



Abteilung III
C-3347/2008
{T 0/2}

Urteil vom 23. August 2010

Besetzung

Richterin Franziska Schneider (Vorsitz),
Richterin Elena Avenati-Carpani, Richter Stefan Mesmer,
Gerichtsschreiberin Susanne Genner.

Parteien

K._____,
vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Dominique Chopard,
Beschwerdeführer,

gegen

IV-Stelle für Versicherte im Ausland IVSTA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Rückforderung, Verfügung vom 17. April 2008.

Sachverhalt:**A.**

Der (...) 1958 geborene Beschwerdeführer kosovarischer Nationalität hielt sich zwischen 1988 und 1995 als Saisonnier in der Schweiz auf und war als Bauarbeiter tätig. Am 24. September 1995 verunfallte der Beschwerdeführer als Mitfahrer eines Personenwagens und zog sich dabei Kopf- und Kieferverletzungen zu. In der Folge war er nicht mehr arbeitstätig.

B.

Mit Gesuch vom 10. Oktober 1996, eingegangen am 15. Oktober 1996 bei der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen, IV-Stelle (nachfolgend: IV-Stelle St. Gallen), beantragte der Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Roland Ilg, die Zusprechung einer Invalidenrente.

C.

Gemäss ELAR-Notiz vom 7. August 2003 reiste der Beschwerdeführer am 30. September 1997 nach Montenegro aus.

D.

Mit Verfügung vom 26. März 1998 wies die IV-Stelle St. Gallen das Leistungsbegehren des nunmehr von Rechtsanwalt Dominique Chopard vertretenen Beschwerdeführers ab.

E.

Nach durchgeführtem Rechtsmittelverfahren vor dem Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen (vgl. Entscheid vom 31. Oktober 2000) ermittelte die Vorinstanz mit Einkommensvergleich vom 11. Dezember 2003 einen Invaliditätsgrad von 80 % seit dem 24. September 1995 und von 54.34 % seit dem 15. Januar 1996.

F.

Mit Beschluss vom 23. Dezember 2003 stellte die Vorinstanz fest, es liege eine langdauernde Krankheit vor, der Grad der Invalidität betrage 54 % seit dem 24. September 1996 und die Rente werde in Anwendung der Übergangsbestimmungen zur Änderung des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10) ab dem 1. Januar 2001 ausgerichtet.

G.

Mit Verfügungen vom 14. Mai 2004 sprach die IV-Stelle für Versicherte im Ausland (nachfolgend: Vorinstanz) dem Beschwerdeführer eine halbe Invalidenrente und eine ordentliche halbe Zusatzrente (Ehegattenrente) mit Wirkung ab 1. Januar 2001 sowie 2 halbe Kinderrenten mit Wirkung ab 1. November 2002 zu.

H.

Gegen diese Verfügungen erhob der Beschwerdeführer, weiterhin vertreten durch Rechtsanwalt Dominique Chopard, am 17. Juni 2004 Einsprache mit den Begehren, die Invalidenrente sei bereits mit Wirkung per 1. September 1996 auszurichten und der Invaliditätsgrad sei angemessen zu erhöhen.

I.

Die Vorinstanz teilte dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 7. März 2005 mit, der im Beschluss vom 23. Dezember 2003 festgestellte Zeitpunkt des Eintritts des Versicherungsfalls am 24. September 1996 habe sich als unrichtig erwiesen. Der Versicherungsfall sei erst im Juli 2000 eingetreten, als infolge der Depression eine Arbeitsunfähigkeit von 40 % in Verweisungstätigkeiten festgestellt worden sei. In diesem Zeitpunkt seien die versicherungsmässigen Anspruchsvoraussetzungen weder gemäss Art. 8b noch gemäss Art. 8f des Abkommen vom 8. Juni 1962 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Föderativen Republik Jugoslawien über Sozialversicherung (SR 0.831.109.818.1, in Kraft seit 1. März 1964) erfüllt gewesen. Ein Rentenanspruch habe folglich erst im Zeitpunkt des Wegfalls der Versicherungsklausel am 1. Januar 2001 entstehen können. Im Hinblick auf den Zeitpunkt des Anspruchsbeginns ergebe sich daher keine Änderung gegenüber der angefochtenen Verfügung. Hingegen würden die geänderten Feststellungen in Bezug auf den Zeitpunkt des Versicherungsfalls (Eintritt der Invalidität erst im Juli 2000) die Rentenberechnung und damit die Rentenhöhe beeinflussen. Beim Eintritt des Versicherungsfalls im Jahr 2000 betrage der Zuschlag zum durchschnittlichen Einkommen nur 5 % statt 10 %. Andererseits seien dem Beschwerdeführer diesfalls Erziehungsgutschriften anzurechnen. Unabhängig vom Zeitpunkt des Versicherungsfalls erscheine die Anrechnung von mehreren ganzen Beitragsjahren angesichts der Tatsache, dass der Beschwerdeführer immer Saisonier gewesen sei, als fragwürdig. Die Anrechnung der Beitragsjahre werde einer Überprüfung zu unterziehen sein. Insgesamt

resultiere in jedem Fall ein niedrigeres monatliches Rentenbetreffnis als in den angefochtenen Verfügungen festgehalten. Der Beschwerdeführer erhalte daher Gelegenheit zum Rückzug der Einsprache. Andernfalls werde die Vorinstanz einen Einspracheentscheid zu Ungunsten des Beschwerdeführers fällen.

J.

Mit Einspracheverfügung vom 22. August 2005 und zugehörigem Einspracheentscheid vom 23. August 2005 wies die Vorinstanz die Einsprache ab und änderte die angefochtene Verfügung zu Ungunsten des Beschwerdeführers. Einer allfälligen Beschwerde entzog sie die aufschiebende Wirkung. Die Einspracheverfügung vom 22. August 2005 enthielt folgenden Hinweis: "Die Zustellung einer Rückerstattungsverfügung betreffend den zu Unrecht bezahlten Renten bleibt vorbehalten."

K.

Die gegen den Einspracheentscheid vom 23. August 2005 erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil C-2575/2006 vom 16. März 2007 ab.

L.

Mit Verfügung vom 17. April 2008 ordnete die Vorinstanz die Rückzahlung von Fr. 8'492.- an mit der Begründung, der Betrag sei zu Unrecht ausbezahlt worden und daher gemäss Art. 25 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) zurückzuerstatten. Ein Gesuch um Erlass der Schuld könne innerhalb von 30 Tagen bei der Vorinstanz gestellt werden.

M.

Gegen diese Verfügung liess der Beschwerdeführer, wiederum vertreten durch Rechtsanwalt Dominique Chopard, am 21. Mai 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben mit dem Antrag, die Verfügung vom 17. April 2008 sei vollumfänglich aufzuheben. Zur Begründung führte er an, das rechtliche Gehör sei verletzt worden, indem ihm die Vorinstanz keine Gelegenheit zur Einsprache eingeräumt habe. Ein allfälliger Anspruch der Vorinstanz wäre überdies verwirkt, da ein Rückforderungsanspruch innerhalb eines Jahres nach Kenntnisnahme zu verfügen sei. Die Vorinstanz habe spätestens mit der Androhung der reformatio in peius am 7. März 2005 Kenntnis gehabt. Zudem könnten Leistungen nur während 5 Jahren nach Aus-

richtung der einzelnen Leistung zurückgefordert werden. Die Vorinstanz fordere unzulässigerweise Leistungen zurück, die ab dem 1. Januar 2001 ausgerichtet worden seien.

N.

Mit Vernehmlassung vom 12. September 2008 schloss die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde. Seit dem 1. Juli 2006 bestimme Art. 69 Abs. 1 Bst. b IVG, die Verfügungen der IV-Stelle für Versicherte im Ausland seien in Abweichung von Art. 52 und 58 ATSG direkt beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar. Die der angefochtenen Verfügung beigefügte Rechtsmittelbelehrung sei folglich korrekt.

In materieller Hinsicht sei festzuhalten, dass der Rückforderungsanspruch nicht verwirkt sei. Da gegen den Einspracheentscheid vom 23. August 2005 Beschwerde erhoben worden sei, habe erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. März 2007 festgestanden, ob überhaupt und in welcher Höhe ein Rückforderungsanspruch bestehe. Die Vorinstanz habe diesen folglich erst zu diesem Zeitpunkt verfügungsweise geltend machen können. Die angefochtene Verfügung vom 17. April 2008 sei innert Jahresfrist seit dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils vom 16. März 2007 erlassen worden. Der Rückforderungsanspruch sei folglich rechtzeitig geltend gemacht worden.

Auch die fünfjährige absolute Verwirkungsfrist sei eingehalten. Gemäss Art. 25 Abs. 2 ATSG sowie nach der Rechtsprechung sei der Zeitpunkt der effektiven Entrichtung der einzelnen Leistung massgebend und nicht der Zeitpunkt, in dem die Leistung hätte erbracht werden sollen. Im vorliegenden Fall seien die einzelnen Leistungen gemäss Verfügung vom 14. Mai 2004 ab Juni 2004 erbracht worden.

O.

Der mit Zwischenverfügung vom 22. September 2008 einverlangte Kostenvorschuss von Fr. 300.- wurde am 8. Oktober 2008 bezahlt.

P.

Mit Replik vom 20. Oktober 2008 hielt der Beschwerdeführer an seinem Antrag fest. Es treffe zwar zu, dass die Verfügungen der IV-Stelle für Versicherte im Ausland direkt beim Bundesverwaltungsgericht anzufechten seien. Auf das im Sozialversicherungsrecht grundsätzlich anwendbare Einspracheverfahren könne nur verzichtet werden, wenn die Durchführung eines Vorbescheidverfahrens vor-

gesehen sei. Der Beschwerdeführer habe Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieses sei entweder im Rahmen eines Einsprache- oder aber eines Vorbescheidverfahrens zu gewähren.

Die Vorinstanz habe nicht erst beim Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids Kenntnis im Sinn von Art. 25 Abs. 2 ATSG. Kenntnis über den Rückforderungsanspruch habe schon vor dem Schreiben vom 7. Mai 2005 bestanden. Das anschliessende Gerichtsverfahren sei für den Lauf der Verwirkungsfrist ohne Belang.

Q.

Die Vorinstanz teilte mit Duplik vom 24. November 2008 mit, sie halte an ihrer Rechtsauffassung und am Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest.

R.

Der Schriftenwechsel wurde mit Verfügung vom 1. Dezember 2008 geschlossen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Beschwerde einzutreten ist (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen).

1.1 Anfechtungsgegenstand bildet die Verfügung der Vorinstanz vom 17. April 2008. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht unter Vorbehalt der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), welche von Vorinstanzen gemäss Art. 33 VGG erlassen wurden.

Der angefochtene Entscheid ist als Verfügung im Sinn von Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG zu qualifizieren, und eine Ausnahme im Sinn von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Die IV-Stelle für Versicherte im Ausland ist eine Vorinstanz im Sinn von Art. 33 Bst. d VGG. Gemäss Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) sind die Verfügungen der IV-Stelle für Versicherte im Ausland direkt beim Bundesverwaltungsgericht an-

fechtbar. Dieses ist somit für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2 Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Er ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat an deren Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse im Sinn von Art. 59 ATSG. Er ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert.

1.3 Die angefochtene Verfügung trägt das Datum vom 17. April 2008; sie wurde ohne Empfangsbestätigung verschickt. Der Beschwerdeführer gibt als Datum des Erhalts den 21. April 2008 an. Da der Zustellungsbeweis der Verwaltung obliegt (vgl. Urteil des Bundesgerichts I 218/04 vom 31. August 2004 E. 5.1; UELI KIESER, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, Zürich 1999, S. 166 Rz. 364 mit Hinweisen), ist auf die Angaben des Beschwerdeführers abzustellen. Die am 21. Mai 2008 der Schweizerischen Post übergebene Beschwerde gilt somit als fristgemäss eingereicht im Sinn von Art. 60 Abs. 1 ATSG. Der Kostenvorschuss wurde innert der gesetzten Frist bezahlt, und auch die Formerfordernisse gemäss Art. 52 Abs. 1 VwVG sind erfüllt, so dass auf die Beschwerde einzutreten ist.

2.

Aufgrund der Beschwerdebegehren streitig und damit zu prüfen ist im Folgenden, ob die Vorinstanz zu Recht die Rückerstattung von Fr. 8'492.- verfügt hat.

2.1 Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechts erheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (Art. 49 VwVG). Indem der Beschwerdeführer sich darauf beruft, der Rückerstattungsanspruch sei gemäss Art. 25 Abs. 2 ATSG erloschen, macht er eine Verletzung von Bundesrecht geltend.

2.2 Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl.

FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 212).

3.

Vorab ist zu prüfen, welche Rechtsnormen im vorliegenden Verfahren zur Anwendung gelangen.

3.1 Nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2), unter Vorbehalt der spezialgesetzlichen Übergangsbestimmungen.

Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt. Das VwVG findet aufgrund von Art. 3 Bst. d^{bis} VwVG jedoch keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das ATSG anwendbar ist. Nach Art. 2 ATSG sind die Bestimmungen des ATSG auf die bundesgesetzlich geregelten Sozialversicherungen anwendbar, wenn und soweit die einzelnen Sozialversicherungsgesetze es vorsehen. Gemäss Art. 1 Abs. 1 IVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die Invalidenversicherung (Art. 1a-26^{bis} und 28-70 IVG) anwendbar, soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

3.2 In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (BGE 130 V 329 E. 2.3).

3.2.1 Der Beschwerdeführer ist Staatsangehöriger der Republik Kosovo. Das Abkommen vom 8. Juni 1962 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Föderativen Republik Jugoslawien über Sozialversicherung (SR 0.831.109.818.1, in Kraft seit 1. März 1964) galt seit der Anerkennung von Kosovos Unabhängigkeit durch die Schweiz auch für Kosovo als Staat. Gemäss Art. 2 des Abkommens sind Angehörige der Vertragsstaaten in den Rechten und Pflichten aus der Bundesgesetzgebung über die Invalidenversicherung einander gleichgestellt, soweit in diesem Abkommen und seinem Schlussprotokoll nichts Abweichendes bestimmt ist. Der Schweizerische Bundesrat hat am 16. Dezember 2009 beschlossen, im Verhältnis zu Kosovo auf die Weiterführung derjenigen bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Republik

Serbien zu verzichten, welche im Zeitpunkt der Unabhängigkeit von Kosovo in Kraft standen. Der Beschluss sieht vor, dass Leistungsbegehren bis am 31. März 2010 nach den Regelungen des Abkommens, spätere Entscheide aufgrund des innerstaatlichen Rechts beurteilt werden. Im vorliegenden Fall kommen somit die Regelungen des Abkommens zur Anwendung.

3.2.2 Am 1. Januar 2008 sind die Änderungen des IVG und des ATSG vom 6. Oktober 2006 sowie der IVV vom 28. September 2007 (5. IV-Revision, AS 2007 5129 bzw. AS 2007 5155) in Kraft getreten. Da die angefochtene Verfügung nach diesem Datum ergangen ist, sind die Bestimmungen der erwähnten Erlasse in der seit diesem Datum geltenden Fassung anwendbar. Soweit sich der rechtserhebliche Sachverhalt vor dem 1. Januar 2008 verwirklicht hat, sind für die Zeit vom 1. Januar 2004 bis zum 31. Dezember 2007 die Bestimmungen des IVG und des ATSG in der Fassung vom 21. März 2003 und jene der IVV in der Fassung vom 21. Mai 2003 (4. IV-Revision, AS 2003 3837 bzw. AS 2003 3859) heranzuziehen.

4.

Der Beschwerdeführer rügt, sein Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt, weil die Vorinstanz weder ein Einsprache- noch ein Vorbescheidverfahren durchgeführt habe.

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass das Einspracheverfahren in der Invalidenversicherung mit der Gesetzesnovelle vom 16. Dezember 2006 (AS 2006 2003) abgeschafft und durch das Vorbescheidverfahren ersetzt wurde (vgl. auch die Botschaft vom 4. Mai 2005 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung [Massnahmen zur Verfahrensstraffung], in: BBl 2005 3079). Gemäss dem seit dem 1. Juli 2006 in Kraft stehenden Art. 57a Abs. 1 IVG teilt die IV-Stelle der versicherten Person den vorgesehenen Endentscheid über ein Leistungsbegehren oder den Entzug oder die Herabsetzung einer bisher gewährten Leistung mittels Vorbescheid mit; die versicherte Person hat Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinn von Art. 42 ATSG.

Die Rückerstattung von Leistungen an die Invalidenversicherung wird vom Wortlaut des Art. 57a Abs. 1 IVG nicht erfasst. Auch Art. 73^{bis} Abs. 1 IVV, wonach Gegenstand des Vorbescheids Fragen sind, die in den Aufgabenbereich der IV-Stellen gemäss Art. 57 Abs. 1 Bst. a-d IVG fallen, beantwortet die Frage nicht, ob Verfügungen betreffend Rückerstattung von Geldleistungen dem Vorbescheidverfahren unter-

liegen. Nach der Rechtsprechung stand bei der Wiedereinführung des Vorbescheidverfahrens die Überlegung im Vordergrund, dass dieses der Klärung von Fragen betreffend die Erhebung des rechtserheblichen Sachverhalts, in Rentenfällen vorab der Klärung der gesundheitlichen und erwerblichen Aspekte, dienen sollte. Demgegenüber handle es sich bei der Rentenberechnung um eine weitgehend arithmetische Aufgabe, für die kein Vorbescheidverfahren eingeführt werden sollte. Dieses sei auf die Bereinigung umstrittener und komplexer Sachverhalte, jedoch nicht auf technische und rechtliche Fragen der Rentenberechnung zugeschnitten (vgl. BGE 134 V 97 E. 2.7). Im vorliegenden Fall ist die Rückerstattungsforderung Folge der korrigierten Anrechnung von Beitragsjahren sowie – aufgrund des neu festgesetzten Versicherungsfalls – des im Vergleich zur ursprünglichen Rentenberechnung verminderten Karrierezuschlags (vgl. Sachverhalt Bst. I). Die Rückerstattungsverfügung vom 17. April 2008 ist demnach nicht das Resultat sachverhaltlicher Abklärungen, die typischerweise von einem Vorbescheidverfahren begleitet sind, sondern beruht auf einer rechnerischen Operation. Somit ist im Einklang mit der zitierten Rechtsprechung vor Erlass einer entsprechenden Verfügung kein Vorbescheidverfahren durchzuführen.

Die Tatsache, dass nicht in allen Fällen ein Vorbescheidverfahren durchgeführt werden muss, entbindet die Verwaltung nicht von der Pflicht, das rechtliche Gehör zu gewähren (vgl. BGE 134 V 97 E. 2.8.2). Es sind diesfalls angemessene Formen zu suchen, welche sowohl die verfassungsmässigen Gehörsansprüche der Betroffenen als auch das ebenfalls verfassungsmässige Anliegen nach Erledigung innert angemessener Frist und nach Verwaltungsökonomie erfüllen (vgl. BGE 134 V 97 E. 2.8.3). Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz bereits mit Einspracheverfügung vom 22. August 2005 auf die mögliche Rückforderung der zu viel bezahlten Beträge hingewiesen. Der Beschwerdeführer hatte somit Gelegenheit, sich zu dieser Forderung zu äussern.

Aus den genannten Gründen liegt keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren vor.

5.

Gemäss Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse

Härte vorliegt. Gemäss Art. 25 Abs. 2 erster Satz ATSG erlischt der Rückforderungsanspruch mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von 5 Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung.

5.1 Die Rückforderung setzt die Unrechtmässigkeit des Leistungsbezugs und damit einen Rückkommens- bzw. Anpassungsgrund voraus. Im Vordergrund stehen dabei die prozessuale Revision gemäss Art. 53 Abs. 1 ATSG und die Wiedererwägung gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG; weitere Gründe für die Unrechtmässigkeit einer Leistung bilden deren versehentliche Ausrichtung (beispielsweise an eine nicht berechnete Person) oder die Ausrichtung unter einer (in der Folge nicht erfüllten) Bedingung (vgl. U_{ELI} KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich Basel Genf 2009, Art. 25 Rz. 3-6, Rz. 12).

Im vorliegenden Fall wurden mit Urteil des BVGer C-2575/2006 vom 16. März 2007 die Einspracheverfügung vom 22. August 2005 und der zugehörige Einspracheentscheid vom 23. August 2005 bestätigt, welche die leistungszusprechenden Verfügungen vom 14. Mai 2004 ersetzen. Demzufolge beruhen die zwischen dem 1. Januar 2001 und dem 31. August 2005 ausgerichteten Renten auf einer falschen Berechnung. Die Unrechtmässigkeit der aufgrund dieser Berechnung bezahlten Beträge wurde somit gerichtlich bestätigt und bildet nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Zu prüfen bleibt lediglich, ob die Rückforderungsverfügung vom 17. April 2008 innerhalb der gesetzlichen Fristen ergangen ist.

5.2 Art. 25 Abs. 2 ATSG statuiert eine einjährige (relative) sowie eine fünfjährige (absolute) Frist zur Geltendmachung der Rückforderung. Nach der Lehre und Rechtsprechung handelt es sich dabei um Verwirkungsfristen, welche weder gehemmt noch unterbrochen werden können (vgl. U_{ELI} KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich Basel Genf 2009, Art. 25 Rz. 38; BGE 133 V 579 E. 4.1, BGE 119 V 431 E. 3a).

5.2.1 Die fünfjährige Frist ist im vorliegenden Fall eingehalten. Entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach mit der Verfügung vom 17. April 2008 unzulässigerweise "Leistungen ab Januar 2001" zurückgefordert würden, ist für den Beginn der absoluten Verwirkungsfrist nicht der Anspruchsbeginn massgeblich, sondern der Zeitpunkt, in dem die Leistung effektiv entrichtet wurde (vgl. BGE 112 V 180 E. 4a). Im vorliegenden Fall wurden die betreffenden Leistungen

gemäss den beiden Verfügungen vom 14. Mai 2004 im Juni 2004 erbracht. Die fünfjährige Frist war somit im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung vom 17. April 2008 noch nicht abgelaufen.

5.2.2 Zu prüfen ist daher, ob die einjährige relative Verwirkungsfrist eingehalten wurde. Nach dem Wortlaut von Art. 25 Abs. 2 ATSG erlischt der Rückforderungsanspruch mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat. Die Vorinstanz interpretiert das Wort "davon" in diesem Zusammenhang dahingehend, dass die "Kenntnis vom Rückforderungsanspruch" das Vorliegen einer rechtskräftigen Verfügung voraussetze. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, wie nachfolgend aufzuzeigen ist.

Entgegen dem Standpunkt der Vorinstanz knüpft die in Art. 25 Abs. 2 ATSG statuierte einjährige Verwirkungsfrist nicht an die Rechtskraft einer Verfügung an, welche die Unrechtmässigkeit einer Leistung bestätigt. Fristauslösend ist nach der Rechtsprechung vielmehr das Wissen der Behörde, dass die Leistung zu Unrecht erfolgt ist (vgl. Urteil des BGer 9C_482/2009 vom 19. Februar 2010 E. 3.3.2). Dieses Wissen basiert auf der Kenntnis von Tatsachen, welche die Rechtmässigkeit der ausgerichteten Leistung als zweifelhaft erscheinen lassen. Sobald die Behörde Kenntnis eines Sachverhalts erlangt, welcher die Unrechtmässigkeit der Leistung und damit deren Rückforderbarkeit begründen könnte, hat sie Kenntnis im Sinn von Art. 25 Abs. 2 ATSG. Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist unter dem Ausdruck "nachdem die Ausgleichskasse davon Kenntnis erhalten hat" (noch mit Bezug auf Art. 47 Abs. 2 AHVG in der Fassung vom 4. Oktober 1968 [AS 1969 11, in Kraft vom 1. Januar 1969 bis zum 31. Dezember 2002]) der Zeitpunkt zu verstehen, in welchem die Verwaltung bei Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit hätte erkennen können, dass die Voraussetzungen für eine Rückerstattung bestehen (vgl. BGE 119 V 431 E. 3a; BGE 122 V 270 E. 5; Urteil des BGer 9C_534/2009 vom 4. Februar 2010 E. 3.2.1 mit Hinweisen). Das Schweizerische Bundesgericht lässt die Kenntnis von Tatsachen, welche die *eventuelle* Revision bzw. Wiedererwägung der leistungszusprechenden Verfügung rechtfertigen, ausdrücklich als fristauslösendes Ereignis gelten (vgl. Urteil des BGer 8C_284/2009 vom 20. Januar 2010 E. 3.2.2). Entscheidend für das Vorliegen der Kenntnis im Sinn von Art. 25 Abs. 2 ATSG ist, dass der Rückforderungsanspruch konkret geltend gemacht werden kann; dazu gehört insbesondere die Bestimmbarkeit der Höhe der Forderung (vgl. BGE 112 V 180 E. 4a;

Urteil des BVGer C-3062/2006 vom 13. August 2007 E. 3.5 mit Hinweisen). Hingegen spielt es keine Rolle, ob die Forderung durch die Rechtskraft einer Rückkommensverfügung gesichert erscheint. Eine solche Verfügung (sei es gestützt auf Art. 53 Abs. 1 ATSG oder auf Art. 53 Abs. 2 ATSG) hat in erster Linie die Änderung der zugesprochenen Leistung ex nunc zum Gegenstand. Nichts aber spricht dagegen, in dieser Verfügung als Folge der als unrechtmässig qualifizierten Leistung auch deren Rückforderung anzuordnen, soweit sie bereits ausgerichtet worden ist. In einem allfälligen Beschwerdeverfahren kann sodann geprüft werden, ob der Revisions- bzw. Wiedererwägungsgrund gegeben und demzufolge die Unrechtmässigkeit der Leistung zu bejahen ist (vgl. als Beispiel BGE 122 V 270 E. 3 am Ende und E. 4). Weil die Unrechtmässigkeit der Leistung sowohl den Rückkommens- als auch den Rückforderungsgrund bildet, ist mit dem Vorgehen, Rückkommens- und Rückforderungsverfügung getrennt zu erlassen bzw. vor dem Erlass der Rückforderungsverfügung die Rechtskraft der Rückkommensverfügung abzuwarten, nichts gewonnen.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Fristenlauf bei der Verwirkung gemäss Art. 25 Abs. 2 erster Halbsatz ATSG ist auch für die vorliegende Konstellation massgeblich. Die *reformatio in peius* stellt wie die prozessuale Revision oder die Wiedererwägung die Berichtigung einer Verfügung dar, welche die Unrechtmässigkeit bereits erbrachter Leistungen begründet. Für die Frage des Fristenlaufs kann nicht darauf abgestellt werden, in welchem Verfahren die unrichtige Verfügung abgeändert wird, da rückforderungsbegründende Tatsachen jederzeit und unabhängig von Art und Stadium des Verfahrens bekannt werden können. Die Kenntnis solcher Tatsachen tritt unabhängig von der Rechtskraft einer berichtigenden Verfügung ein. Demzufolge ist auch die Rechtskraft der Einspracheverfügung vom 22. August 2005 und des zugehörigen Einspracheentscheids vom 23. August 2005 für die Kenntnis der Vorinstanz im Sinn von Art. 25 Abs. 2 ATSG ohne Belang. Die einjährige Frist zur Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs beginnt unabhängig davon, ob über die Unrechtmässigkeit der Leistung rechtskräftig entschieden worden ist oder nicht, im Zeitpunkt der Kenntnis des rückforderungsbegründenden Sachverhalts zu laufen.

Im vorliegenden Fall wurden die Verfügungen vom 14. Mai 2004 anlässlich der Einsprache vom 17. Juni 2004 überprüft. Dabei entdeckte die Vorinstanz, dass die den angefochtenen Verfügungen zugrunde-

liegende Rentenberechnung fehlerhaft war. Wann genau die Vorinstanz auf den Fehler aufmerksam wurde, ist den Akten nicht zu entnehmen. Spätestens jedoch als die Vorinstanz eine reformatio in peius in Betracht zog und dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 7. Mai 2005 Gelegenheit zum Rückzug der Einsprache einräumte, hatte sie Kenntnis von der Rückerstattungspflicht des Beschwerdeführers. Auch die Höhe der Rückforderung war bestimmbar, wie die Angaben betreffend Beitragsdauer, Karrierezuschlag und Erziehungsgutschriften zeigen. Der Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs stand somit im Zeitpunkt des Schreibens vom 7. März 2005 nichts entgegen.

Wie in E. 5.2 dargelegt handelt es sich bei der Frist gemäss Art. 25 Abs. 2 ATSG um eine Verwirkungsfrist, die weder gehemmt noch unterbrochen werden kann. Der von der Vorinstanz in der Einspracheverfügung vom 22. August 2005 angebrachte Vorbehalt einer späteren Rückforderung vermag daher den Fristenlauf nicht zu hemmen. Die Frist zur Einforderung der Rückzahlung hat somit gemäss Art. 20 Abs. 2 VwVG am 8. März 2005 zu laufen begonnen und am 7. März 2006 geendet. Demzufolge ist der mit Verfügung vom 17. April 2008 geltend gemachte Rückforderungsanspruch verwirkt.

6.

Die vorstehenden Erwägungen führen zum Schluss, dass sich die Beschwerde als begründet erweist und daher gutzuheissen ist. Die angefochtene Verfügung ist somit aufzuheben.

7.

7.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer als obsiegender Partei keine Verfahrenskosten zu auferlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der am 8. Oktober 2008 einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 300.- ist dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten.

Der Vorinstanz als unterliegender Partei sind keine Verfahrenskosten zu auferlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

7.2 Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer hat, da er in diesem Verfahren obsiegt, Anspruch auf eine Parteientschädigung für ihm erwachsene notwendige Kosten (Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 Abs. 1 VGKE). In Anbetracht des Umfangs

der Beschwerdeschrift und der Replik sowie der Tatsache, dass keine Beweismittel eingereicht wurden, erscheint eine Entschädigung von pauschal Fr. 2'000.- (inkl. Auslagen) als angemessen. Die Parteientschädigung ist zu Lasten der Vorinstanz auf Fr. 2'000.- festzusetzen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, und die Verfügung vom 17. April 2008 wird aufgehoben.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 300.- wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

3.

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil geht an:

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Franziska Schneider

Susanne Genner

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und 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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: