



## **Urteil vom 1. Mai 2020**

---

Besetzung

Richter David Weiss (Vorsitz),  
Richter Beat Weber,  
Richter Daniel Stufetti,  
Gerichtsschreiber Roland Hochreutener.

---

Parteien

**A.**\_\_\_\_\_, (Deutschland)  
vertreten durch lic. iur. Hansjörg Geissmann, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Schweizerische Ausgleichskasse SAK,**  
Avenue Edmond-Vaucher 18, Postfach 3100, 1211 Genf 2,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Alters- und Hinterlassenenversicherung, Erlass der Rückfor-  
derung,  
Einspracheentscheid der SAK vom 20. November 2018.

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Mit Verfügung vom 7. Januar 2011 sprach die Ausgleichskasse Swissmem dem am (...) geborenen Schweizer Bürger A.\_\_\_\_\_ (*nachfolgend*: Versicherter oder Beschwerdeführer) ab 1. Februar 2011 eine ordentliche AHV-Altersrente von monatlich Fr. 2'320.-, nebst (akzessorischen) Kinderrenten von monatlich je Fr. 928.- für seine Söhne B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_, zu (act. 19). Am 23. Februar 2016 zog der Versicherte nach D.\_\_\_\_\_ (Deutschland; act. 39, S. 4).

**A.b** Mit Entscheid des Bezirksgerichts E.\_\_\_\_\_ vom (...) wurde die vom Versicherten mit F.\_\_\_\_\_ geschlossene Ehe geschieden (act. 60, S. 3 - 7). Aufgrund der Scheidung und des dadurch ausgelösten Einkommenssplittings nahm die nunmehr zuständige Schweizerische Ausgleichskasse (SAK) eine Neuberechnung vor und setzte die bisherige monatliche AHV-Rente von Fr. 2'350.- per 1. September 2016 auf Fr. 2'124.- herab (Verfügung vom 12. Januar 2018; act. 75). Mit weiterer Verfügung vom 12. Januar 2018 forderte die SAK die dem Versicherten zu viel ausgerichteten Rentenleistungen von Fr. 3'842.- zurück (act. 72). Die Rückerstattungsverfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

**B.**

**B.a** Unter Hinweis auf seine schlechte finanzielle Lage stellte der Versicherte am 20. Januar 2018 ein Gesuch um Erlass der Rückerstattungsforderung (act. 77).

**B.b** Mit Formular vom 20. Februar 2018 reichte er der SAK weitere Unterlagen ein und erteilte ihr die gewünschten Auskünfte über seine wirtschaftlichen Verhältnisse (act. 81, S. 1 - 22).

**B.c** Mit Verfügung vom 9. Mai 2018 wies die SAK das Gesuch des Versicherten um Erlass der Rückerstattung ab mit der Begründung, sie habe die finanzielle Situation aufgrund der eingereichten Angaben und Unterlagen geprüft und könne auf seinen Antrag auf Erlass der Schuld «nicht eintreten» (act. 87).

**B.d** Mit Eingabe vom 5. Juni 2018 erhob der Versicherte gegen diese Verfügung Einsprache, im Wesentlichen mit der sinngemässen Begründung, er habe die Leistungen in gutem Glauben empfangen und die durch die

beigefügten Unterlagen belegte schwierige finanzielle Situation verunmögliche ihm die Rückerstattung der geltend gemachten Forderung (act. 91, S. 1 - 9).

**B.e** Mit Einspracheentscheid vom 20. November 2018 wies die SAK die Einsprache vollumfänglich ab. Zur Begründung führte sie aus, der Erlass könne nur gewährt werden, wenn die kumulativen Voraussetzungen des guten Glaubens und der grossen Härte gegeben seien. Ihre Abklärung habe ergeben, dass die Anspruchsvoraussetzung der grossen Härte trotz Berücksichtigung der von ihm genannten Lasten und Schulden nicht gegeben sei (act. 94).

### **C.**

Gegen diesen Einspracheentscheid erhob der Beschwerdeführer, nunmehr vertreten durch Rechtsanwalt Hansjörg Geissmann, mit Eingabe vom 9. Januar 2019 (Akten im Beschwerdeverfahren [*nachfolgend*: BVGer act.] 1 samt Beilage) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde mit den folgenden Anträgen:

1. «Der Einspracheentscheid vom 20. November 2018 der schweizerischen Ausgleichskasse SAK sei aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen zur verfassungsgemässen Begründung.
2. Eventuell:  
Eventualiter sei in Gutheissung des Erlassgesuches auf die Rückforderung der zu viel ausbezahlten AHV-Renten im Betrage von CHF 3'842.00 für die Zeit vom 1. September 2016 bis zum 31.01.2018 zu verzichten.
3. Dem Beschwerdeführer sei die unentgeltliche Rechtspflege für das vorliegende und auch für das Rückweisungsverfahren zu bewilligen und der unterzeichnete Anwalt sei zum unentgeltlichen Rechtsvertreter zu bestimmen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.»

### **D.**

Mit Zwischenverfügung vom 14. Januar 2019 wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, das der Verfügung beigelegte Formular «Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege» ausgefüllt und mit den nötigen Beweismitteln versehen bis zum 13. Februar 2019 beim Bundesverwaltungsgericht einzureichen (BVGer act. 4).

**E.**

Nachdem der Beschwerdeführer dieser Aufforderung mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 22. Januar 2019 (BVGer act. 5 samt Beilagen) nachgekommen war, wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung mangels prozessualer Bedürftigkeit ab, soweit darauf einzutreten war (Zwischenverfügung vom 13. Februar 2019; BVGer act. 6).

**F.**

Mit Vernehmlassung vom 14. März 2019 stellte die SAK den Antrag auf Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des angefochtenen Einspracheentscheides (BVGer act. 9).

**G.**

Mit Replik seines Rechtsvertreters vom 6. Mai 2019 hielt der Beschwerdeführer an seinen bisherigen Anträgen fest (BVGer act. 12).

**H.**

In ihrer Duplik vom 7. Juni 2019 hielt die SAK ihrerseits an ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest (BVGer act. 15).

**I.**

Mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 28. Juni 2019 nahm der Beschwerdeführer zur Duplik Stellung (BVGer act. 17).

**J.**

Mit Verfügung vom 20. Januar 2020 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Parteien auf, zu den im vorinstanzlichen und im Beschwerdeverfahren eingereichten Unterlagen über die finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers und zur Frage der grossen Härte bis zum 19. Februar 2020 Stellung zu nehmen und allfällige weitere Bemerkungen anzubringen (Dispositiv-Ziff. 1). Ferner forderte es den Beschwerdeführer auf, innert gleicher Frist zur Frage der Veränderung der finanziellen Verhältnisse in der Zeit vom 20. November 2018 bis zum 22. Januar 2019 Stellung zu nehmen respektive dem Bundesverwaltungsgericht unter Verweis auf entsprechende Beweismittel mitzuteilen, welche Angaben für den hier relevanten Zeitpunkt zutreffend seien (Dispositiv-Ziff. 2; BVGer act. 20).

**K.**

Die Vorinstanz liess sich dazu mit Eingabe vom 18. Februar 2020 vernehmen (BVGer act. 22).

**L.**

Mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 19. Februar 2020 kam auch der Beschwerdeführer der Aufforderung zur Stellungnahme nach (BVGer act. 21).

**M.**

Mit Verfügung vom 21. Februar 2020 übermittelte der Instruktionsrichter den Parteien die eingereichten Stellungnahmen zur Kenntnisnahme. Ferner teilte er diesen mit, dass der Schriftenwechsel – vorbehältlich weiterer Instruktionsmassnahmen – am 2. März 2020 geschlossen werde (BVGer act. 23).

**N.**

Mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 28. Februar 2020 nahm der Beschwerdeführer erneut zur Angelegenheit Stellung und übermittelte dem Bundesverwaltungsgericht weitere Beweismittel (BVGer act. 24 samt Beilagen 1 - 7).

**O.**

Mit Verfügung vom 4. März 2020 liess der Instruktionsrichter der Vorinstanz die Eingabe vom 28. Februar 2020 samt Beilagen zukommen (BVGer act. 25).

**P.**

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die eingereichten Akten wird – soweit erforderlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 85<sup>bis</sup> Abs. 1 AHVG [SR 831.10] sowie Art. 31, 32 und 33 Bst. d VGG). Der Beschwerdeführer ist als Adressat des angefochtenen Einspracheentscheides durch diesen besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung, weshalb er zur Erhebung der Beschwerde legitimiert ist (Art. 59 ATSG [SR 830.1]). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde vom 9. Januar 2019 ist daher einzutreten (Art. 60 Abs. 1 ATSG; Art. 52 Abs. 1 VwVG).

## **2.**

**2.1** Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind grundsätzlich nur Rechtsverhältnisse zu überprüfen und zu beurteilen, zu denen die zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig verbindlich – in Form einer Verfügung – Stellung genommen hat. Insoweit bestimmt die Verfügung den beschwerdeweise weiterziehbaren Anfechtungsgegenstand. Umgekehrt fehlt es an einem Anfechtungsgegenstand und an einer Sachurteilsvoraussetzung, wenn und insoweit keine Verfügung ergangen ist (BGE 131 V 164 E. 2.1).

**2.2** Angefochten ist der Einspracheentscheid vom 20. November 2018, mit welcher die SAK die an den Erlass der Rückforderung geknüpfte Anspruchsvoraussetzung der grossen Härte verneint und das Erlassgesuch abgewiesen hat. Die Frage der unentgeltlichen Verbeiständung im vorinstanzlichen Verfahren hatte die SAK mangels Begehren des Beschwerdeführers nicht zu entscheiden. Soweit der Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung respektive Verbeiständung «für das Rückweisungsverfahren» beantragt, kann darauf mangels Anfechtungsgegenstandes nicht eingetreten werden.

## **3.**

Der Beschwerdeführer rügt in formeller Hinsicht vorab eine Verletzung der Begründungspflicht.

**3.1** Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 42 ATSG) gewährleistet der vom Entscheid in ihrer Rechtsstellung betroffenen Person insbesondere das Recht, sich vor Erlass des Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 132 V 368 E. 3.1). Der Gehörsanspruch verpflichtet die Behörde, die Vorbringen der betroffenen Person auch tatsächlich zu hören, zu prüfen und in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen, weshalb sie ihren Entscheid zu begründen hat (BGE 134 I 83 E. 4.1). Die Pflicht der Behörde, ihre Verfügungen – sofern sie den Begehren der Parteien nicht voll entsprechen (Art. 49 Abs. 3 Satz 2 ATSG) – zu begründen, bezweckt insbesondere, die betroffene Person in die Lage zu versetzen, eine Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anfechten zu können (BGE 124 V 180 E. 1a, vgl. auch 134 I 83 E. 4.1 mit Hinweisen).

**3.2** Das Administrativverfahren umfasst sowohl das Verfügungs- als auch das Einspracheverfahren. Deshalb konnte der Gesetzgeber die Pflicht zur Anhörung in das Einspracheverfahren verlegen, während die Abklärung des Sachverhalts vor Verfügungserlass zu erfolgen hat. Damit soll ein einfaches und rasches verwaltungsinternes Verfahren gewährleistet werden. Dies schliesst ergänzende Sachverhaltsabklärungen im Einspracheverfahren jedoch nicht aus. Denn in diesem Verfahren kann die Verwaltung die angefochtene Verfügung nochmals überprüfen und über die strittigen Punkte entscheiden, bevor allenfalls die Beschwerdeinstanz angerufen wird. Spätestens im Einspracheverfahren hat die Verwaltung in rechtsgenügender Form Gelegenheit zu geben, sich zu den getroffenen Beweissmassnahmen inhaltlich wie auch zum Verfahren zu äussern (vgl. BGE 132 V 368 E. 6.2 m.w.H.; 121 V 155 E. 5b). Denn es kann nicht der Sinn sein, dass die versicherte Person zur Verwirklichung ihrer Mitwirkungsrechte ein Rechtsmittel ergreifen muss, zumal ihr dadurch auch noch eine Instanz verloren gehen kann (vgl. BGE 116 V 187 E. 3c). Hinzu kommt, dass die Einsprache eine Teilrechtskraft der Verfügung zur Folge haben kann, soweit sie unangefochten geblieben ist und aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte kein Anlass zur Überprüfung besteht (vgl. Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts I 618/04 vom 20. September 2006 E. 7.3; BGE 119 V 350 E. 1b m.H.; RKUV 1998 Nr. U 309 S. 459 Erw. 4a).

**3.3** Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Deshalb führt dessen Verletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung (BGE 127 V 431 E. 3d/aa, 126 I 19 E. 2d/bb). Nach der Rechtsprechung kann jedoch eine Verletzung des Gehörsanspruchs dann geheilt werden, wenn die unterbliebene Gewährung des rechtlichen Gehörs in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in dem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz. Die Heilung ist aber ausgeschlossen, wenn es sich um eine besonders schwerwiegende Verletzung der Parteirechte handelt. Zudem darf den Beschwerdeführenden kein Nachteil erwachsen und die Heilung soll die Ausnahme bleiben (BGE 129 I 129 E. 2.2.3, 126 V 130 E. 2b, 126 I 68 E. 2). Bei Verstössen gegen die Begründungspflicht wird der Mangel als behoben erachtet, wenn die Rechtsmittelbehörde eine hinreichende Begründung liefert oder wenn die unterinstanzliche Behörde im Rahmen des Beschwerdeverfahrens eine genügende Begründung nachschiebt. Von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung ist im Sinne einer Heilung des Mangels selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des

rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 116 V 182 E. 3d; zum Ganzen ausführlich Urteil des EVG I 193/04 vom 14. Juli 2006 sowie bspw. Urteil des BVGer C-263/2010 vom 19. Oktober 2012 E. 3.1 f. mit Hinweisen).

### **3.4**

**3.4.1** Vorliegend wurden bereits in der Rückerstattungsverfügung vom 12. Januar 2018 lediglich rechtliche Hinweise und die Rentenverfügung als Beilagen angeführt. Aus der Verfügung geht in keiner Weise hervor, wie die Vorinstanz den Saldo von Fr. 3'842.- zu ihren Gunsten ermittelt hat. Sodann geht auch aus der Abweisung des Erlassgesuchs (Verfügung vom 9. Mai 2018; act. 87) nicht hervor, ob die SAK den guten Glauben, die grosse Härte oder beide Anspruchsvoraussetzungen verneint hat. Mit ihrer Begründung, dass auf den Antrag auf Erlass nicht eingetreten werden könne und der nachfolgenden Formulierung, dass das Gesuch um Erlass abgewiesen werde, lässt die SAK letztlich offen, ob formelle Gründe zum Nichteintreten geführt haben oder ob das Gesuch gestützt auf eine materielle Prüfung abgewiesen worden ist. Unter den gegebenen Umständen war es dem Beschwerdeführer somit nicht möglich, die Verfügung sachgerecht anzufechten und strittige Berechnungspositionen zu rügen.

**3.4.2** Hinzu kommt, dass auch aus dem Einspracheentscheid vom 20. November 2018 keine konkrete Berechnung des Existenzminimums hervorgeht. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Abklärungsergebnisse der verfügenden Stelle geprüft und bestätigt worden sind, ist ebenfalls nicht ersichtlich. Die Vorgehensweise der SAK hat zu einem erheblichen Mehraufwand für den Rechtsvertreter geführt, da mangels konkreter Begründung der Verfügungen konkrete Anknüpfungspunkte für eine Rüge der Anspruchsgrundlagen (guter Glaube und grosse Härte) respektive der Berechnungsgrundlagen gefehlt haben.

**3.4.3** Die sowohl in der Verfügung als auch im Einspracheentscheid fehlenden konkreten Begründungen haben es dem Beschwerdeführer auch erschwert respektive verunmöglicht, im vorliegenden Beschwerdeverfahren sachgerechte Beweisanträge zu stellen oder sachdienliche Beweismittel einzureichen, so dass eine Beschränkung der Beschwerde auf noch strittige Punkte nicht möglich gewesen ist. Es kann zudem nicht Aufgabe

eines Verfahrensbeteiligten oder der Beschwerdeinstanz sein, fehlende Berechnungen nachzuholen, welche bereits die verfügende Stelle respektive Einspracheinstanz hätte überprüfen müssen.

**3.5** Gestützt auf die dargelegten Anforderungen an das rechtliche Gehör eines Versicherten erweist sich die Begründung, wonach die Voraussetzung der grossen Härte nicht vorliege, als inhaltsleer und damit als ungenügend. Erst im Beschwerdeverfahren hat sich die SAK im Einzelnen mit den bundesrechtlichen Ansätzen für die Härtefallberechnung und den konkreten Beträgen auseinandergesetzt (BVGer act. 9).

**3.6** Damit ergibt sich, dass der Gehörsanspruch des Beschwerdeführers von der SAK zwar verletzt wurde. Allerdings hat er sich im vorliegenden Beschwerdeverfahren, in dem das Bundesverwaltungsgericht sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüft, in Kenntnis der relevanten Vorakten, einlässlich zum angefochtenen Einspracheentscheid vom 20. November 2018 äussern können. Im Rahmen eines dreifachen Schriftenwechsels (vgl. dazu BVGer act. 1, 12 und 21) hatte er ausreichend Gelegenheit, seine Anträge zu begründen und zu den umstrittenen Fragen Stellung zu nehmen. Unter diesen Umständen führte eine erneute Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zweifelsohne zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu einer unnötigen Verzögerung des Verfahrens, die nicht mit den prozessökonomischen Interessen (beider Parteien) zu vereinbaren wäre. Die Annahme der Heilung der festgestellten Gehörsverletzung ist daher gerechtfertigt, und es ist ausnahmsweise von der beantragten Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks Gewährung des rechtlichen Gehörs abzusehen (vgl. dazu auch Urteil des BVGer C-4405/2017 vom 20. Februar 2019 E. 4.2 - 4.4). Der Gehörsverletzung ist allerdings bei der Regelung der Entschädigungsfolgen angemessen Rechnung zu tragen (vgl. nachstehende E. 6.2).

#### **4.**

Zunächst sind nachfolgend die anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen und die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze darzulegen.

**4.1** Der Beschwerdeführer ist Schweizer Staatsbürger und lebte im Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Entscheids vom 20. November 2018 in Deutschland. Der Anspruch des Beschwerdeführers auf Erlass der Rückerstattung der unrechtmässig bezogenen Altersrenten richtet sich sowohl in materiell-rechtlicher als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht nach schweizerischem Recht, insbesondere dem AHVG, dem ATSG sowie der

ATSV (SR 830.11; BGE 130 V 253 E. 2.4; vgl. zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens und der entsprechenden Koordinierungsvorschriften Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 Bst. d der am 1. April 2012 in Kraft getretenen Verordnung [EG] Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit [SR 0.831.109.268.1]).

**4.2** Unrechtmässig bezogene Leistungen sind grundsätzlich zurückzuerstatten (Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG). Wer (unrechtmässig gewährte) Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt (Art. 25 Abs. 1 zweiter Satz ATSG, Art. 4 Abs. 1 ATSV). Massgebend ist der gute Glaube während des Bezugs der unrechtmässigen Leistung (SVR 2014 IV Nr. 35 S. 126, 8C\_182/2014 E. 3.5; Urteil des BGer 9C\_728/2016 vom 26. Oktober 2017 E. 1.1). Die rückerstattungspflichtige Person kann sich auf den guten Glauben berufen, wenn ihr fehlerhaftes Verhalten nur leicht fahrlässig war. Wie in anderen Bereichen beurteilt sich das Mass der erforderlichen Sorgfalt nach einem objektiven Massstab, wobei aber das den Betroffenen in ihrer Subjektivität Mögliche und Zumutbare (Urteilsfähigkeit, Gesundheitszustand, Bildungsgrad usw.) nicht ausgeblendet werden darf (BGE 138 V 218 E. 4 S. 220; 112 V 97 E. 2c S. 103; SVR 2017 AHV Nr. 3 S. 5, Urteil des BGer vom 26. September 2016 [9C\_413/2016] E. 3.1 mit Hinweis).

**4.3** Sofern die Verwaltung auf die Rückerstattung nicht verzichtet (vgl. Art. 3 Abs. 3 ATSV; SVR 2008 AHV Nr. 17 S. 51, H 168/06 E. 2), kann sie die Erlassfrage erst prüfen, wenn die Rechtsbeständigkeit der Rückerstattungsforderung feststeht. Über Rückforderung und – gegebenenfalls – Erlass derselben wird somit in der Regel in zwei Schritten verfügt (vgl. dazu Art. 3 und 4 ATSV; Urteil des BGer 9C\_466/2014 vom 2. Juli 2015 [SVR 2015 AHV Nr. 10 S. 35] E. 3.1 mit Hinweis; Urteil des BGer P 62/04 vom 6. Juni 2005 E. 1.2 mit Hinweisen).

**4.4** Eine grosse Härte im Sinne von Art. 25 Abs. 1 ATSG liegt vor, wenn die vom Bundesgesetz über die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG, in der ab 1. Januar 2017 geltenden Fassung; SR 831.30; AS 2016 5233, BBl 2016 2223) anerkannten Ausgaben und die zusätzlichen Ausgaben nach Art. 5 Abs. 4 ATSV die nach ELG anrechenbaren Einnahmen übersteigen (Art. 5 Abs. 1 ATSV). In Abweichung zu den Bestimmungen des ELG sind im Sinne einer einheitlichen Bemessungsregel die anerkannten Ausgaben nach Art. 5 Abs. 2 und 3 ATSV zu berücksichtigen. Für bestimmte Parameter sind mithin laut den

genannten Verordnungsbestimmungen – allenfalls abweichend von der kantonalen Regelungskompetenz im Bereich der EL (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. b und Art. 11 Abs. 2 ELG) – schweizweit geltende Werte zu berücksichtigen (JOHANNA DORMANN, in: Basler Kommentar, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsgesetzes, 2020, Art. 25 N. 77). Für die Beurteilung, ob eine grosse Härte vorliegt, ist der Zeitpunkt massgebend, in welchem über die Rückforderung rechtskräftig entschieden worden ist (Art. 4 Abs. 2 ATSV; Urteil des BGer vom 26. Oktober 2017 E. 1.2; SVR 2007 ALV Nr. 17 S. 55).

Massgebend sind demnach vorliegend die Verhältnisse, wie sich im Zeitpunkt der Rechtskraft der Rückforderungsverfügung vom 12. Januar 2018 präsentiert haben (vgl. Sachverhalt, Bst. A hievor).

**4.5** Auf der Ausgabenseite sind zunächst die nach der Praxis zum ELG im Jahr 2019 geltenden Ansätze zu berücksichtigen. Der Betrag für den allgemeinen Lebensbedarf für alleinstehende Erwachsene beläuft sich auf Fr. 19'290.- (Art. 10 Abs. 1 Bst. a ELG). Zu berücksichtigen sind ferner die zusätzlichen Ausgaben im Sinne von Art. 5 Abs. 4 Bst. a ATSV in der Höhe von pauschal Fr. 8'000.-, die pauschalen Mietkosten für Alleinstehende in der Höhe von Fr. 13'200.- (vgl. Art. 10 Abs. 1 Bst. b ELG, Art. 5 Abs. 2 Bst. a ATSV) sowie die Krankenkassenprämien von pauschal Fr. 7'104.- (Art. 10 Abs. 3 Bst. d ELG, Art. 5 Abs. 2 Bst. c ATSG sowie Anhang VI der Wegleitung über die Renten [RWL] in der Eidgenössischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, gültig ab 1. Januar 2003, Stand: 1. Januar 2018; vgl. auch Rz. 3240.01 der Wegleitung über die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV [WEL], gültig ab 1. April 2011, Stand: 1. Januar 2018). Diese Pauschalbeträge sind an die Lebenshaltungskosten im Wohnsitzland des Beschwerdeführers, vorliegend Deutschland, anzupassen. Für die Anpassung ist auf den Index der OECD (Preis und Kaufkraftvergleich) zurückzugreifen (abrufbar unter der Internetseite < <http://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=CPL> >), welcher für Deutschland dem Wert 68 (Schweiz = 100, Stand für November 2018) entspricht. Angepasst an die Lebenshaltungskosten in Deutschland beträgt der jährliche Grundbetrag somit Fr. 13'117.20 (68 % von Fr. 19'290.-); die zusätzliche Ausgabe gemäss Art. 5 Abs. 4 Bst. a ATSV beläuft sich kaufkraftbereinigt auf Fr. 5'440.- (= 68 % von Fr. 8'000.-), für die Miete ist ein Betrag von Fr. 8'976.- (= 68 % von Fr. 13'200.-) sowie für die Krankenkassenprämie eine Pauschale von Fr. 4'830.70 (68 % von Fr. 7'104.-) einzusetzen. Anzuerkennen sind ferner die gerichtlich festgesetzten Unterhaltsbeiträge von Fr. 24'000.- pro Jahr (act. 59, S. 4; Art. 10 Abs. 3 Bst. e ELG;

Rz. 3271.01 WEL). Dementsprechend belaufen sich die an die Lebenshaltungskosten des Beschwerdeführers angepassten anerkannten Ausgaben auf total Fr. 56'364.- (= Fr. 13'117.30 + Fr. 5'440.- + Fr. 8'976.- + Fr. 4'830.70 + Fr. 24'000.-). Die Kosten für die Benützung eines privaten Fahrzeuges können demgegenüber nicht berücksichtigt werden, da diese nach der EL-Praxis nur dann anrechenbar sind, wenn sie in einem direkten Zusammenhang mit der Arbeit des Versicherten stehen und diesem ein öffentliches Verkehrsmittel nicht zur Verfügung steht oder ihm dessen Benützung nicht zugemutet werden kann (Rz. 3423.04 WEL). Mangels Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers scheidet eine Anrechnung dieser Kosten vorliegend aus.

Die anrechenbaren Einkünfte setzen sich laut Angaben des Beschwerdeführers aus den AHV-Renten von jährlich Fr. 28'200.- und den Renten respektive Pensionen anderer Versicherungen von Fr. 48'529.- (act. 81, S. 3) zusammen, womit sich das Total der anrechenbaren Einkünfte auf Fr. 76'729.- (= Fr. 28'200.- + Fr. 48'529.-) beläuft.

Werden diese anrechenbaren Einkünfte von Fr. 76'729.- den anerkannten Ausgaben von total Fr. 56'364.- gegenübergestellt, so resultiert ein deutlicher Einnahmenüberschuss von Fr. 20'365.-. Daraus folgt, dass selbst die die Anrechnung der geltend gemachten Leasingraten nichts am Ergebnis zu ändern vermöchte. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass auch die vom Beschwerdeführer glaubhaft gemachte erhebliche Gesundheitsbeeinträchtigung (vgl. dazu BVGer act. 24, Beilagen 3 - 6) nach der geltenden Rechtslage bei der Beurteilung des Härtefalls nicht berücksichtigt werden kann. Daraus folgt, dass die Anspruchsvoraussetzung der grossen Härte nicht erfüllt ist und die SAK das Erlassgesuch des Beschwerdeführers zu Recht abgewiesen hat.

## **5.**

Zusammengefasst ergibt sich, dass die SAK den Gehörsanspruch des Beschwerdeführers verletzt hat, indem sie die Einsprache unter blossem Verweis auf die fehlenden Voraussetzungen für die Annahme einer grossen Härte abgewiesen und damit ihren Entscheid nicht hinreichend begründet hat. Die Gehörsverletzung kann indes im vorliegenden Beschwerdeverfahren geheilt werden, da die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf führen und den Beschwerdeführer weiterhin im Ungewissen lassen würde, ob ihm die Rückforderung erlassen werden kann oder nicht. Die materiellrechtlichen Voraussetzungen für einen Erlass der Rückforderung sind vorliegend offensichtlich nicht erfüllt, da eine grosse Härte im Sinne von Art. 25

Abs. 1 ATSG i.V.m. Art. 5 ATSV nicht gegeben ist. Der Verletzung des Gehörsanspruchs ist immerhin bei den Entschädigungsfolgen Rechnung zu tragen (vgl. nachstehende E. 6.2). Die Beschwerde vom 9. Januar 2019 ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und der angefochtene Einspracheentscheid vom 20. November 2018 ist zu bestätigen.

## **6.**

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

**6.1** Das Beschwerdeverfahren ist für die Parteien kostenlos (Art. 85<sup>bis</sup> Abs. 2 AHVG), so dass keine Verfahrenskosten zu erheben sind.

## **6.2**

**6.2.1** Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (vgl. auch Art. 7 ff. VGKE). Obsiegt die Partei nur teilweise, so ist die Parteientschädigung entsprechend zu kürzen (Art. 7 Abs. 2 VGKE). Die Entschädigung wird der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, soweit sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

**6.2.2** Vorliegend hat die SAK das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers in gravierender Weise verletzt. Aufgrund der formellen Natur des Gehörsanspruchs wäre die Streitsache deshalb grundsätzlich zur Durchführung einer detaillierten Berechnung und Begründung an die SAK zurückweisen, wobei eine Rückweisung praxismässig als Obsiegen der beschwerdeführenden Partei gilt (BGE 137 V 57 E. 2.1 m.H.). Der Beschwerdeführer hätte bei diesem Verfahrensausgang demnach Anspruch auf eine angemessene Parteientschädigung. Der Verzicht auf die Rückweisung erfolgt vorliegend allein zur Vermeidung eines formalistischen Leerlaufs. Auch wenn der Beschwerdeführer materiell unterliegt, darf die Nachholung der von der SAK unterlassenen Berechnungen und der Begründung durch die Beschwerdeinstanz dem Beschwerdeführer nicht zum Nachteil gereichen. Mit Blick auf die schwere Verletzung des rechtlichen Gehörs erweist es sich als sachgerecht, den Beschwerdeführer so zu stellen, wie wenn er obsiegt hätte (vgl. dazu ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 4.65, Fn. 184; vgl. auch Urteil des BGer 9C\_672/2009 vom 25. November 2009

E. 4.1; Urteile des BVGer C-6007/2016 vom 7. Februar 2018 E. 10.3; B-593/2012 vom 19. Dezember 2012, S. 7). Da keine Kostennote eingereicht wurde, ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des Verfahrensausgangs, des gebotenen und aktenkundigen Aufwands, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des vorliegend zu beurteilenden Verfahrens ist eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 2'800.- angemessen. Diese ist der Vorinstanz aufzuerlegen.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**3.**

Dem Beschwerdeführer wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 2'800.- zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Einschreiben)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

David Weiss

Roland Hochreutener

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: