

---

Abteilung III  
C-548/2009

## Urteil vom 6. April 2011

---

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),  
Richterin Franziska Schneider,  
Richter Vito Valenti,  
Gerichtsschreiber Daniel Stufetti.

---

Parteien

B. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch lic. iur. Alexander Sami, Oberwilerstrasse 3,  
Postfach 82, 4123 Allschwil 2 ,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**IV-Stelle für Versicherte im Ausland IVSTA,**  
avenue Edmond-Vaucher 18, Postfach 3100, 1211 Genf 2,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Rückerstattung Ehegatten-Zusatzrente; Verfügung der  
IVSTA vom 5. Dezember 2008.

Sachverhalt:

**A.**

Die am \_\_\_\_\_ geborene serbische Staatsangehörige B. \_\_\_\_\_ wohnt in der Schweiz in Basel. Nachdem ihr Ehemann das eheliche Domizil in Basel verlassen hatte und nach Serbien weggezogen war, bewilligte das Zivilgericht Basel-Stadt mit Verfügung vom 12. September 1994 den Ehegatten das Getrenntleben, stellte die beiden Kinder unter die Obhut der Mutter und verpflichtete den Ehemann zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen (act. IV 2).

**B.**

Vom 1. Dezember 2003 bis zum 31. Dezember 2007 bezog B. \_\_\_\_\_ eine ordentliche Zusatzrente zur Invalidenrente ihres Ehegatten R. \_\_\_\_\_, welche ihr direkt ausbezahlt wurde (vgl. Mitteilungen der Invalidenversicherungsstelle für Versicherte im Ausland [IVSTA oder Vorinstanz], beide vom 16. September 2004 [act. IV 4 und 5], Ausgleichskasse Basel-Stadt, Übermittlung von Rentenakten [act. IV 3], Verfügung der IVSTA vom 25. Oktober 2007 [act. IV 9], Interne Notiz Zentrale Ausgleichsstelle ZAS vom 4. September 2008 [act. IV 20]. Die Ausrichtung der Zusatzrente für Ehegatten wurde von der IVSTA mit Verfügung vom 25. Oktober 2007 (act. IV 9) ab dem 1. Januar 2008 eingestellt, da aufgrund der 5. IV-Revision ab diesem Zeitpunkt keine solchen mehr vorgesehen waren.

Anlässlich der Meldung von R. \_\_\_\_\_ über die Geburt seiner Tochter S. \_\_\_\_\_ an die ZAS verlangte diese bei ihm mit Schreiben vom 19. Oktober 2007 eine Wohnsitzbescheinigung und Geburtsurkunde (act. IV 8). Aus den zugestellten Unterlagen geht unter anderem hervor, dass die Ehe von B. \_\_\_\_\_ und R. \_\_\_\_\_ mit Urteil des Amtsgerichts in Vrnjacka Banja in Serbien vom 28. Januar 2003 geschieden wurde und R. \_\_\_\_\_ mit seiner neuen Ehegattin M. \_\_\_\_\_ und ihrer gemeinsamen Tochter S. \_\_\_\_\_ in der Gemeinde Vrnjacka Banja in Serbien lebt (act. IV 16, 19 und 26).

**C.**

Mit Verfügung vom 5. Dezember 2008 (act. IV 21) stellte die IVSTA fest, dass ihr B. \_\_\_\_\_ die Ehescheidung nicht rechtzeitig gemeldet hatte, und forderte die zu Unrecht erbrachte Zusatzrente für den Ehegatten im Gesamtbetrag von Fr. 29'265.- von ihr zurück. Gleichzeitig wies die IVSTA auf die Möglichkeit eines Erlasses der Schuld hin, wofür ein

Erlassgesuch innert 30 Tagen bei der IVSTA gestellt werden könne.

**D.**

Gegen diese Verfügung liess B.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin) am 26. Januar 2009 (Poststempel) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben (act. 1). Dabei beantragte sie die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Feststellung, dass keine Rückerstattung der bezogenen Leistungen zu erfolgen habe, eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur ergänzenden Abklärung zurückzuweisen, subeventualiter im Falle der Bestätigung der angefochtenen Verfügung das Erlassgesuch zu bewilligen. Ferner beantragte sie die vollumfängliche Akteneinsicht, die Möglichkeit zur Replik, die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Zur Begründung machte sie geltend, sie habe bis zum Verfügungszeitpunkt keine Kenntnis von der in Serbien ausgesprochenen Ehescheidung gehabt. Das serbische Gericht habe die Ehescheidung in ihrer Abwesenheit und ohne ihre Anhörung ausgesprochen, weshalb das Urteil in der Schweiz nicht anerkannt werden könne und hier die Ehe somit weiterhin Bestand habe. Somit habe sie von der schweizerischen Invalidenversicherung die Zusatzrente zu Recht bezogen, weshalb kein Grund für die Rückerstattung bestehe. Sollte dennoch ein weiterer Abklärungsbedarf, insbesondere hinsichtlich der Rechtsgültigkeit des serbischen Urteils, bestehen, sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Falls das Gericht die angefochtene Verfügung bestätigen sollte, sei der Beschwerdeführerin die Rückerstattung zu erlassen, da sie die Leistungen gutgläubig bezogen habe und eine grosse Härte vorliege.

**E.**

In ihrer Vernehmlassung vom 1. April 2009 (act. 3) verzichtete die Vorinstanz auf die Stellung von Anträgen. In Anbetracht der serbischen Akten und dem Umstand, dass die schweizerische Behörde - das Sicherheitsdepartement Basel-Stadt – noch am 5. Dezember 2007 ebenfalls keine Kenntnis der in Serbien erfolgten Ehescheidung gehabt habe, sei das Vorbringen der Beschwerdeführerin, vom Scheidungsverfahren nie erfahren zu haben, nicht ohne Weiteres unbegründet. Zudem seien die Voraussetzungen zur Anerkennung des serbischen Ehescheidungsurteils in der Schweiz wohl nicht gegeben, was aber durch ein Gericht geprüft werden müsse.

**F.**

Mit Replik vom 6. Juli 2009 (act. 7) hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen und deren Begründung gemäss ihrer Beschwerde fest.

**G.**

Mit Verfügung vom 21. Juli 2009 (act. 10) hat das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Beiordnung ihres Anwaltes gutgeheissen, ein Doppel der Replik der Beschwerdeführerin der Vorinstanz zur Kenntnisnahme zugestellt und den Schriftenwechsel geschlossen.

**H.**

Auf weitere Vorbringen der Parteien und die eingereichten Akten wird. Soweit erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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

**1.1.** Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) in Verbindung mit Art. 33 Bst. d VGG und Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG, SR 831.20) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden von Personen im Ausland gegen Verfügungen der IV-Stelle für Versicherte im Ausland. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor.

**1.2.** Aufgrund von Art. 3 Bst. d<sup>bis</sup> des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) findet das VwVG keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) anwendbar ist. Gemäss Art. 1 Abs. 1 IVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die Invalidenversicherung (Art. 1a-26bis IVG und 28 bis 70 IVG) anwendbar, soweit das IVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

**1.3.** Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung, so dass sie im Sinne von Art. 59 ATSG beschwerdelegitimiert ist.

Da die Beschwerde im Übrigen frist- und formgerecht (Art. 60 Abs. 1 ATSG und Art. 52 Abs. 1 VwVG) eingereicht und der Kostenvorschuss innert Frist geleistet wurde, ist auf die Beschwerde einzutreten.

## **2.**

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

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

**2.2.** In materieller Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung (5. Dezember 2008) in Kraft waren, bzw. die bei Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten (BGE 129 V 4 E. 1.2 mit Hinweisen), vorliegend somit die am 5. Dezember 2008 gültig gewesenen Bestimmungen des AHVG sowie der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV; SR 831.101).

**2.3.** Bei der Beurteilung einer Sache sind jene Rechtsnormen zu Grunde zu legen, die in Kraft waren, als sich der zu materiellen Rechtsfolgen führende und somit rechtserhebliche Sachverhalt verwirklichte. Diese Frage beurteilt sich aufgrund derjenigen Rechtssätze, die bei Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten (BGE 126 V 136 E. 4b, 124 V 227 E. 1).

**2.4.** Die Beschwerdeführerin ist serbische Staatsangehörige und wohnt in der Schweiz, weshalb ihr Leistungsanspruch nach schweizerischem Recht zu beurteilen ist.

## **3.**

Streitig und vorliegend zu prüfen ist, ob die Vorinstanz die Rückerstattung der an die Beschwerdeführerin in der Zeit vom 1. Dezember 2003 bis

zum 31. Dezember 2007 im Gesamtbetrag von Fr. 29'265.- ausgerichteteten Zusatzrente für den Ehegatten zu Recht verlangt.

**3.1.** Gemäss Art. 34 Abs. 1 IVG in der bis zum 31. Dezember 2003 geltenden Fassung haben rentenberechtigte verheiratete Personen, die unmittelbar vor ihrer Arbeitsunfähigkeit eine Erwerbstätigkeit ausübten, Anspruch auf eine Zusatzrente für ihren Ehegatten, sofern diesem kein Anspruch auf eine Alters- oder Invalidenrente zusteht. Die Zusatzrente wird aber nur gewährt, wenn der Ehegatte mindestens ein volles Beitragsjahr aufweist (Bst. a) oder seinen Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat (Bst. b). Aufgrund der 4. IV-Revision, welche am 1. Januar 2004 in Kraft trat, wurde diese Bestimmung aufgehoben und für laufende Zusatzrenten eine Besitzstandwahrung vorgesehen (Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21. März 2003 Bst. e, AS 2003 3852). Mit dem Inkrafttreten der 5. IV-Revision am 1. Januar 2008 wurde auch die Besitzstandwahrung aufgehoben (Schlussbestimmungen der Änderung vom 21. März 2003, AS 20075146).

**3.2.** 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.

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. UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich Basel Genf 2009, Art. 25 Rz. 3-6, Rz. 12).

Zu erwähnen ist, dass, wie vorliegend, der Ehegatte, welcher die Zusatzrente ohne einen eigenen Anspruch erhalten hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts I 305/03 vom 15. Februar 2005 E. 5.1), dennoch rückerstattungspflichtig werden kann, zumal Art. 25 Abs. 1 ATSG für die Zuordnung der Rückerstattungsverpflichtung auf den Empfang der Leistung abstellt (vgl. UELI KIESER, a.a.O., N 23 zu Art. 25).

**3.3.** Die Vorinstanz ging in ihrer angefochtenen Verfügung gestützt auf das vom Amtsgericht Vrnjacka Banja am 28. Januar 2003 ergangene Ehescheidungsurteil (in der beglaubigten deutschen Übersetzung), implizit davon aus, dass die Ehe der Beschwerdeführerin mit R.\_\_\_\_\_ auch nach schweizerischem Recht aufgelöst worden war, weshalb ihrer Ansicht nach die zivilstandsmässigen Voraussetzungen für den Bezug der Zusatzrente nicht mehr erfüllt seien. In der Vernehmlassung brachte die Vorinstanz allerdings bezüglich der Anerkennung der serbischen Scheidung in der Schweiz Zweifel an, weshalb sie die verfügte Rückforderung der erbrachten Leistungen in Frage stellte. Die Anerkennung des serbischen Scheidungsurteils in der Schweiz wird auch von der Beschwerdeführerin bestritten, indem sie geltend macht, von der serbischen Ehescheidung nie Kenntnis und auch keine Möglichkeit erhalten zu haben, am Ehescheidungsverfahren teilzunehmen.

**3.4.** Nachfolgend ist daher vorfrageweise zu prüfen, ob die in Serbien erfolgte Scheidung der Ehe B.\_\_\_\_\_ auch in der Schweiz mit Wirkung für die IV anzuerkennen ist. Von der Beantwortung dieser Frage hängt die Anspruchsberechtigung auf die Zusatzrente für den Ehegatten gemäss Art. 34 Abs. 1 IVG ab.

**3.4.1.** Zwischen der Schweiz und der Republik Serbien gilt kein Staatsvertrag betreffend die Anerkennung einer Ehescheidung. Das Übereinkommen über die Anerkennung von Ehescheidungen und Ehetrennungen vom 1. Juni 1970 (SR 0.211.212.3) ist nicht anwendbar, da die Republik Serbien dem Übereinkommen nicht beigetreten ist. Fehlt ein internationales Abkommen, so gelten die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_544/2007 vom 4. Februar 2008 E. 3.1 mit weiteren Hinweisen).

**3.4.2.** Gemäss Art. 65 Abs. 1 IPRG werden ausländische Entscheidungen über die Scheidung oder Trennung in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat des Wohnsitzes, des gewöhnlichen Aufenthaltes oder im Heimatstaat eines Ehegatten ergangen sind oder wenn sie in einem dieser Staaten anerkannt werden. Die allgemeinen Bestimmungen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen werden in Art. 25 – 32 IPRG geregelt. Dadurch soll vermieden werden, dass Ehen nach dem Recht des einen Landes als geschieden und nach demjenigen eines anderen Landes als geschlossen gelten (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgericht C-4241/2008 vom 11. Januar 2010 E. 4.2.4

mit Hinweisen). Vorliegend ist die Voraussetzung, dass das Ehescheidungsurteil im Heimatstaat eines Ehegatten ergangen ist, für beide Ehegatten erfüllt, sind doch beide serbische Staatsangehörige und ist das Urteil in ihrem Heimatland ergangen.

**3.4.3.** Von der Beschwerdeführerin wird die Anerkennung der serbischen Ehescheidung bestritten, weil sie ihrer Ansicht nach zum Verfahren nicht gehörig geladen und ihr das rechtliche Gehör verweigert worden sei.

Gemäss Art. 27 Abs. 2 IPRG wird eine im Ausland ergangene Ehescheidung nicht anerkannt, wenn eine Partei nachweist, dass sie weder nach dem Recht an ihrem Wohnsitz noch nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt gehörig geladen wurde, es sei denn, sie habe sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen (Bst. a), oder dass die Entscheidung unter Verletzung wesentlicher Grundsätze des schweizerischen Verfahrensrechts zustande gekommen ist, insbesondere dass ihr das rechtliche Gehör verweigert worden ist (Bst. b).

Wie aus dem serbischen Scheidungsurteil hervorgeht, hat der Ehemann R.\_\_\_\_\_ als Kläger die Ehescheidung beantragt, weil die Ehebeziehungen zerrüttet gewesen seien. Die Beklagte (hier die Beschwerdeführerin) hat am Verfahren nicht teilgenommen und wurde durch einen vom Gericht bestellten „zeitweiligen Verteidiger“ vertreten. Ob die Beschwerdeführerin ordnungsgemäss vorgeladen und ihr Gelegenheit zum rechtlichen Gehör gewährt wurde, steht aufgrund der Akten nicht fest, was auch von der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zu Recht geltend gemacht wird. Gemäss Urteil stellt das serbische Gericht aber immerhin fest, dass es die Beklagte, welche nach Angaben des Klägers im Ausland lebe, nicht habe auffinden können. Weder dem Urteil noch aus den Akten lässt sich im Übrigen entnehmen, ob und in welchem Umfang das Amtsgericht in Vrnjacka Banja Nachforschungen über den Aufenthalt der Beschwerdeführerin getroffen hat. Weder aktenkundig noch dargetan ist zudem die Behauptung der Beschwerdeführerin, R.\_\_\_\_\_ habe dem Gericht ihren, ihm bekannten Aufenthaltsort in der Schweiz verschwiegen. Andererseits ist auch nicht ausgeschlossen, dass das Gericht – wie aus dem Urteil hervorgeht – die Beschwerdeführerin mangels Kenntnis ihres Aufenthaltsortes tatsächlich nicht persönlich vorladen konnte, was gegebenenfalls mit Blick auf die genannten Bestimmungen des IPRG nicht gegen die Anerkennung des serbischen Urteils sprechen würde. Unter diesen Umständen oblag daher der Vorinstanz, und nicht – wie von ihr geltend gemacht – dem

Bundesverwaltungsgericht, weitere Abklärungen über ihre zu Recht vorgebrachten Zweifel hinsichtlich der Anerkennung der serbischen Ehescheidung und damit des IV-relevanten Zivilstandes unter Einbezug des serbischen Versicherungsträgers, des Rentenbezügers R. \_\_\_\_\_ sowie der zuständigen schweizerischen Zivilstandsbehörde vorzunehmen, was indes unterblieb.

**3.5.** Die Beschwerdeführerin macht im Weiteren geltend, die Vorinstanz habe den Rückforderungsanspruch zu spät geltend gemacht, da die einjährige Verwirkungsfrist, nicht wie von der Vorinstanz am 8. Februar 2008 festgestellt, bereits am 16. Oktober 2007 zu laufen begonnen habe.

**3.5.1.** 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. Wird der Rückerstattungsanspruch aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für welche das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, so ist diese Frist massgebend. Art. 25 Abs. 2 ATSG entspricht der Praxis zu alt Art. 47 Abs. 2 AHVG (in Kraft bis Ende 2002). Obwohl in alt Art. 47 Abs. 2 Satz 1 AHVG von einer Verjährung die Rede war, handelte es sich dabei nach ständiger Rechtsprechung um eine Verwirkungsfrist (BGE 133 V 579 E. 4.1, BGE 119 V 431 E. 3a, vgl. auch Urteil EVG I 306/04 vom 23. September 2004 E. 4.1). Die einjährige Verwirkungsfrist gemäss Art. 25 Abs. 2 Satz 1 ATSG beginnt in dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Versicherer bei Beachtung der ihm zumutbaren Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass die Voraussetzungen für eine Rückerstattung bestehen (BGE 124 V 380 E. 1, BGE 119 V 431 E. 3a). Fristauslösend ist nach der Rechtsprechung 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).

**3.5.2.** Nach der Beschwerdeführerin sei der fristauslösende Zeitpunkt bereits ab dem 16. Oktober 2007 gegeben, als die Vorinstanz in den Besitz der Geburtsurkunde der am 28. Juni 2007 geborenen Tochter S.\_\_\_\_\_ datiert vom 31. August 2007, gelangte (act. IV 7). Dabei hätte sie ersehen müssen, dass die Tochter den Namen des Vaters trage. Dieser Zeitpunkt genügt indes offensichtlich nicht, ergeben sich doch aus diesem Dokument keine Hinweise über den Zivilstand des Vaters R.\_\_\_\_\_.

Nach der Vorinstanz (vgl. act. 3) habe sie den Rückforderungsanspruch rechtzeitig geltend gemacht. So habe sie erstmals aufgrund des Telefongesprächs mit R.\_\_\_\_\_ vom 8. Februar 2008 (vgl. Telefonnotiz act. IV 14) Kenntnis von der in Serbien erfolgten Ehescheidung und Wiederverheiratung erhalten, und dieser habe ihr am 25. April 2008 die beglaubigte deutsche Übersetzung des Scheidungsurteils zugestellt. Wohl erhielt die Vorinstanz in diesem Zeitpunkt erstmals Kenntnis davon, dass die Ehegatten B.\_\_\_\_\_ in Serbien geschieden worden waren. Allerdings war nach dem bisher Gesagten (vorne E. 3.4) offen, ob die Ehescheidung auch in der Schweiz anerkannt worden war und die Ausrichtung der Zusatzrente an die Beschwerdeführerin zu Unrecht erfolgt war. Damit lässt sich auch nicht beurteilen, ob die erwähnten gesetzlichen Fristen für die Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs eingehalten worden sind.

#### **4.**

**4.1.** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz nicht genügend abgeklärt hat, ob die Beschwerdeführerin die im Zeitraum vom 1. Dezember 2003 bis zum 31. Dezember 2007 empfangenen Leistungen zu Unrecht bezogen hatte, weil ihr Ehegatte, welcher eine Invalidenrente bezog, nicht mehr verheiratet gewesen war. Unter diesen Umständen kann das Bundesverwaltungsgericht denn auch nicht beurteilen, ob und allenfalls ab welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang für die Vorinstanz ein Rückforderungsanspruch gegenüber der Beschwerdeführerin besteht.

**4.2.** Die angefochtene Verfügung vom 5. Dezember 2008 beruht damit auf einem unvollständig ermittelten Sachverhalt (Art. 49 Bst. b VwVG). Die Beschwerde ist demnach insoweit gutzuheissen, als dass die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache mit der Anweisung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, dass sie die ergänzenden Abklärungen im Sinne der vorstehenden Erwägungen (vgl. vorne E. 3.4.) vornehme, gegebenenfalls das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erlass der Rückforderung prüfe und über die Sache neu entscheide.

**5.**

Wie sich ferner zeigt, wurde weder die Beschwerdeführerin noch der ebenfalls als Anspruchsberechtigter betroffene R.\_\_\_\_\_ beim Erlass der angefochtenen Verfügung angehört, was von der Beschwerdeführerin denn auch sinngemäss gerügt wird (vgl. Beschwerde S. 8 Ziff. 15 und 16).

Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieses dient einerseits der Sachverhaltsaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar. Dazu gehört insbesondere deren Recht, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden 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 mit Hinweisen). Daraus folgt auch die Pflicht der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (BGE 134 I 83 E. 4.1 mit Hinweisen). Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung (BGE 132 V 387 E. 5.1, BGE 127 V 431 E. 3d/aa). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann jedoch eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 127 V 431 E. 3d/aa). Von einer Rückweisung der Sache an die Verwaltung ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn dieses Vorgehen zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu

unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 132 V 387 E. 5.1, vgl. auch BGE 133 I 201 E. 2.2). Vorliegend liegt eine schwere Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Da die Sache infolge des ungenügend ermittelten Sachverhalts ohnehin an die Vorinstanz zu neuer Prüfung und Entscheidung zurückzuweisen ist, erübrigt es sich zu prüfen, ob dieser Verfahrensmangel im Rahmen des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens geheilt werden kann. Im Rahmen des wieder aufzunehmenden Verwaltungsverfahrens wird es der Vorinstanz obliegen, die Betroffenen in geeigneter Weise anzuhören.

## **6.**

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

**6.1.** Da die Beschwerdeführerin in diesem Verfahren obsiegt, werden ihr keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG e contrario) und wird damit das gestellte Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gegenstandslos.

**6.2.** Der Beschwerdeführerin ist gestützt auf Art. 64 VwVG in Verbindung mit Art. 7 ff. des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen.

**6.3.** Der Vertreter der Beschwerdeführerin hat mit der Replik vom 6. Juli 2009 eine detaillierte Kostennote in der Höhe von Fr. 5'145.45.- für die Zeit vom 22. Dezember 2008 bis 6. Juli 2009 für seine Bemühungen eingereicht, wobei der zeitliche Aufwand auf 17 Stunden zu einem Stundenansatz von Fr. 250.- beziffert wurde. Diese Honorarnote ist unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Anwaltsaufwands nicht zu beanstanden (vgl. BGE I 30/03 vom 22. Mai 2003). Die Parteientschädigung wird auf Fr. 5'145.45 festgesetzt und geht zu Lasten der Vorinstanz (vgl. Art. 64VwVG in Verbindung mit Art. 7 und Art. 14 Abs. 2 VGKE). Damit wird auch das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung gegenstandslos.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird insofern gutgeheissen und die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 5. Dezember 2008 aufgehoben, als die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, damit sie im Sinne von Erwägung 4 vorgehe.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**3.**

Der Beschwerdeführerin wird eine Parteienschädigung in der Höhe von Fr. 5'145.45 zugesprochen, welche von der Vorinstanz zu leisten ist.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. \_\_\_\_\_)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Beat Weber

Daniel Stufetti

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: