzungsleistungsgesetzgebung des Bundes mitsamt entsprechenden konkretisierenden Erlassen der Kantone⁴.

Das Ziel besteht gemäss dem Verfassungstext darin, den Existenzbedarf derjenigen zu decken, bei denen die Leistungen der ersten Säule der Vorsorge nicht ausreichen. Wenn die Formulierung in Art. 112 Abs. 2 lit. b BV auch leicht verschieden ist (dort wird von einer angemessenen Deckung des Existenzbedarfs gesprochen), orientieren sich die Versicherungen der ersten Säule und die Ergänzungsleistungen doch am gleichen Leistungsziel⁵.

Allerdings ist der Wortlaut von Art. 112a Abs. 1 BV leicht ungenau. Die Leistungen der ersten Säule decken für sich allein, also ohne die Leistungen aus zweiter und dritter Säule, kaum je vollständig den Existenzbedarf einer Person. Daraus würde folgen, dass nahezu alle Personen, die von einem der versicherten Risiken betroffen sind, einen Ergänzungsleistungsanspruch hätten. Mit Blick auf die Stellung der Ergänzungsleistungen im Drei-Säulen-System zeigt sich jedoch, dass Ergänzungsleistungen nur bei nicht ausreichenden Leistungen der ersten Säule ausgerichtet werden, wobei der Existenzbedarf der versicherten Personen weder durch andere Leistungen (insb. der zweiten oder dritten Säule) noch durch eigene Mittel gedeckt sein darf⁶.

⁴ CR BV-DUPONT, Art. 112a Rz. 30.

⁵ BSK BV-GÄCHTER/FILIPPO, Art. 112a Rz. 13; BALMER, S. 282; im Fehlen des Wortes «angemessen» einen Unterschied erkennend SGK BV-KIESER, Art. 112a Rz. 15.

⁶ CR BV-DUPONT, Art. 112a Rz. 7, 15; BSK BV-GÄCHTER/FILIPPO, Art. 112a Rz. 12; VALTERIO, S. 3; CARIGIET/KOCH, Rz. 11; BALMER, S. 279, 285, der in den Ergänzungsleistungen eine «4. Säule» sieht.

Mit Blick auf Art. 41 Abs. 2 BV fällt jedoch auf, dass die (unbestrittene) Zuordnung der Ergänzungsleistungen zur ersten Säule zur Folge hat, dass diese nicht dem Subsidiaritätsvorbehalt gemäss Art. 42 Abs. 1 BV unterstehen. Damit unterscheiden sie sich von den in Art. 41 Abs. 1 BV verankerten Sozialzielen. Gerade der Gesetzgeber scheint diese Unterscheidung regelmässig zu übersehen. Auf Ergänzungsleistungen besteht damit ein primärer Rechtsanspruch, die eigene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und etwaige Ansprüche gegenüber Dritten sind also nur soweit gesetzlich vorgeschrieben anzurechnen – und stehen auf jeden Fall nicht im Vordergrund⁷.

B. Kostenanstieg und Sparbemühungen der jüngsten Revision⁸

Bis zum Beginn der Revisionsarbeiten, während einem Zeitraum von etwas weniger als zwanzig Jahren, hatten sich die Ausgaben für die Ergänzungsleistungen von rund 2,3 Milliarden auf 4,9 Milliarden Franken (im Jahr 2018) mehr als verdoppelt⁹. Im gleichen Zeitraum hat sich zudem die absolute Zahl der Bezügerinnen und Bezüger rund veranderalbfacht¹⁰. Seither nahmen die Ausgaben weiter zu¹¹.

Der Gesetzgeber nahm diese Entwicklungen zum Anlass, um einige Korrekturen im System vorzunehmen. So sollte die finanzielle Stabilität dieses Sicherungszweigs erhalten werden, ohne dabei die (kantonale) Sozialhilfe zusätzlich zu belasten¹².

Ein Kostenanstieg in Verbindung mit dem Willen, das System finanziell im Gleichgewicht zu halten, ist nur um den Preis eines entsprechenden Leistungs-

⁷ Zum Ganzen BSK BV-GÄCHTER/FILIPPO, Art. 112a Rz. 9.

⁸ Zum Ganzen MEIER/RENKER, S. 1 ff.

⁹ Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen und Invalidenversicherung (EL-Reform) vom 16. September 2016, BBl 2016 S. 7465 ff., 7476; Bundesamt für Sozialversicherungen, EL: Wichtigste Massnahmen im Überblick, Hintergrunddokument vom 12. Juli 2019, S. 1.

¹⁰ Hintergrunddokument (Fn. 9), S. 1.

¹¹ BOLLIER, S. 380 ff.

¹² Botschaft EL-Reform (Fn. 9), S. 7471 f.

abbaus zu haben¹³. Da allerdings das Leistungsniveau (in jenen Fällen, in denen Leistungen ausgerichtet werden) erhalten bleiben sollte, setzte die Revision bei den Anspruchsvoraussetzungen an. Namentlich:

- wurde eine Vermögensschwelle eingeführt, bei deren Überschreitung kein Anspruch besteht (Art. 9a ELG, nachfolgend III.A),
- wurden die Vermögensfreibeträge gesenkt (Art. 11 Abs. 1 lit. c ELG)¹⁴, und
- erfuhren die Regeln zum Vermögensverzicht eine Neugestaltung (Art. 11a ELG), v.a. auch durch die Schaffung des neuen Tatbestandes des «übermässigen Verbrauchs», der neu wie ein Verzicht gehandhabt werden soll (nachfolgend III.B).
- Die neu geschaffene Rückerstattungspflicht der Erben für (rechtmässig!) bezogene Ergänzungsleistungen einer verstorbenen Person (Art. 16a und 16b ELG, nachfolgend III.C) hat besonders viel Aufsehen in der öffentlichen Debatte erregt.

C. Eine Einladung zur Vermögensplanung zu Lasten der Ergänzungsleistungen ?

Die beschriebenen Neuerungen zielen darauf ab, das Privatvermögen der Bezügerinnen und Bezüger von Ergänzungsleistungen deutlich stärker als bisher zur Deckung der Existenzkosten im Alter heranzuziehen. Die angestrebten Einsparungen zu Gunsten des Ergänzungsleistungssystems erfolgen namentlich zu Lasten der Bezügerinnen und Bezüger von Ergänzungsleistungen und deren Erben¹⁵.

Dieses Vorgehen steht nach unserem Verständnis im Widerspruch zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Diese legen fest, dass die Ergänzungsleistungen, als Teil der ersten Säule, für alle Versicherten die Existenz (angemessen) sichern sollen. Diese Zusicherung wiederum steht, wie beschrieben, nicht unter dem Subsidiaritätsvorbehalt von Art. 41 Abs. 1 BV. Die verfassungsrechtliche

¹³ WIDMER, S. 28 f.

¹⁴ MEIER/RENKER, S. 3.

¹⁵ WIDMER, S. 28 f.

Zusage, dass mit Leistungen der Versicherungen der ersten Säule ein angemessener Existenzbedarf sichergestellt werden kann und soll, wird damit faktisch ausgehöhlt: Wer noch (anrechenbares) Vermögen hat, soll dieses bis zu einem deutlich gesenkten Betrag zunächst verbrauchen müssen, bevor von den Ergänzungsleistungen profitiert werden kann¹⁶.

Mag dieses gesetzgeberische Vorgehen im Hinblick auf den Gedanken der Selbstverantwortung (vgl. Art. 6 BV) auf den ersten Blick überzeugen, so verliert es im Hinblick auf die Rechtsgleichheit erheblich an Strahlkraft: Versicherte, die keine Ersparnisse gebildet und somit zeitlebens ihre wirtschaftliche Selbstverantwortung (im Hinblick auf die eigentumspolitisch und verfassungsrechtlich erwünschte Selbstvorsorge) nicht wahrgenommen haben, erhalten staatliche Leistungen über das Ergänzungsleistungssystem, welche die Sparsamen erst erhalten, nachdem sie ihr eigenes Vermögen aufgezehrt haben. Dieses Vermögen wiederum, das häufig in einer selbstbewohnten Immobilie steckt, haben wiederum die wenigsten aufgebaut oder gespart, um dereinst ihren Lebensbedarf im Alter oder ihre Pflegekosten zu bezahlen, sondern um im Alter ein Dach über dem Kopf zu haben und den Nachkommen auch etwas vererben zu können¹⁷.

Es verwundert deshalb nicht, dass in Publikumsmedien und in der Ratgeberliteratur schon rasch die Diskussion darüber entbrannte, wie man das Vermögen «optimieren» soll, um dereinst nicht schlechter dazustehen als jene, die über ihre Verhältnisse gelebt haben¹⁸. Das mag auf den ersten Blick – der, wie eingangs dargelegt, trügen kann¹⁹ – stossend erscheinen, stellt aber letztlich rationales ökonomisches Verhalten dar, das nicht zu kritisieren ist, solange die rechtlichen Vorgaben eingehalten und keine Vermögensverschiebungen illegal verschleiert werden.

¹⁶ GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 74 ff.

¹⁷ Vgl. GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 76.

¹⁸ Vgl. MEIER/RENKER, S. 6.

¹⁹ Vgl. bei Fn. 3.

III. Insbesondere: Schwellenwerte, übermässiger Vermögensverzehr und Rückerstattung

A. Schwellenwert für vorhandenes Vermögen (Art. 9a ELG)

Bis zum Inkrafttreten der jüngsten Revision des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG) wurde das Vermögen einer Person, die Ergänzungsleistungen beantragte, nur in der Form des «Vermögensverzehr» berücksichtigt. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. c ELG wird dabei ein fixer Bruchteil des Reinvermögens als Einkommen zur Deckung des Lebensunterhaltes angerechnet²⁰. Wenn sich, trotz der Berücksichtigung dieses Vermögensverzehr als anrechenbare Einnahme, im Verhältnis zu den anrechenbaren Ausgaben ein negativer Saldo ergab, bestand in der Höhe dieses Saldos Anspruch auf jährliche Ergänzungsleistungen (Art. 9 Abs. 1 ELG).

Mit der Revision wurde nun per Anfang 2021 in Art. 9a ELG eine Vermögensschwelle von CHF 100'000.– bei alleinstehenden Personen (lit. a) und von CHF 200'000.– bei Ehepaaren (lit. b) eingeführt. Bei der Bestimmung des Reinvermögens werden gemäss Art. 9 Abs. 2 ELG selbstbewohnte Liegenschaften nicht berücksichtigt. Damit wird neu ein *tatsächlicher Vermögensverzehr* gefordert²¹. Erst dann, wenn die genannten Vermögensschwellen unterschritten werden, hat sie einen Anspruch auf Ergänzungsleistungen.

Die Vermögensschwelle fand erst durch die nationalrätliche Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit Eingang ins Gesetz²² und wurde in der Folge vom Ständerat bis zur Einigungskonferenz abgelehnt. In dieser schwenkte der Ständerat ein und stimmte einer Vermögensschwelle zu²³.

²⁰ Es handelt sich um eine rein fiktive Anrechnung. Eine versicherte Person kann nicht direkt zum tatsächlichen Verzehr gezwungen werden.

²¹ MEIER/RENKER, S. 2; ANDERER, S. 468.

²² Der Bundesrat hatte in seinem Entwurf noch bewusst auf eine Vermögensschwelle verzichtet.

²³ MEIER/RENKER, S. 3, mit weiteren Hinweisen.

Zum für den Schwellenwert relevanten Vermögen²⁴ zählen sämtliche beweglichen und unbeweglichen Sachen und Guthaben, die im Eigentum der Person stehen, wie z.B. Sparguthaben, Aktien, (nicht selbst bewohnte) Liegenschaften, Erbschaften, Kapitalauszahlungen der Pensionskasse und auch Rückkaufswerte von Lebensversicherungen. Ausgenommen sind der übliche Hausrat und Vermögenswerte nach BVG, solange deren Auszahlung nicht möglich ist²⁵.

Diese, in der politischen Debatte bis am Schluss umstrittene Vermögensgrenze, stellt einen tiefen Einschnitt in die bisherige «Systemlogik» der Ergänzungsleistungen dar²⁶. Bislang bestand die Erwartung, dass Vermögen angemessen verzehrt würde, ohne jedoch die Versicherten faktisch zum Vermögensverzehr zu zwingen. Sie hätten sich den Verzehr des Vermögens – beispielsweise zu Gunsten ihrer besseren finanziellen Absicherung – «vom Mund absparen» und das Vermögen einfach nicht verzehren können. Gleichwohl wäre ein (wenn auch entsprechend reduzierter) Ergänzungsleistungsanspruch entstanden. Das bisherige System hat also das Privatvermögen (und damit auch die autonome Vermögensgestaltung) der Versicherten besser geschont.

Gemessen an den weiter vorne dargelegten Grundgedanken des EL-Systems bedeutet dies, dass das Ziel der Absicherung der Existenz durch die erste Säule entgegen der Intention des Verfassungsgebers für jene bewusst verfehlt wird, die noch über Privatvermögen verfügen. Diesen wird – ebenfalls im Widerspruch zur Verfassungssystematik – die Finanzierung ihrer Existenzsicherung selbst angelastet, d.h. bis zum Verzehr ihres Vermögens unter eine Limite von CHF 100'000.– bleibt ihre Existenzsicherung im Alter «Privatsache». Dass sich das System der ersten Säule damit von einem solchen der Altersvorsorge zu einem solchen der Altersfürsorge wandelt²⁷, die nicht nach dem Versicherungs-, sondern nach dem Bedarfsprinzip funktioniert, ist nach unserer Einschätzung in der Öffentlichkeit kaum wahrgenommen worden. Dass damit ein

²⁴ Vgl. BOLLIER, S. 354.

²⁵ WIDMER, S. 29.

²⁶ CARIGIET/KOCH, Rz. 67 und Fn. 70.

²⁷ GÄCHTER, *Altersfürsorge*, S. 52 ff.

Kerngedanke des verfassungsrechtlichen Drei-Säulen-Prinzips unterhöhlt wird, fand ebenfalls kaum Beachtung.

Nüchtern betrachtet bedeutet dies: Wer über sein (allenfalls selbst hart erarbeitetes) Vermögen autonom verfügen will, sollte dies tun, bevor mangels hinreichender Alterseinkünfte aus der ersten, der zweiten und der dritten Säule keine hinreichende Deckung der «anrechenbaren Ausgaben» mehr gewährleistet ist.

B. Übermässiger Vermögensverzehr

1. Angst vor Missbrauch

Bereits die bis Ende 2020 geltende Ausgestaltung des Vermögensverzichts wurde immer wieder kritisiert²⁸. Namentlich wurde befürchtet, dass Personen ihr Vermögen noch vor der Pensionierung oder bald nach deren Eintritt verbrauchen könnten, beispielsweise durch Ausgaben für teure Reisen oder einen anderweitig kostspieligen Lebenswandel, ohne mit einer Reduktion des späteren Anspruchs auf Ergänzungsleistungen rechnen zu müssen²⁹. Die gefestigte Praxis, gemäss welcher eine Ausgabe dann nicht als Vermögensverzicht bewertet wurde, wenn ihr eine adäquate Gegenleistung gegenüber stand³⁰, wurde als unzureichend empfunden, um dieser befürchteten Missstände Herr zu werden. Statistische oder empirische Belege für solche verschwenderischen Praktiken wurden allerdings – soweit ersichtlich – weder erbracht noch erhoben³¹.

Bestanden diese Befürchtungen also bereits zum Zeitpunkt der bisherigen Regelung, manifestieren sie sich mit der Revision des Ergänzungsleistungsrechts noch expliziter. Namentlich die Einführung des soeben beschriebenen Schwellenwertes für die Anspruchsberechtigung im Rahmen der parlamentarischen Debatte ist ein Beleg hierfür³².

²⁸ Sehr deutlich etwa von WERLEN, S. 166.

²⁹ Bundesrat, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV: Kostenentwicklung und Reformbedarf, Bericht vom 20. November 2013, S. 79; MEIER/RENKER, S. 8.

³⁰ Z.B. ERNST/GÄCHTER, S. 153, mit zahlreichen Hinweisen.

³¹ MEIER/RENKER, S. 8.

³² Vgl. CARIGIET/KOCH, Rz. 69 ff.

2. Neue Regelung

a. Zeitraum der Anrechnung

Den Befürchtungen wird nun neu ebenfalls mit der Regelung zum übermässigen Vermögensverzehr begegnet. So bestimmt das Gesetz in Art. 11a Abs. 3 ELG seit Anfang 2021, dass ein Vermögensverzicht auch dann vorliege, wenn ab der Entstehung des Anspruchs auf eine Hinterlassenenrente der AHV beziehungsweise auf eine Rente der Invalidenversicherung (IV) pro Jahr mehr als zehn Prozent des Vermögens verbraucht werden, ohne dass ein wichtiger Grund dafür vorliegt.

Bei Vermögen bis CHF 100'000.– liegt die Grenze bei CHF 10'000.– pro Jahr. Der Bundesrat regelt dabei die Einzelheiten, insbesondere die «wichtigen Gründe» (sogleich lit. b).

Diese Regel wird in Art. 11a Abs. 4 ELG zudem noch auf die zehn Jahre vor der Entstehung eines Altersrentenanspruchs ausgedehnt. Ausgaben, die ohne wichtigen Grund diese Zehn-Prozent-Marke des Vermögens überschreiten, können selbst dann wie Verzichtsvermögen hypothetisch angerechnet werden, wenn sie bis zu zehn Jahre vor der Pensionierung (d.h. ab Alter 54 bzw. 55) getätigt wurden³³.

Zu beachten ist auch das Zusammenspiel dieser Regelungen mit dem neu geschaffenen Schwellenwert für vorhandenes Vermögen (Art. 9a ELG). Art. 9a Abs. 3 ELG legt nämlich ausdrücklich fest, dass Vermögen, auf welches nach Art. 11a Abs. 2-4 ELG verzichtet wurde, auch zum Reinvermögen nach Art. 9a Abs. 1 ELG zählt. Ausgaben, die bis zu zehn Jahre vor der Pensionierung getätigt worden sind und zehn Prozent des Vermögens überschreiten, können damit sogar die Entstehung des Anspruchs hemmen³⁴.

b. «Wichtige Gründe»

Der Bundesrat ist dem Auftrag des Gesetzgebers nachgekommen und hat in Art. 17d ELV Regeln zur «Höhe des Verzichts bei übermässigem Vermögens-

³³ Kritisch zu dieser erst im Rahmen der parlamentarischen Debatte eingefügten rückwirkenden Betrachtung MEIER/RENKER, S. 8; CARIGIET/KOCH, Rz. 625.

³⁴ Vgl. STEINAUER, Rz. 14.

verbrauch» formuliert. Er hat dabei in Art. 17d Abs. 3 lit. b ELV namentlich konkretisiert, welches die vom Gesetz genannten «wichtigen Gründe» sind, die trotz der Überschreitung der Zehn-Prozent-Grenze nicht zu einer Anrechnung führen. Aus wichtigem Grund nicht angerechnet werden demnach (abschliessend)³⁵:

Ausgaben zum Werterhalt von Liegenschaften, an denen die Bezügerin oder der Bezüger das Eigentum oder die Nutzniessung hat (Ziff. 1): Dass solche Ausgaben rasch die Zehn-Prozent-Grenze überschreiten können, ist an sich klar. Zudem handelt es sich um Investitionen in vorhandenes Vermögen, das (unter Vorbehalt der entsprechenden Freibeträge) auch angerechnet werden kann.

Kosten für zahnärztliche Behandlungen (Ziff. 2): Im Vordergrund stehen bei diesem Tatbestand Kosten, die in den zehn Jahren vor dem eigentlichen EL-Bezug entstanden sind. Im Rahmen des EL-Bezugs sind zahnärztliche Behandlungen bei EL-Bezügern denn auch zu übernehmen (Art. 14 Abs. 1 lit. a ELG), das heisst, es besteht hier eine gewisse Wertungskongruenz für Zahnbehandlungen vor und nach Entstehung eines EL-Anspruchs.

Weitere Krankheits- und Behinderungskosten, die nicht von einer Sozialversicherung übernommen werden (Ziff. 3): Wie die soeben beschriebenen Zahnarztkosten dürften auch diese Kosten in der Regel vor dem EL-Bezug angefallen sein, da bei einem EL-Anspruch jährlich mindestens CHF 25'000.– an zusätzlichen Krankheits- und Behinderungskosten übernommen werden müssen (Art. 14 Abs. 3 lit. a Ziff. 1 ELG).

Gewinnungskosten zur Erzielung eines Erwerbseinkommens (Ziff. 4): Die Bestimmung der Gewinnungskosten orientiert sich an der Praxis zu den direkten kantonalen Steuern³⁶.

Vergleichbares gilt auch für die *Auslagen für berufsorientierte Ausbildung* (Ziff. 5). Diese beinhalten die Kosten für die berufliche Erst- oder Zweitausbildung und die berufliche Weiterbildung. Massgebend sind die tatsächlichen nachgewiesenen Kosten. Eine allfällige Begrenzung der Kosten

³⁵ Vgl. Bundesamt für Sozialversicherungen, Wegleitung über die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV (WEL), Stand 1. Januar 2023, Rz. 3533.12.

³⁶ WEL (Fn. 35), Rz. 3533.23.

nach der Gesetzgebung über die direkte kantonale Steuer ist ausser Acht zu lassen³⁷.

Ausgaben für den gewohnten Lebensunterhalt der versicherten Person während der Jahre vor dem Bezug der jährlichen Ergänzungsleistung, wenn das erzielte Einkommen unzureichend war (Ziff. 6): Mit diesem Tatbestand werden etwa Situationen erfasst, in denen das Erwerbseinkommen während der Jahre vor dem EL-Bezug nicht mehr ausgereicht hat, um den Lebensunterhalt zu bestreiten. Das kann der Fall gewesen sein, weil etwa der Beschäftigungsgrad reduziert worden ist, jemand eine Stelle verloren hat oder eine schlechter bezahlte Stelle annehmen musste, bspw. weil wegen Pflegeverpflichtungen gegenüber Angehörigen auf Erwerbstätigkeit verzichtet werden musste. In solchen Fällen darf das Vermögen zur Deckung der laufenden Ausgaben verwendet werden, wobei dem individuellen, auch (deutlich)³⁸ über dem Existenzminimum liegenden Lebensstandard Rechnung zu tragen ist. Dieser Ausnahmetatbestand ist allein schon deshalb begrüssenswert, weil er am ursprünglichen Gedanken anknüpft, dass vor allem Vermögensverbrauch i.S. eines sinnlosen «Verprassens» sanktioniert werden soll³⁹. Er ist auch auf Weisungsebene erfreulich pragmatisch konkretisiert worden: Die entsprechenden Auslagen müssen nicht belegt werden⁴⁰. Vielmehr arbeitet die Verwaltung mit grosszügig bemessenen Pauschalen, die – für die Zeit vor dem Bezug der Ergänzungsleistungen – jeweils ein Mehrfaches des «zulässigen» Vermögensverbrauchs betragen⁴¹.

Die Ziffern 1–5 der Regelung nehmen Grundgedanken des Ergänzungsleistungssystems auf und sind insofern systemkonform. Ziffer 6 dagegen öffnet der Praxis den Weg, trotz der ausgesprochen rigiden gesetzlichen Regelung «Augenmass» walten zu lassen und die eigentlichen Abklärungen auf offensichtliche Missbräuche zu beschränken.

³⁷ WEL (Fn. 35), Rz. 3533.24.

³⁸ Vgl. WEL (Fn. 35), Rz. 3533.14 ff. und Anhang 8 sowie Anhang 14.

³⁹ MEIER/RENKER, S. 9.

⁴⁰ WEL (Fn. 35), Rz. 3533.13.

⁴¹ WEL (Fn. 35), Anhang 8.

Es dürfte denn auch häufig schwer nachvollziehbar (geschweige dessen hinreichend belegbar)⁴² sein, welche Ausgaben in den zehn Jahren vor dem Eintritt des allfälligen Ergänzungsleistungsanspruchs getätigt wurden und in welchem Verhältnis diese zum Gesamtvermögen standen, zumal die Versicherten hier keine Dokumentations- oder Aufbewahrungspflichten treffen⁴³. Die vernünftig (hoch) angesetzten Pauschalen schaffen hier die notwendige Praktikabilität.

3. Mehrfacher Paradigmenwechsel

Konkret bedeuten die neuen Regelungen, dass die Leistungsberechnung für die Ergänzungsleistungen indirekt zu einer finanziellen «Lebensführungskontrolle» spätestens ab dem Alter von 55 Jahren führt – und dies bei einer stetig wachsenden Zahl allfälliger Ergänzungsleistungsbezügerinnen und -bezüger⁴⁴. Genau von einer solchen Lebensführungskontrolle hatte sich die Praxis bislang konsequent distanziert⁴⁵.

Bis anhin war es denn auch, mit Ausnahme einiger weniger Tatbestände, nicht relevant, wie viel und wofür jemand sein Vermögen ausgegeben hat, sofern der Vermögensverminderung eine adäquate Gegenleistung gegenüberstand⁴⁶. Vor allem war auch irrelevant, in welchem Zeitraum das Geld ausgegeben wurde und in welchem Verhältnis die Ausgabe zum Gesamtvermögen stand. Neu schreibt der Gesetzgeber (künftigen) AHV-Rentnerinnen und Rentner sowie IV-Rentnerinnen und Rentner vor, wie viel Geld sie pro Jahr maximal ausgeben dürfen, bevor der Verbrauch rechtlich als Verzicht gewertet wird.

⁴² Weshalb denn auch für die wichtigen Tatbestand der Bestreitung der Lebenskosten auf Belege verzichtet wird, vgl. Fn. 40.

⁴³ ANDERER, S. 479, nennt die Suche nach Beweisen für die Ausgaben «mitunter [...] sogar aussichtslos».

⁴⁴ Ebenso kritisch ANDERER, S. 478.

⁴⁵ MEIER/RENKER, S. 8 f.; siehe etwas die klare Aussage in BGE 121 V 204 E. 4b: «Dazu hat [das Bundesgericht] wiederholt ausgeführt, dass das Ergänzungsleistungssystem keine gesetzliche Handhabe dafür biete, eine wie auch immer geartete 'Lebensführungskontrolle' vorzunehmen und danach zu fragen, ob ein Gesuchsteller in der Vergangenheit im Rahmen einer 'Normalitätsgrenze' gelebt hat, die im Übrigen erst noch näher umschrieben werden müsste».

⁴⁶ ERNST/GÄCHTER, S. 154 ff.

Es ist erstaunlich, dass dieser Eingriff, der einen guten Teil des schweizerischen Mittelstandes betreffen kann und dessen finanzielle Handlungsfreiheit ab 55 (bis ans Lebensende) spürbar einschränkt, nicht zu stärkerem politischen Widerstand geführt hat. Da es der Politik – spätestens seit der unseligen Debatte über den Missbrauch der Invalidenversicherung durch so genannte «Scheininvaliden» kurz nach der Jahrhundertwende – aber gelungen ist, in zahlreichen Bereichen die Bekämpfung des Missbrauchs zur obersten politischen Handlungsmaxime zu erklären⁴⁷, fanden sich kaum politische Kräfte, die sich für die teilweise sehr berechtigten Anliegen der hier betroffenen Bevölkerungsgruppe stark machten. Niemand wollte sich für vermeintliche «Sozial-schmarotzer» einsetzen; dies, obwohl weder der Bundesrat noch das Parlament den Beweis oder die statistische Grundlage für bestehenden oder drohenden Missbrauch je geliefert (oder auch nur gesucht) hätten⁴⁸.

C. Rückerstattung

1. Gesetzliche Regelung⁴⁹

Schliesslich hat das Parlament, gewissermassen als Abrundung des gesamten Sparpakets zu Lasten der Versicherten, noch Art. 16a ELG eingefügt, der im bundesrätlichen Entwurf ebenfalls noch nicht vorgesehen war und dessen einschneidende Auswirkungen sowie fehlende Systemkonformität demnach auch nicht breit diskutiert werden konnte⁵⁰.

In einem neuen Gesetzesabschnitt (Abschnitt 5, Rückerstattung rechtmässig bezogener Leistungen) legt das Gesetz unter dem Titel «Höhe der Rückerstattung» nun fest, dass rechtmässig bezogene Ergänzungsleistungen nach Art. 3 Abs. 1 ELG, d.h. die jährliche Ergänzungsleistung und die Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten, nach dem Tod der Bezügerin oder des

⁴⁷ Zu denken ist z.B. auch an die Observationen im Sozialversicherungsrecht oder die weiteren Revisionen des ATSG, die überwiegend auf Missbrauchsbekämpfung abzielten.

⁴⁸ MEIER/RENKER, S. 8, vgl. CARIGIET/KOCH, Rz. 63.

⁴⁹ Zum Ganzen STEINAUER, Rz. 17 ff.; CARIGIET/KOCH, Rz. 383 ff.; KÄSER, S. 263 ff.

⁵⁰ Vgl. STEINAUER, Rz. 4.

Bezügers aus dem Nachlass zurückzuerstatten sind, wobei die Rückerstattung «nur» von demjenigen Teil des Nachlasses zu leisten ist, der den Betrag von CHF 40'000.– übersteigt (Art. 16a Abs. 1 ELG). Für Ehepaare präzisiert der zweite Absatz der Bestimmung, dass eine Rückerstattungspflicht erst aus dem Nachlass des Zweitverstorbenen entsteht.

2. Systematische Würdigung der Rückerstattung rechtmässig bezogener Leistungen

Nach unserem Verständnis droht diese von der Öffentlichkeit weitgehend unbemerkt eingefügte Neuregelung den Charakter und die Bedeutung des Ergänzungsleistungsrechts zu verändern⁵¹. Von Anfang an waren die Ergänzungsleistungen gewissermassen als «Krücke» der ersten Säule konzipiert. Sie sollten in jenen Fällen das Verfassungsziel der angemessenen Deckung des Existenzbedarfs gewährleisten, in denen die übrigen (Renten-)Einkünfte der Versicherten nicht ausreichen. Sie waren – und das kann nicht oft genug betont werden – von Anfang an als Versicherungsleistungen (d.h. als Ansprüche der Betroffenen) ausgestaltet und trotz ihrer Bedarfsorientierung nicht als Sozialhilfe, sondern als Ergänzung des Rentenanspruchs gedacht⁵². Die Rückerstattung wurde bei den folglich als Anspruchsleistungen konzipierten Ergänzungsleistungen gar nie diskutiert. Dies, da auch andere rechtmässig bezogene Sozialversicherungsleistungen nicht rückerstattungspflichtig sind⁵³.

(Fast) ausschliesslich das Sozialhilferecht kennt bisher solche Rückerstattungs-pflichten, wobei die Kantone verschiedene Ausprägungen verankert haben. Bei den Ergänzungsleistungen sollte es sich aber explizit nicht um eine Form der Sozialhilfe handeln, fehlte dafür doch auch eine entsprechende Bundeskompetenz. Offensichtlich zeigt sich der Wille um Distinktion in Art. 21 Abs. 1 ELG, wonach keinesfalls die kantonalen Sozialhilfebehörden das Ergänzungsleistungsrecht vollziehen sollen dürfen. Ergänzungsleistungen verwandeln sich so in zahlreichen Fällen von Leistungen für diejenigen, für welche die erste Säule – trotz des sowohl in Art. 112 Abs. 2 lit. b als auch in

⁵¹ Vgl. CR BV-DUPONT, Art. 112a Rz. 118; WIDMER, S. 29.

⁵² CR BV-DUPONT, Art. 112a Rz. 17; BSK BV-GÄCHTER/FILIPPO, Art. 112a Rz. 3; CARIGIET/KOCH, Rz. 72; BALMER, S. 274.

⁵³ GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 74 f., auch zum Folgenden.

Art. 112a BV genannten Verfassungsziels der Deckung des (angemessenen) Existenzbedarfs – das definierte Ziel nicht erreicht, zu einer Art staatlichem Vorschuss auf die künftige Erbmasse⁵⁴.

Auf Erben kommen neu teilweise erhebliche gesetzliche, auf das Ergänzungsleistungsrecht gestützte Rückforderungsansprüche zu. Gerade bei mehrjährigem Bezug von Ergänzungsleistungen und oder bei hohen ausbezahlten Leistungen infolge eines Langzeitaufenthalts in einer Pflegeinstitution wird kaum mehr ein höherer Netto-Nachlass als die gesetzlichen CHF 40'000.– verbleiben⁵⁵.

Bei der entsprechenden Rückforderung ist nur noch vom «Nachlass» die Rede, womit die im Zeitpunkt des Todes noch tatsächlich vorhandenen Vermögenswerte gemeint werden⁵⁶. Anders als bei den Anspruchsvoraussetzungen wird nicht mehr zwischen selbstbewohnten Immobilien und dem übrigen Vermögen unterschieden. Dies bedeutet, dass auch allenfalls noch vorhandene, zuvor selbst bewohnte Immobilien dem Ergänzungsleistungssystem «verfallen» können. Der einzige Weg, dies zu verhindern, wäre dann, dass die Erben die Immobilie durch eine Bar-Erstattung des Rückforderungsbetrags aus der Erbmasse «herauskaufen». Mit Blick auf die potentielle Höhe der Rückforderungen wird dies für viele Erben nicht möglich sein. In solchen Fällen muss die Liegenschaft verkauft werden, wenn nicht gar eine Ausschlagung der Erbschaft mit Blick auf etwaige Defizite beim Liegenschaftsverkauf attraktiver erscheint. So würde der Staat plötzlich zu zahlreichen Immobilien kommen⁵⁷.

Die neue Rückerstattungspflicht wirft jedoch mehr auf als diese praktischen Probleme. Vielmehr verändert sie die Grundarchitektur des – ganz zu Recht allgemein wertgeschätzten – «Drei-Säulen-Prinzips» (Art. 111 BV) als Basis der schweizerischen Altersvorsorge. Mit der neuen Charakteränderung der Ergänzungsleistungen in rückzahlungspflichtigen Vorschüssen auf das Erbe rückt das Ziel einer Deckung des angemessenen Existenzbedarfs mit Versi-

⁵⁴ GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 74 f.; zustimmend STEINAUER, Rz. 11.

⁵⁵ GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 74 f.

⁵⁶ KÄSER, S. 263, der für das Ergänzungsleistungsrecht auf die erbrechtliche Terminologie und Lehre verweist.

⁵⁷ GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 74 f.

cherungsleistungen für viele Betroffene in weite Ferne. Es scheint kaum denkbar, dass dies der Intention des Verfassungsgebers entsprach. Ebenso unwahrscheinlich ist wohl leider, dass sich das Parlament dieser Konsequenzen bewusst war⁵⁸.

D. Auswirkungen in zeitlicher Hinsicht (Übergangsrecht)

Zusammen mit der gesamten Reformvorlage wurden dem Ergänzungsgesetz «Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 22. März 2019 (EL-Reform)» beigefügt, die wichtige Entscheide für den Übergang von der bisherigen in die neue Ordnung enthalten und darauf angelegt sind, überraschende «Rückwirkungen» der restriktiveren Regeln zu vermeiden⁵⁹.

Zunächst wird im ersten Absatz der Übergangsbestimmungen die Übergangsfrist für Bezügerinnen und Bezüger von laufenden Ergänzungsleistungen festgelegt. Für diese gelten während drei Jahren ab Inkrafttreten der Revision, d.h. bis Ende 2023, die altrechtlichen Bestimmungen, sofern die Neuerungen eine Reduktion oder gar den Verlust des Anspruchs auf Ergänzungsleistungen zur Folge hätten⁶⁰.

Besonders wichtig ist sodann der zweite Absatz der Übergangsbestimmungen. Da die Rückerstattungspflicht durch die Erben – zurückhaltend ausgedrückt – disruptiven Charakter hat, d.h. massiv vom bisherigen System abweicht, beschränkt sich die Rückerstattungspflicht der Erben nach Art. 16a und 16b ELG auf Ergänzungsleistungen, die nach Inkrafttreten der Änderung ausbezahlt worden sind⁶¹. Damit sind erst Auszahlungen seit dem 1. Januar 2021 von der Rückerstattungspflicht der Erben erfasst. Dies sind nun aber auch bereits über zwei Jahre. In dieser Zeit können, namentlich in Pflegesituationen,

⁵⁸ Siehe etwa das Votum SCHMID-FEDERER: «Erhält der Staat gemäss dem Antrag der Mehrheit trotz substanzieller ausgerichteter Ergänzungsleistungen nichts zurück, müsste man von Erbenschutz sprechen» (AB 2018 N 452). Ähnlich auch CLOTTU, der hier eine *question de cohérence* sieht (AB 2018 N 458).

⁵⁹ CARIGIET/KOCH, Rz. 52.

⁶⁰ ANDERER, S. 470; WIDMER, S. 29.

⁶¹ STEINAUER, Rz. 2.

schon sehr hohe Beiträge zusammengekommen sein, d.h. die Rückerstattungspflicht kann bereits in erheblichem Umfang greifen.

Schliesslich beschränkt Abs. 3 der Übergangsbestimmungen auch die Kontrolle des Vermögensverbrauchs nach Art. 11a Abs. 3 und 4 ELG auf Vermögen, das nach Inkrafttreten der Änderung verbraucht wurde⁶². Auch hier ist keine rückwirkende, weitergehende Kontrolle des bisherigen Vermögensverbrauchs möglich.

Die volle Wirksamkeit der Neuerungen wird sich damit spätestens 2031 entfalten, wobei die Bestimmungen bereits seit über zwei Jahren erheblich in die Planung der künftigen Altersrentnerinnen und Altersrentner eingreift.

IV. Möglichkeiten der Vermögensplanung

A. Eingeschränkte Möglichkeiten

Wie beschrieben hat der Gesetzgeber mit Nachdruck versucht, Einkünfte und Vermögen der Versicherten noch stärker als bisher für die Deckung des Existenzbedarfs heranzuziehen. Selbst ein übermässiger Vermögensverzehr in den zehn Jahren vor dem EL-Bezug durch Altersrentnerinnen und -rentner wird beachtet (Art. 11a Abs. 4 ELG). Die Spielräume, um überhaupt «Optimierungen» vorzunehmen, namentlich Vermögensgegenstände vorab den Nachkommen zu übertragen, sind nunmehr stark eingeschränkt. Das war, wie bereits ausgeführt, auch die erklärte Absicht des Gesetzgebers.

⁶² BOLLIER, S. 356.

B. Insbesondere: Immobilien

1. Partielle Privilegierung von selbstbewohntem Wohneigentum

In einer grossen Zahl von Fällen besteht der Hauptteil des Vermögens einer gegebenenfalls ergänzungsleistungsbedürftigen Person in einer (selbstgenutzten) Immobilie. Gerade bei Immobilien ist zudem auch der Wunsch besonders ausgeprägt, diese für die Nachkommen zu erhalten, weil sie gewissermassen die sichtbarste Frucht der eigenen Erwerbsarbeit oder einen Familienbesitz darstellen, den man weitergeben möchte. Auf solche Bezüge zu einer bestimmten Kategorie von Vermögensgegenständen nimmt die Gesetzgebung indes keine Rücksicht. Selbstbewohnte Immobilien werden zwar insofern privilegiert behandelt,

- als dass Liegenschaften, die von der Bezügerin oder dem Bezüger oder einer Person, die in die Berechnung der Ergänzungsleistung eingeschlossen ist, bewohnt werden und an welchen eine dieser Personen Eigentum hat, *nicht* Bestandteil des Reinvermögens sind, das gegebenenfalls vom Anspruch auf Ergänzungsleistungen ausschliesst (Art. 9a Abs. 2 ELG), und
- nur der CHF 112'500.– übersteigende Wert der Liegenschaft für den Vermögensverzehr gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. c ELG berücksichtigt wird, wenn die Bezügerin oder der Bezüger der Ergänzungsleistungen oder eine Person, die in die Berechnung der Ergänzungsleistungen einbezogen ist, Eigentum an dieser Liegenschaft hat und diese von mindestens einer dieser Personen bewohnt wird.
- Sogar nur der CHF 300'000.– übersteigende Wert wird schliesslich für den Vermögensverzehr angerechnet, wenn ein Ehepaar oder einer der Ehegatten Eigentum an einer Liegenschaft hat, die von einem der Ehegatten bewohnt wird, während der andere im Heim oder Spital lebt, oder wenn eine Person Bezügerin einer Hilflosenentschädigung der AHV, IV, Unfallversicherung oder Militärversicherung ist und eine Liegenschaft bewohnt, an der sie oder ihr Ehegatte Eigentum hat (Art. 11 Abs. 1^{bis} ELG).

Trotz dieser Privilegierung der selbstbewohnten Immobilien bleiben diese aber nicht ausgespart, wenn es um die Rückerstattung aus dem Nachlass der Bezügerin oder des Bezügers geht (Art. 16a ELG). Die Immobilien, die sich noch in der Erbmasse befinden, werden gleich wie andere Vermögensgegenstände und ohne besondere (privilegierte) Behandlung in die Berechnung der Rückerstattung einbezogen⁶³. Für die Erben kann dies im Extremfall die Annahme einer Erbschaft unattraktiv machen⁶⁴.

2. «Günstige» Übertragung als möglicher Ausweg

Wenn angestrebt wird, eine selbstbewohnte Immobilie für die Nachkommen zu erhalten, ohne dass sie von Rückforderungsansprüchen belastet ist, muss die Immobilie vor dem Versterben des zweiten Ehegatten an die Nachkommen übertragen werden. Dies, da nach Art. 16a Abs. 2 ELG die Rückerstattungspflicht erst aus dem Nachlass der zweitverstorbenen Person entsteht.

Art. 11a Abs. 2 ELG schiebt zwar dem Verzicht auf Vermögenswerte ohne Rechtspflicht und ohne gleichwertige Gegenleistung (mit anderen Worten: zumindest teilweise Schenkungen) dahingehend einen Riegel vor, als dass die Vermögenswerte (bzw. der daraus gem. Art. 11 Abs. 1 lit. c. ELG konstruierte Betrag) weiterhin als Einkommen angerechnet werden. Mit Blick in die Verordnung ergibt sich jedoch zumindest ein Spielraum: Art. 17b lit. a ELV *e contrario* legt die «gleichwertige» Gegenleistung» bei 90 Prozent des Leistungswerts (bei Liegenschaftsveräusserungen: der Verkehrs- bzw. Marktwert)⁶⁵ fest⁶⁶. Diese um 10 Prozent verringerte Anrechnungsquote erlaubt es Ehegatten, ihren Nachkommen beim Erhalt der (von den Ehegatten mit Ergänzungsleistungsanspruch selbstbewohnten) Immobilie unter die Arme zu greifen, ohne dass sich die Höhe der ausbezahlten Ergänzungsleistungen verringert.

Die neu vorhandenen Barmittel durch den (wenn auch vergünstigten) Verkauf an die Nachkommen können jedoch dazu führen, dass Ergänzungsleistungs-

⁶³ GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 75; STEINAUER, Rz. 15; MEIER/RENKER, S. 10.

⁶⁴ GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 75; WIDMER, S. 29.

⁶⁵ WEL (Fn. 35), Rz. 3532.05.

⁶⁶ MEIER/RENKER, S. 6.

empfangende ihren Anspruch zwischenzeitlich verlieren. Dies, da Vermögen lediglich geschützt ist, solange es in einer selbstbewohnten Liegenschaft gebunden ist. Übersteigt das Barvermögen infolge des Verkaufs wieder die Vermögensschwelle gem. Art. 9a ELG, erlischt nach Art. 12 Abs. 3 ELG der Anspruch auf Ergänzungsleistungen⁶⁷.

Alternativ kann die selbstbewohnte Immobilie auch gegen eine Nutzniessung oder ein Wohnrecht abgetreten werden. Der kapitalisierte Jahreswert dieser Rechte gilt sodann als Teil der Gegenleistung⁶⁸. In der Regel wird weder der Wert einer Nutzniessung noch derjenige eines Wohnrechts den Marktwert der Liegenschaft aufwiegen. Daher ist entweder noch die Differenz zu den 90 Prozent des Leistungswerts gem. Art. 17b lit. a ELV auszugleichen oder es wird ein Einkommen im Sinne von Art. 11a Abs. 2 ELG angerechnet. Die Höhe des angerechneten Einkommens ist dabei um den kapitalisierten Jahreswert der eingeräumten Rechte zu reduzieren.

KÄSER⁶⁹ schlägt faktisch ein radikaleres Vorgehen für den Erhalt einer selbstbewohnten Liegenschaft vor: Er plädiert dafür, von der Lückenhaftigkeit des in Art. 16a Abs. 1 ELG verwendeten Begriffs «Nachlass» dahingehend zu profitieren, als lebzeitige Zuwendungen darin *nicht* erfasst sind. Eine (vollumfängliche) Schenkung der Immobilie kurz vor dem Versterben des zweiten Ehegatten würde diese also für Rückforderungsansprüche unerreichbar machen. Eine aufgrund von Art. 11a Abs. 2 ELG für diesen Verzicht als Einkommen angerechnete, schenkungsbedingt jedoch ausschliesslich hypothetische Gegenleistung wird daraufhin die ausgerichteten Ergänzungsleistungen erheblich – wenn nicht gar vollständig – reduzieren. Kompensiert werden müssen solche Einkommensausfälle entweder durch Sozialhilfebehörden oder durch Verwandte (in Kantonen, in denen eine solche Unterstützungspflicht einer

⁶⁷ WEL (Fn. 35), Rz. 2511.03; ANDERER, S. 475.

⁶⁸ WEL (Fn. 35), Rz. 3532.07 f.

⁶⁹ Zum Folgenden nach unserer Einschätzung zutreffend KÄSER, S. 265 ff.; a.M. STEINAUER, Rz. 24 ff., der in der fehlenden Erfassung lebzeitiger Zuwendung eine echte Gesetzeslücke (STEINAUER, Rz. 25) sieht und die Frage aufwirft, ob die Annahme, dass keine Analogie mit der Regelung in Art. 9a ELG bestehe, nicht rechtmisbräuchlich wäre (STEINAUER, Rz. 27). Aus rechtsstaatlicher Sicht (Legalitätsprinzip) scheint uns eine solche Lückenfüllung indessen verfehlt und die Argumentation mit dem Rechtsmissbrauch stärker moralisch als juristisch begründet zu sein.

materiellen Sozialhilfe vorgeht)⁷⁰. Ein solches Vorgehen kommt daher, mit Blick auf das tiefe Leistungsniveau der kantonalen Sozialhilfe, höchstens kurz vor dem Versterben des zweiten Ehegatten in Frage – birgt jedoch auch dann noch Risiken.

C. Ausgaben für den gewohnten Lebensunterhalt

Wie weiter vorne dargestellt⁷¹, wird der Tatbestand von Art. 17d Abs. 2 lit. b Ziff. 6 ELV eher grosszügig ausgelegt. Gemäss diesem Tatbestand werden für die Ermittlung des Verzichts (bei übermässigem Vermögensverbrauch) die Ausgaben für den gewohnten Lebensunterhalt der versicherten Person während der Jahre vor dem Bezug der jährlichen Ergänzungsleistungen nicht berücksichtigt, wenn das erzielte Einkommen unzureichend war.

Laut der einschlägigen Wegleitung wird der entsprechende Pauschalbetrag für den Lebensunterhalt ermittelt, indem der Betrag für den allgemeinen Lebensbedarf einer alleinstehenden Person (der beispielsweise für Alleinstehende gem. Art. 10 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 ELG gegenwärtig CHF 20'100.– beträgt) mit einem entsprechenden Faktor (der beispielsweise für Alleinstehende ohne Kinder gegenwärtig 3.2 beträgt⁷²) multipliziert wird (hier: CHF 64'320.–)⁷³. Bei einem Ehepaar liegt der allgemeine Lebensunterhalt gem. Art. 10 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 ELG bei CHF 30'150.– und der Faktor gem. der WEL ist 5.3, d.h. der Pauschalbetrag beläuft sich auf CHF 159'795.–.

Wenn also eine alleinstehende Person nur CHF 30'000.– verdient, so kann sie zusätzlich CHF 34'320.– jährlich verbrauchen, selbst wenn ihr Vermögen allenfalls nur CHF 200'000.– beträgt und damit der Verbrauch nur CHF 20'000.– (zehn Prozent des Vermögens) betragen sollte (vgl. Art. 11a Abs. 4 ELG). Ein Ehepaar, das gemeinsam CHF 60'000.– verdient, kann zusätzlich fast CHF 100'000.– verbrauchen, selbst wenn sein Vermögen allenfalls nur CHF 400'000.– beträgt und damit der Verbrauch nur CHF 40'000.– (zehn Prozent des Vermögens) betragen sollte (vgl. Art. 11a Abs. 4 ELG).

⁷⁰ WIZENT, S. 641 ff. mit weiteren Hinweisen.

⁷¹ Ziff. III.B.2.b am Ende.

⁷² WEL (Fn. 35), Anhang 8.

⁷³ WEL (Fn. 35), Rz. 3533.15.

Da dieser gemäss dem Pauschalbetrag angerechnete Verbrauch nicht zu belegen ist, eröffnen sich in einem gewissen Rahmen Gestaltungsspielräume: Einerseits kann das Vermögen für eigene Zwecke (Reisen, etc.) aufgewendet werden, es kann aber auch, wenn es nicht für den eigenen Lebensunterhalt benötigt wird, allfälligen Nachkommen zugewendet werden. Allerdings sind natürlich grössere Zuwendungen, wie beispielsweise die Übertragung von Immobilien, so kaum möglich.

D. Nicht mehr sparen ?

Betrachtet man das Gesamtbild der neuen Regelungen, so muss man sich ernsthaft die Frage stellen, ob sich Bundesrat und Parlament der eigentumspolitischen Auswirkungen bewusst waren⁷⁴. Galt (und gilt nach unserer Einschätzung) die Devise, dass die Einzelnen grundsätzlich Privatvermögen bilden und ansparen sollen, um in Zeiten der Not über die nötige Resilienz zu verfügen, so laufen die neu gesetzten Anreize diesem Bestreben diametral zuwider. Dies scheint uns auch im Widerspruch zur Verfassung zu stehen, welche die Förderung von Privateigentum fordert und nicht dessen Unterhöhnung.

Insbesondere das besonders kostenintensive Risiko der Langzeitpflegebedürftigkeit im Alter kann auch beim einigermaßen gut situierten Mittelstand, der über solide Ersparnisse verfügt, rasch zu einer massiven Reduktion des Vermögens und in der Folge zur Ergänzungsleistungsbedürftigkeit führen. Die so (rechtmässig) verursachten Kosten können nach der neuen Regelung von den Erben der Bezügerin oder des Bezügers zurückgefordert werden, d.h. auch allenfalls noch verbliebenes Immobilieneigentum verfällt bis auf einen Betrag von CHF 40'000.– dem Staat.

Nüchtern und vom Ende her betrachtet besteht damit zwischen einer versicherten Person mit ursprünglich noch CHF 200'000.– Erspartem und einer ohne Ersparnisse über CHF 30'000.– (vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. c ELG), die während der letzten fünf Jahre ihres Lebens im Pflegeheim gelebt haben, kein Unterschied: Beide haben am Ende noch ähnlich wenig Geld übrig. Diejenige mit Ersparnissen hat einfach während einer gewissen Zeit ihren Pflegeheimaufent-

⁷⁴ Zum Ganzen GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 76.

halt selbst finanziert, während die andere diesen Aufenthalt von den Sozialversicherungen und dem Ergänzungsleistungssystem finanziert erhalten hat⁷⁵.

Bei der beschriebenen Ausgangslage werden sich viele Bürgerinnen und Bürger überlegen, ob es sich nicht eher lohnt, mehr Geld für das eigene Vergnügen oder den eigenen Lebensgenuss auszugeben, als dieses für «schlechte Zeiten» oder gar für die Erbberechtigten anzusparen, wenn Letztere gar nichts mehr davon haben. Solchen Tendenzen müsste unseres Erachtens entschieden entgegengetreten werden; und zwar nicht dadurch, dass die neu geschaffene «Lebensführungskontrolle» durch das Ergänzungsleistungssystem ausgebaut wird, sondern durch echte Anreize für die Eigentumbildung.

Ein wesentlicher Anreiz könnte darin bestehen, die neu eingeführte Rückerstattungspflicht der Erben baldmöglichst wieder zu beseitigen (d.h. den 5. Abschnitt des 2. Kapitels wieder aus dem Ergänzungsleistungsgesetz zu streichen) und gleichzeitig – zur Vermeidung einer Ungleichbehandlung derjenigen, die nicht über selbstbewohntes Wohneigentum verfügen – die Freibeträge für die Anrechnung des Vermögens denjenigen für selbstbewohntes Wohneigentum anzupassen. Dementsprechend müsste in der Folge auch die Vermögensschwelle von Art. 9a ELG sinngemäss angehoben oder – noch besser – wieder gestrichen werden.

V. Fazit

Es mag daran liegen, dass das Ergänzungsleitungsrecht eher technisch erscheint und sich medial schwer als Diskussionsthema aufbauen lässt. Es kann auch seinen Grund darin haben, dass zur Zeit, als die Ergänzungsleistungsreform im Parlament diskutiert (und stark umgebaut und verschärft) wurde, andere Themen die öffentliche Diskussion dominiert haben. Vielleicht hat es aber auch einfach seine Ursache darin, dass der Bezug von Ergänzungsleistungen – ähnlich wie der Bezug von Sozialhilfe – in der öffentlichen Wahrnehmung stigmatisiert ist. Auf jeden Fall ist es erstaunlich, dass eine derart einschneidende und für weite, bis tief in den Mittelstand reichende Kreise

⁷⁵ Vgl. MEIER/RENKER, S. 6.

nachteilige Gesetzesreform so wenig öffentliche Beachtung gefunden hat und auch in Kraft treten konnte, ohne dass ein Referendum ergriffen wurde⁷⁶.

Ob die Reform die gesetzten Sparziele erreicht, wird sich bis 2031 zeigen⁷⁷, wenn sie ihre volle Wirksamkeit entfaltet. Klar ist aber bereits jetzt, dass die Reform bestenfalls einen kleinen Teil des Kostenanstiegs im Ergänzungsleistungsbereich wird auffangen können, weil das Kostenwachstum tiefer liegende, vom Parlament selbst zu verantwortende Gründe hat: Einerseits wurden die Ergänzungsleistungen per 2011 bewusst zu einer (subsidiären) Pflegeversicherung ausgebaut⁷⁸, was angesichts der demographischen Alterung und, damit verbunden, erhöhter Pflegekosten zu einem voraussehbaren Kostenanstieg führen wird (und seit 2011 auch bereits geführt hat). Andererseits ist das Fundamentalproblem, dass die Renten der AHV nach wie vor deutlich zu tief sind, um die «angemessene Existenzsicherung» zu gewährleisten, wie die Verfassung dies eigentlich vorsieht, noch längst nicht gelöst⁷⁹.

Ohne eine Lösung für die Finanzierung der Langzeitpflege für ältere Menschen und ohne einen Ausbau der regulären Altersleistungen droht eine immer breiter werdende Schicht von Menschen letztlich auf Ergänzungsleistungen angewiesen zu sein. Mit den vom Gesetzgeber geschaffenen Neuerungen bedeutet dies zugleich, dass eine wachsende Zahl von Menschen ihr Privatvermögen wird aufbrauchen müssen, um die Existenz im Alter zu sichern.

Es erscheint uns wahrscheinlich, dass die Menschen sich deshalb rational verhalten werden und in Fällen, in denen sie gezwungen sein könnten, ihr Vermögen für die Existenzsicherung im Alter und insbesondere für ihre Pflege im Alter verbrauchen zu müssen, einen aufwändigeren Lebenswandel vorziehen und ihr Geld so weit verbrauchen werden, dass sie dereinst – spätestens bei Eintritt einer allfälligen Pflegedürftigkeit – ohne Rückzahlungspflichten der Erben vom Ergänzungsleistungssystem Gebrauch machen. Ein moralischer Vorwurf lässt sich daraus kaum konstruieren, solange die rechtlichen Rahmenbedingungen eingehalten werden. Es ist allerdings zu bedauern, dass das

⁷⁶ Ebenso erstaunt ANDERER, S. 468.

⁷⁷ Skeptisch MEIER/RENKER, S. 13: «Viel Bürokratie für wenig Sparpotential»; ebenso CARIGIET/KOCH, Rz. 73, für die der «zu bezahlende Preis jedenfalls zu hoch [ist]».

⁷⁸ BSK BV-GÄCHTER/FILIPPO, Art. 112a Rz. 10; GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 72 f.

⁷⁹ MEIER/RENKER, S. 15.

Parlament mit der hier besprochenen Reform diese Art von Anreizen gesetzt und nicht die eigentlichen Probleme angegangen hat.

Literaturverzeichnis

ANDERER KARIN, Die Revision der Ergänzungsleistungen (EL) – Ein Überblick, in: ZKE 6/2020, S. 467–486.

BALMER RENÉ, Bedeutung und Perspektiven der Ergänzungsleistungen im Rahmen der AHI-Vorsorge, in: SZS 3/2011, S. 265–296.

BOLLIER GERTRUD E., Leitfaden schweizerische Sozialversicherungen 2022, 17. Aufl., Luzern 2022.

CAMENZIND JANINE, Möglichkeiten der Nachlassplanung bei Nachkommen mit Behinderung und ihre Auswirkungen auf die Ergänzungsleistungen, in: FamPra.ch 4/2021, S. 966 ff.

CARIGIET ERWIN/KOCH UWE, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit.: SGK BV-BEARBEITER/-IN, Art. ... Rz. ...).

ERNST WOLFGANG/GÄCHTER THOMAS, Schranken der Freigiebigkeit. Zur Behandlung von Schenkungen im Privatrecht und im Ergänzungsleistungsrecht, in: SZS 2/2011, S. 139 ff.

GÄCHTER THOMAS, Wozu noch Erbrecht? Gedanken zu aktuellen Entwicklungen in der Pflegefinanzierung, in: Pflegerecht 2/2019, S. 70 ff. (zit.: *Erbrecht*).

GÄCHTER THOMAS, Altersfürsorge statt Altersvorsorge?, in: recht 1/2020, S. 52 ff. (zit.: *Altersfürsorge*).

KAHNEMAN DANIEL/TVERSKY AMOS, Choices, values and frames, in: American Psychologist 39/4 (1984), S. 341–350.

KÄSER HANS-UELI, Reform der Ergänzungsleistungen: Zur Rückerstattungspflicht rechtmässig bezogener Ergänzungsleistungen (EL), in: BN 1/2020, S. 261–270.

MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Basel 2021 (zit. : CR BV-BEARBEITER/-IN, Art. ... Rz. ...).

MEIER MICHAEL E./RENKER JANA, Eckpunkte und Probleme der EL-Reform, in: SZS 1/2020, S. 1 ff.

STEINAUER PAUL-HENRI, Les nouveaux articles 16a et 16b de la loi sur les prestations complémentaires, in : Pradervand-Kernen/Mooser/Eigenmann (Hrsg.), Journée de droit successoral 2021, Bern 2021, S. 207–225.

VALTERIO MICHEL, Commentaire de la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (Loi sur les prestations complémentaires, LPC), Genf/Zürich 2015.

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.: BSK BV-BEARBEITER/-IN, Art. ... Rz. ...).

WERLEN STEFAN, Der Anspruch auf Ergänzungsleistungen und deren Berechnung, Diss. Freiburg, Baden 1995.

WIDMER ALEXANDER, Bund spart bei den Ergänzungsleistungen, in: Plädoyer 6/2020, S. 28 f.

WIZENT GUIDO, Sozialhilferecht, Zürich/St. Gallen 2020.