



Urteil vom 31. Oktober 2017

Besetzung

Richter David Weiss (Vorsitz),
Richter Christoph Rohrer,
Richterin Michela Bürki Moreni,
Gerichtsschreiber Matthias Burri-Küng.

Parteien

A. _____,
vertreten durch lic. iur. Felix Barmettler, Rechtsanwalt,
Bahnhofstrasse 8, 6403 Küssnacht am Rigi,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Invalidenversicherung / Alters- und Hinterlassenenversicherung,
Rentenanspruch, Besitzstand, Rückerstattung,
Verfügung der IVSTA vom 1. September 2015.

Sachverhalt:**A.**

Der am (...) geborene in seinem Heimatland wohnende kosovarische Staatsangehörige A. _____ (*nachfolgend auch*: Versicherter oder Beschwerdeführer) bezog seit dem 1. Januar 2009 eine halbe Rente der Invalidenversicherung (IV; zuletzt in der Höhe von Fr. 557; act. 3 ff., act. 10). Am 10. September 2013 ersuchte die Schweizerische Ausgleichskasse SAK den Beschwerdeführer zwecks Prüfung eines allfälligen Anspruchs auf eine Altersrente der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) das "Formular Anmeldung für eine Altersrente für Personen mit Wohnsitz ausserhalb der Schweiz" auszufüllen und zu retournieren (act. 11). Mit Verfügung vom 15. Januar 2014 sprach die SAK dem Beschwerdeführer mit Wirkung ab 1. Februar 2014 eine ordentliche AHV-Rente in der Höhe von Fr. 1'114.- monatlich zu (act. 17-1 ff.). Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

B.

Am 23. Februar 2015 hielt ein Sachbearbeiter der SAK in einer Aktennotiz im Wesentlichen fest, er habe bei Konsultation des Rentendossiers festgestellt, dass dem Versicherten anstelle der AHV-Rente trotz Erreichen des Rentenalters weiterhin eine halbe IV-Rente hätte ausgerichtet werden müssen. Die IV-Stelle werde die Rentenzahlungen wieder aufnehmen und kümmere sich um die Rückforderung der Leistungen (act. 19). Mit Mitteilungen der IV-Stelle für Versicherte im Ausland IVSTA vom 25. Februar 2015 und 8. April 2015 wurde dem Beschwerdeführer mit Wirkung ab 1. Februar 2014 eine "Ordentliche Altersrente" in der Höhe von Fr. 557.- bzw. mit Wirkung ab 1. März 2015 in der Höhe von Fr. 560.- monatlich zugesprochen (act. 21-1 ff.; 22-1 ff.).

C.

Mit Schreiben vom 17. April 2015 gelangte der Versicherte an die SAK und ersuchte um eine Erklärung der Kürzung der Rentenzahlungen. Diese seien ohne schriftliche Verfügung oder Begründung erfolgt. Telefonisch sei ihm mitgeteilt worden, dass die Verfügung vom 15. Januar 2014 falsch gewesen sei (act. 23). Am 25. Juni 2015 zeigte Rechtsanwalt lic. iur. Felix Barmettler der SAK die Übernahme der Interessenvertretung an und ersuchte die SAK ebenfalls um Mitteilung des Grundes der gekürzten Rentenauszahlung. Ferner beantragte er die rückwirkende Ausbezahlung der Rente in der Höhe von Fr. 1'114.- (act. 24). Letzteres wiederholte der Rechtsvertreter des Versicherten mit Schreiben vom 7. Juli 2015 (act. 26).

D.

Mit Schreiben vom 17. Juli 2015 teilte die SAK dem Beschwerdeführer mit, dass das Abkommen vom 8. Juni 1962 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der ehemaligen Föderativen Volksrepublik Jugoslawien über Sozialversicherung (SR 0.831.109.818.1, nachfolgend: Sozialversicherungsabkommen) ab 1. April 2010 nicht weiter auf kosovarische Staatsangehörige anzuwenden sei. Der Beschwerdeführer sei kosovarischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz ausserhalb der Schweiz. Bis zum Erreichen des 65. Altersjahres habe er eine halbe Invalidenrente erhalten. Kosovarische IV-Rentner würden ihren Anspruch (auf ihre IV-Rente) auch über das Rentenalter hinaus behalten. Ein Fehler habe dazu geführt, dass die IV-Rente des Beschwerdeführers in eine ganze AHV-Rente überführt worden sei. Nach Entdecken dieses Fehlers sei die "nichtige AHV-Rente annulliert worden". Die Korrektur dieses Fehlers bestehe darin, dass die halbe IV-Rente wieder ausbezahlt werde. Die zu viel ausbezahlten Leistungen würden wieder zurückgefordert werden (act. 31-1 f.).

E.

Mit Verfügung vom 1. September 2015 forderte die IVSTA im Zeitraum vom 1. Februar 2015 bis 28. Februar 2015 die – nach ihrer Auffassung – zu Unrecht ausgerichteten Rentenleistungen in der Höhe von total Fr. 7'245.- zurück. Als Rechtsmittelbelehrung führte sie in der Verfügung die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht auf (act. 34-1 ff.).

F.

F.a Gegen diese Verfügung liess der Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Felix Barmettler, am 9. Oktober 2015 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben (BVGer act. 1). Die Verfügung der Zentralen Ausgleichskasse Genf vom 1. September 2015 sei vollumfänglich aufzuheben. Dem Beschwerdeführer sei mit Wirkung ab 1. Februar 2014 ungeschmälert die ordentliche Alterstrente von Fr. 1'114.- bzw. ab 1. Januar 2015 von Fr. 1'119.- im Monat auszurichten. Eventuell sei von der Rückforderung des Betrages von Fr. 7'245.- Umgang zu nehmen. Überdies sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu bewilligen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

In formeller Hinsicht beantragte der Beschwerdeführer die Überweisung der Beschwerde als Einsprache zur materiellen Beurteilung an die SAK, sollte das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss kommen, dass dem Beschwerdeverfahren ein Einspracheverfahren hätte vorausgehen müssen.

In materieller Hinsicht führte der Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, er habe als Bezüger einer IV-Rente mit Eintritt ins AHV-Rentenalter unabhängig vom Bestand des Sozialversicherungsabkommens mit Kosovo gestützt auf Art. 30 IVG Anspruch auf Ablösung seiner halben IV-Rente durch eine ganze Altersrente. Dies sei am 15. Januar 2014 rechtskräftig verfügt worden. Die angefochtene Verfügung, gemäss welcher ab dem 1. Februar 2014 die AHV-Rente aufgehoben bzw. auf die Höhe auf einer halben IV-Rente reduziert worden sei, sei mangels Vorliegens eines Revisionsgrundes gesetzeswidrig und müsse aufgehoben werden. Selbst wenn die mit Verfügung vom 1. Februar 2014 zugesprochene Altersrente abänderbar gewesen wäre, hätte der Beschwerdeführer als Doppelbürger von Serbien und Kosovo Anspruch auf die ungeschmälerte AHV-Rente.

Des Weiteren sei ein fehlender Anspruch auf eine AHV-Rente unabdingbar mit dem Anspruch auf Rückvergütung der bezahlten AHV-Beiträge verknüpft. Da der Beschwerdeführer Bezüger einer IV-Rente war, bestünde kein Anspruch mehr auf Rückvergütung der AHV-Beiträge. Auch mangels Rückforderbarkeit der AHV-Beiträge müsse die AHV-Rente weiterhin ausgerichtet werden.

Sollte die Aufhebung der Rentenverfügung wider Erwarten rechtens sein, so sei der Rückforderungsanspruch verwirkt, da der Verwaltung bei Beachtung der ihr zumutbaren Sorgfalt bekannt gewesen sei, dass das Sozialversicherungsabkommen zwischen der Schweiz und der Republik Jugoslawien im Zeitpunkt des Verfügungserlasses der AHV-Rente am 15. Januar 2014 gestützt auf die Rechtsprechung nach BGE 139 V 263 im Verhältnis zu Kosovo nicht mehr anwendbar gewesen sei. Selbst wenn dem nicht so wäre, sei von einer Rückforderung Umgang zu nehmen, da der Beschwerdeführer die AHV-Renten in gutem Glauben empfangen habe und ein Fall von grosser Härte vorliege.

F.b Mit Vernehmlassung vom 23. Oktober 2015 beantragte die IVSTA die Abweisung der Beschwerde (BVGer act. 4). Es bestünden keine Hinweise für eine kosovarisch-serbische Doppelbürgerschaft. Eine solche könne gemäss Rechtsprechung nur akzeptiert werden, wenn sie rechtsgenügend belegt sei. Da das Sozialversicherungsabkommen ab 1. April 2010 nicht mehr auf kosovarische Staatsangehörige anwendbar sei, habe die Zusprache einer AHV-Rente mit Verfügung vom 1. Februar 2014 auf einem klaren Irrtum beruht. Der Beschwerdeführer besitze jedoch Anspruch auf Bestand seiner bisher ausgerichteten IV-Rente. Die IV-Stelle habe den Rückforderungsanspruch innert Jahresfrist seit Kenntnisnahme (des Irrtums)

und vor Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistungen geltend gemacht. Der Rückforderungsanspruch sei folglich nicht verwirkt. Über die Erlassfrage sei bisher weder ein Gesuch gestellt worden, noch sei diesbezüglich eine Verfügung ergangen. Über die Erlassfrage könne somit nicht im vorliegenden Beschwerdeverfahren entschieden werden.

F.c Nach erstreckter Frist reichte der Beschwerdeführer am 7. Dezember 2015 das "Formular Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege" samt Belegen ein (BVGer act. 7).

G.

G.a Mit Zwischenverfügung vom 10. Dezember 2015 wies der Instruktionsrichter den Beschwerdeführer auf verschiedene formell- und materiellrechtliche Fragen hin und räumte ihm Frist zur Stellungnahme ein bzw. gab ihm Gelegenheit, dem Bundesverwaltungsgericht einen allfälligen Beschwerderückzug mitzuteilen (BVGer act. 8).

G.b Am 15. Dezember 2015 reichte der Beschwerdeführer ergänzende Unterlagen zu seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ein (BVGer act. 10).

G.c Mit Replik vom 15. Februar 2016 hielt der Beschwerdeführer an seinen Anträgen fest. Des Weiteren führte er aus, dass er gegen eine materielle Behandlung der Beschwerde durch das Bundesverwaltungsgericht ungeachtet der Zuständigkeitsfrage und des unterlassenen Einspracheverfahrens nicht opponiere (BVGer act. 13).

G.d Mit Duplik vom 3. März 2016 hielt die Vorinstanz an ihren Anträgen fest (BVGer act. 15). Ergänzend führte sie aus, sie nehme zur Kenntnis, dass der Beschwerdeführer auf die Geltendmachung der Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung verzichte. Überdies stehe einer materiellen Prüfung der Sache nichts entgegen.

G.e Mit Eingabe vom 19. Oktober 2016 reichte der Beschwerdeführer dem Bundesverwaltungsgericht zum Nachweis seiner serbischen Staatsangehörigkeit eine Kopie seiner serbischen Identitätskarte ein. Gestützt auf diese müsse die Beschwerde gutgeheissen werden (BVGer act. 19).

G.f Mit Stellungnahme vom 3. November 2016 führte die IVSTA aus, dass die am 17. Mai 2016 ausgestellte serbische Identitätskarte kein gemäss

Rechtsprechung und Verwaltungsweisungen tauglicher Nachweis der nachträglich geltend gemachten serbischen Staatsangehörigkeit bilde (BVGer act. 22).

G.g Mit Stellungnahme vom 22. Dezember 2016 führte der Beschwerdeführer aus, die Ausstellung der Identitätskarte sei gemäss den in E. 5.7.1 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] C-6533/2012 vom 31. März 2016 aufgeführten Erfordernissen erfolgt. In Anbetracht dessen könne vorliegend am verlangten Nachweis der Voraussetzungen gemäss Mitteilung Nr. 326 des BSV nicht festgehalten werden. Der Beschwerdeführer habe die notwendigen Schritte zur Erlangung des serbischen Passes in die Wege geleitet. Dieser werde nachgereicht, sobald er ausgestellt worden sei (BVGer act. 25).

G.h Mit Verfügung vom 3. Januar 2017 stellte der Instruktionsrichter der IVSTA die als verspätet entgegengenommene Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 22. Dezember 2016 zur Kenntnis zu und räumte ihm Frist bis zum 6. März 2017 ein, den in Aussicht gestellten serbischen Pass einzureichen (BVGer act. 26). Das vom Beschwerdeführer am 10. Januar 2017 gestellte Wiederwägungsgesuch hinsichtlich der verspäteten Eingabe wurde mit Verfügung vom 12. Januar 2017 abgewiesen (BVGer act. 28).

G.i Mit Eingabe vom 24. April 2017 zog der Beschwerdeführer sein am 6. März 2017 gestelltes Sistierungsgesuch zurück, da die Aushändigung des serbischen Passes nicht absehbar sei (BVGer act 32).

G.j Mit Verfügung vom 26. April 2017 hielt der Instruktionsrichter fest, dass von der Sistierung des Verfahrens vorläufig abgesehen werde und räumte dem Beschwerdeführer Gelegenheit ein, mittels eines Dokuments der serbischen Passbehörden zu belegen, dass die Ausstellung des serbischen Passes auf unbestimmte Zeit ausstehe, ansonsten der Schriftenwechsel per 26. Mai 2017 abgeschlossen werde (BVGer act. 33).

G.k Nach erstreckter Frist führte der Beschwerdeführer mit Stellungnahme vom 14. Juni 2017 aus, es werde ihm als von Kosovo und aus Kosovo stammend einstweilen kein serbischer Pass ausgehändigt. Er habe vom Passbüro die Auskunft erhalten, dass die Ausstellung eines sogenannten Koordinationspasses dann möglich sei, wenn er eine Reise in den Schengenraum plane. Indessen habe er auch einen solchen Koordinationspass bis dato nicht erhalten. Ein Dokument, das sich zur verlangten und bislang

unerfüllten Passausstellung äussere, habe er von der Passbehörde nicht erwirken können (BVGer act. 41).

H.

Mit Urteil 9C_423/2017 vom 10. Juli 2017 hiess das Bundesgericht (BGer) die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. Mai 2017, womit das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen worden war, teilweise gut. Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. Mai 2017 werde insofern aufgehoben, als die Bestellung von Rechtsanwalt Felix Barmettler zum unentgeltlichen Rechtsvertreter vollumfänglich abgewiesen worden sei. Die Sache werde an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen, damit dieses über den Anspruch des Beschwerdeführers auf unentgeltliche Verbeiständung im Sinn der Erwägungen neu verfüge. Im Übrigen werde die Beschwerde abgewiesen. Das Bundesgericht begründete seinen Entscheid damit, dass zwar die Berechnung der fehlenden Mittellosigkeit des Beschwerdeführers nicht zu beanstanden sei. Dennoch sei die Verweigerung der unentgeltlichen Verbeiständung für die Aufwände nach dem Zeitpunkt des Einreichens der Beschwerde – nicht aber für die Beschwerdeschrift selbst – bis zum Erlass der Zwischenverfügung vom 4. Mai 2017 nicht zulässig (BVGer act. 43).

I.

Mit Eingabe vom 11. September 2017 gelangte der Beschwerdeführer an das Bundesverwaltungsgericht und ersuchte um Ausrichtung einer Parteientschädigung im Sinn des vorgenannten Urteils des BGer 9C_423/2017 in der Höhe von Fr. 1'400.- (BVGer act. 46).

J.

Mit einer weiteren Eingabe vom 12. September 2017 teilte der Beschwerdeführer mit, dass ihm der serbische Pass mittlerweile per 12. Juli 2017 ausgestellt worden sei und legte eine Kopie des Passes bei. Damit sei der Nachweis erbracht, dass der Beschwerdeführer als serbischer Staatsangehöriger nicht vom Abkommen vom 8. Juni 1962 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der ehemaligen (Sozialistischen) Föderativen Volksrepublik Jugoslawien über Sozialversicherung ausgenommen sei (act. 45).

K.

Auf den weiteren Inhalt der Akten sowie der Rechtsschriften ist – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. d VGG; Art. 69 Abs. 1 Bst. b IVG [SR 831.20]) und der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung durch diese besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Abänderung, weshalb er zur Erhebung der Beschwerde legitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG; siehe auch Art. 59 ATSG [SR 830.1]). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde vom 9. Oktober 2015 ist somit einzutreten (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG; siehe auch Art. 60 ATSG).

2.

2.1 Der Beschwerdeführer kann im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit des Entscheids beanstanden (Art. 49 VwVG).

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. BVGE 2009/65 E. 2.1).

3.

3.1 Das Bundesgericht hat in BGE 139 V 263 entschieden, dass das Abkommen vom 8. Juni 1962 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der ehemaligen (Sozialistischen) Föderativen Volksrepublik Jugoslawien über Sozialversicherung (SR 0.831.109.818.1) ab 1. April 2010 nicht weiter auf kosovarische Staatsangehörige anzuwenden ist. Es verneinte gleichzeitig den Automatismus oder den Grundsatz, dass Personen aus dem Kosovo neben der kosovarischen Staatsangehörigkeit auch die serbische Staatsangehörigkeit besässen. Dennoch könne das Vorliegen einer kosovarisch-serbischen Doppelbürgerschaft nicht ausgeschlossen werden; eine solche sei indessen nicht nur überzeugend zu behaupten, sondern rechtsgenüglich zu belegen (vgl. dazu Mitteilungen des BSV an

die AHV-Ausgleichskassen und EL-Durchführungsstellen Nr. 326 vom 20. Februar 2013).

3.2 In einem weiteren Grundsatzurteil 8C_109/2013 vom 8. Juli 2013 (publiziert als BGE 139 V 335) im Bereich der Invalidenversicherung rief das Bundesgericht in Erinnerung, dass Staatsangehörige des Kosovos künftig nicht mehr die Rechtsstellung als Vertragsausländerinnen und -ausländer innehätten und neu als Nichtvertragsausländerinnen und -ausländer gelten würden. Dieser Statuswechsel habe einerseits Auswirkungen auf die Anspruchsvoraussetzungen (versicherungsmässige Voraussetzungen) und führe andererseits dazu, dass Renten der Invalidenversicherung von Staatsangehörigen des Kosovos, die für den Zeitraum nach dem 31. März 2010 zugesprochen würden, gemäss Art. 6 Abs. 2 Satz 2 IVG nicht mehr ins Ausland exportierbar seien. Sie würden nurmehr innerhalb der Schweiz gewährt. Die laufenden Renten würden demgegenüber gemäss Art. 25 des Sozialversicherungsabkommens den Besitzstand geniessen. Entgegen den Ausführungen im IV-Rundschreiben Nr. 290 des BSV vom 29. Januar 2010 könne jedoch zur Bestimmung des anwendbaren Rechts nicht auf den Zeitpunkt des Verfügungserlasses abgestellt werden, sondern es sei der Zeitpunkt der Entstehung des Rentenanspruchs ausschlaggebend (E. 6).

3.3 Das Sozialversicherungsgericht stellt bei der Beurteilung einer Streit-sache in der Regel auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügungsverfügung eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 132 V 215 E. 3.1.1). Tatsachen, die jenen Sachverhalt seither verändert haben, sollen im Normalfall Gegenstand einer neuen Verfügungsverfügung sein (BGE 121 V 362 E. 1b).

4.

4.1 Gemäss Art. 21 Abs. 1 Bst. a AHVG haben Männer, welche das 65. Altersjahr vollendet haben, Anspruch auf eine Altersrente.

4.2 Der IV-Rentenanspruch erlischt mit der Entstehung des Anspruchs auf eine Rente der Alters- und Hinterlassenenversicherung (Art. 30 IVG; vgl. auch Wegleitung des BSV über die Renten in der Eidgenössischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung [RWL] Stand: 1. Januar 2017, Rz. 5651).

4.3 Gestützt auf Art. 21 Abs. 1 Bst. a AHVG in Verbindung mit Art. 30 IVG erweist sich die Ablösung der AHV-Rente als gesetzeskonform.

4.4 Nach Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten (Satz 1). Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt (Satz 2). Über die Rückforderung und den – gegebenenfalls spätestens 30 Tage nach Eintritt der Rechtskraft der Rückforderungsverfügung zu beantragenden – Erlass wird in der Regel in zwei Schritten verfügt (Art. 3 und 4 der Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSV; SR 830.11] ATSV; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgericht [EVG; seit 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] P 62/04 vom 6. Juni 2005, E. 1.2).

5.

5.1 Angefochten ist die Verfügung der IVSTA vom 1. September 2015, womit diese im Zeitraum vom 1. Februar 2014 bis 28. Februar 2015 geleistete AHV-Renten im Gesamtbetrag von Fr. 7'247.- zurückgefordert hat. Obwohl die Verfügung über Renten der AHV in den Zuständigkeitsbereich der SAK fällt, führt der Verfügungserlass durch die an sich unzuständige IVSTA indessen nicht zur Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung.

5.2 Fehlerhafte Verwaltungsakte sind in der Regel nicht nichtig, sondern bloss anfechtbar, und sie erwachsen dementsprechend durch Nichtanfechtung in Rechtskraft. Nichtigkeit der Verfügung oder des Entscheids tritt nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein, wenn:

- a) der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist,
- b) er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und
- c) zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird.

Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht. Inhaltliche Mängel einer Verfügung oder eines Entscheids führen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit (vgl. BGE 138 II 501 E. 3.1, 137 I 273 E. 3.1, 137 III 217 E. 2.4.3, 136 II 489 E. 3.3; Urteile des BGer 2C_596/2012 vom 19. März 2013 und 2C_657/2014 vom 12. November 2014). Nichtigkeit ist nur in Ausnahmefällen anzunehmen, wenn die Verfügung gravierende Mängel aufweist (SVR 2009 AHV Nr. 1 S. 1 E. 2.1, 9C_333/2007).

5.3 Vorliegend präsentieren sich die beiden Amtsstellen SAK und IVSTA als ein unter die Zentrale Ausgleichskasse ZAS fallendes einheitliches Gebilde, sodass für Dritte nur schwer erkennbar ist, dass an nämlicher Adresse zwei unterschiedliche Verwaltungseinheiten tätig sind, zumal sie für ähnliche Verwaltungsaufgaben (Leistungen/Renten) zuständig sind. Somit liegt nicht etwa ein Fall vor, in dem ein völlig unzuständiges Amt verfügt hat, sodass die Voraussetzungen, unter denen die Rechtsprechung Nichtigkeit annimmt, hier nicht gegeben sind (zu einem vergleichbaren Fall: Urteil des BGer 9C_320/2014 vom 29. Januar 2015 E. 4.f. f.). Somit kann die angefochtene Verfügung nicht als nichtig betrachtet werden.

6.

Aufgrund der Aktenlage drängt sich zunächst die Prüfung der Rechtslage in verfahrensrechtlicher Hinsicht auf.

6.1 Gemäss Art. 1 Abs. 1 AHVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die im ersten Teil geregelte Alters- und Hinterlassenenversicherung anwendbar, soweit das AHVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

6.2 Über Leistungen, Forderungen und Anordnungen, die erheblich sind oder mit denen die betroffene Person nicht einverstanden ist, hat der Versicherungsträger, allenfalls auf entsprechendes Begehren hin, schriftlich Verfügungen zu erlassen (Art. 49 Abs. 1 ATSG sowie Art. 51 Abs. 2 ATSG). Gegen Verfügungen kann innerhalb von 30 Tagen bei der verfügenden Stelle Einsprache erhoben werden; davon ausgenommen sind – hier unbestrittenermassen nicht zur Diskussion stehende – prozess- und verfahrensleitende Verfügungen (Art. 52 Abs. 1 ATSG). Das Einspracheverfahren ist zwingend und der Einspracheentscheid formelles Gültigkeitserfordernis für das nachgelagerte verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren (SVR 2005 AHV Nr. 9 S. 31 E. 1; vgl. auch BGE 130 V 388). Das Einspracheverfahren ist formell dadurch gekennzeichnet, dass dieselbe verfügende Instanz nochmals in der gleichen Sache zu entscheiden hat (BGE 125 V 190 E. 1b, 100 Ib 5 E. 2; Urteile des EVG C_279/2003 vom 30. September 2003 E. 2.2.2; C_120/05 15. September 2005 E. 2.3; SVR 2005 AHV Nr. 9; UELI KIESER, Kommentar zum ATSG, Zürich/Basel/Genf, 3. Aufl. 2015, Art. 51 Rz. 13). Davon kann lediglich in den vom Gesetz selber ausdrücklich normierten Fällen abgesehen werden. Gegen solche Verfügungen, gegen welche eine Einsprache ausgeschlossen ist, kann eine Beschwerde erhoben werden (vgl. Art. 56 Abs. 1 ATSG).

6.3 Gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG können formell rechtskräftige Einspracheentscheide und Verfügungen unter den dort genannten Voraussetzungen in Wiedererwägung gezogen werden. Voraussetzung zur Wiedererwägung einer Verfügung nach Art. 53 Abs. 2 ATSG ist, dass sie zweifellos unrichtig ist und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Das Zurückkommen auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide beim Fehlen eigentlicher Revisionsgründe wird in das Ermessen des Versicherungsträgers gelegt (vgl. BBI 1991 II 262).

6.4 Mit Verfügung vom 15. Januar 2014 wurde die halbe IV-Rente des Beschwerdeführers in eine AHV-Rente in der Höhe von Fr. 1'114.- überführt. Mit Mitteilungen vom 28. Februar 2015 und 8. April 2015 kam die IVSTA auf die AHV-Verfügung der SAK vom 15. Januar 2014 zurück und reduzierte die Rentenleistungen auf die Höhe der vormals ausgerichteten IV-Rente. Die Vorinstanz hat damit ein Wiederwägungsverfahren betreffend eine Leistung der AHV nach Art. 53 Abs. 2 ATSG eingeleitet, das sie in der Folge mit der angefochtenen Verfügung vom 1. September 2015 abschloss. Die SAK bzw. IVSTA ging von einer offensichtlichen Unrichtigkeit und erheblichen Bedeutung der Korrektur der Rentenleistung im Sinn von Art. 53 Abs. 2 ATSG aus, zumal der Sachbearbeiter der SAK bereits in seiner Aktennotiz vom 23. Februar 2015 ausdrücklich festhielt, dass dem Beschwerdeführer anstelle der AHV-Rente trotz Erreichen des Rentenalters weiterhin eine halbe IV-Rente hätte ausgerichtet werden müssen (act. 19). Dies bestätigte die SAK denn auch im Schreiben vom 17. Juli 2015, worin sie explizit ausführte, ein Fehler habe dazu geführt, dass die halbe IV-Rente in eine AHV-Rente überführt worden sei (act. 31-1 f.). Insofern handelt es sich entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers vorliegend nicht um ein Revisionsverfahren nach Art. 17 ATSG, welches eine Veränderung des Sachverhalts zur Korrektur einer Rente als Dauerleistung verlangt, sondern – wie bereits erwähnt – um ein Wiederwägungsverfahren nach Art. 53 Abs. 2 ATSG.

6.5 In der Wiedererwägungsverfügung vom 1. September 2015 wurde an sich nur über die Rückforderung der zu viel bezahlten AHV-Renten in der Höhe von Fr. 7'247.- befunden. Indessen sind Verfügungen nicht nach ihrem (zuweilen nicht sehr treffend verfassten) Wortlaut zu verstehen, sondern es ist nach ihrem tatsächlichen rechtlichen Gehalt zu fragen (BGE 120 V 496 E. 1). Die angefochtene Verfügung beinhaltet – nach ihrem tatsächlichen rechtlichen Gehalt – nicht lediglich die Rückforderung der nach Auffassung der Vorinstanz zu viel ausgerichteten AHV-Renten, sondern fak-

tisch auch die Herabsetzung der AHV-Rente bzw. deren Ersatz mit der vormals ausgerichteten IV-Rente. Somit handelt es sich mit Blick auf die Wiedererwägung einer AHV-Verfügung wegen Unrichtigkeit, um eine Streitigkeit von "AHV-rechtlicher" Natur, zumal der Beschwerdeführer die Weiterausrichtung der AHV-Rente und die Überweisung der Beschwerde als Einsprache zur Beurteilung an die SAK beantragt.

6.6 In Bezug auf die Durchführung eines Einspracheverfahrens gemäss Art. 52 ATSG ist eine ausdrückliche Abweichung im AHVG nicht vorgesehen. In der angefochtenen Wiedererwägungsverfügung hat die IVSTA als Rechtsmittel jedoch die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht aufgeführt. Der Beschwerdeführer reichte in der Folge direkte Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein. Das Vorgehen des Beschwerdeführers bzw. die hierfür fälschlicherweise Basis bildende Rechtsmittelbelehrung der SAK in deren Wiedererwägungsverfügung verkennt dabei Sinn und Zweck des gesetzlich normierten Einspracheverfahrens. Durch das dem verwaltungsrechtlichen Verfahren vorgelagerte Rechtsmittel der Einsprache erhält die verfügende Stelle die Möglichkeit, die angefochtene Verfügung nochmals zu überprüfen und über die strittigen Punkte zu entscheiden, bevor das Gericht angerufen wird (vgl. BGE 117 V 409). Das Einspracheverfahren stellt dabei nicht bloss eine Wiederholung des Verfügungs- bzw. eines Wiedererwägungsverfahrens dar. Vielmehr hat die verfügende bzw. wiedererwägende Behörde gegebenenfalls weitere Abklärungen vorzunehmen und auf Grund des vervollständigten Sachverhalts ihre eigenen Anordnungen bzw. Wiedererwägungsmotive zu überprüfen (vgl. BGE 125 V 190 E. 1b und c). Im noch zu fällenden Einspracheentscheid hat deshalb eine Auseinandersetzung mit den Vorbringen des Einsprechers auch im Falle einer vorangehenden Wiedererwägung zu erfolgen (vgl. BGE 124 V 182 f E. 2).

6.7 Das Eintreten des Gerichts auf die vorliegende Beschwerde widerspricht offensichtlich dem Sinn und Zweck des vom Gesetzgeber zwingend vorgesehenen Einspracheverfahrens. In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass die Rechtssuchenden keine Wahl zwischen verschiedenen Verfahren haben, um ihre Ansprüche geltend zu machen und gegebenenfalls durchzusetzen. Sie haben vielmehr jenen Weg zu beschreiten, den das Gesetz vorschreibt (vgl. BGE 130 V 226 E. 7.2.1). Insofern ist das grundsätzliche Einverständnis der Parteien zur materiellen Beurteilung unerheblich. In der deshalb resultierenden Überweisung der Angelegenheit zur Durchführung des Einspracheverfahrens in ihrer Funktion als Einspracheinstanz kann daher auch kein überspitzter Formalismus

erkannt werden (vgl. Urteil des EVG C_120/05 vom 11. Oktober 2005 E. 1.3.2). Ein Eintreten des Bundesverwaltungsgerichts auf die Wiedererwägungsverfügung der IVSTA vom 1. September 2015 (mit materieller Prüfung der Sache) würde im Gegenteil eine unstatthafte Verkürzung des Rechtsmittelwegs des Beschwerdeführers darstellen. Bei diesem Ergebnis ist auf die Beschwerde nicht einzutreten und die Angelegenheit ist an die SAK als Einspracheinstanz zurückzuweisen, damit diese die Eingabe des Beschwerdeführers als Einsprache behandle und über die Frage entscheide, ob er die AHV-Rentenleistungen zurückzuerstatten hat bzw. die AHV-Rente zu Recht oder zu Unrecht mit einer halben IV-Rente ersetzt worden ist. In diesem Zusammenhang wird die SAK zu prüfen haben, ob die serbische Staatsangehörigkeit mit Einreichung des auf den 12. Juli 2017 ausgestellten serbischen Passes nunmehr rechtsgenügend nachgewiesen ist und auf den massgebenden Zeitpunkt des Verfügungserlasses Wirkung entfaltet. Auf die Übrigen Vorbringen der Parteien ist bei diesem Verfahrensausgang nicht weiter einzugehen.

7.

Zu befinden ist noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

7.1 Gemäss Art. 85^{bis} Abs. 2 AHVG ist das Verfahren für die Parteien kostenlos, so dass keine Verfahrenskosten zu erheben sind.

7.2 Der obsiegende und vertretene Beschwerdeführer hat gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) Anspruch auf eine Parteientschädigung zu Lasten der Verwaltung.

Die Parteientschädigung umfasst dabei die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE). Die Kosten der Vertretung umfassen gemäss Art. 9 Abs. 1 VGKE das Anwaltshonorar (Bst. a), den Ersatz der Auslagen (Bst. b) und der Mehrwertsteuer (Bst. c), wobei Letztere auch nur dann geschuldet ist, wenn die zu entschädigende Partei Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz hat (vgl. dazu auch Urteil des BVGer C-6173/2009 vom 29. August 2011 mit Hinweis; Art. 9 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 10 Abs. 2 VGKE). Das Anwaltshonorar wird nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters oder der Vertreterin bemessen (Art. 10 Abs. 1 VGKE), wobei der Stundensatz für Anwälte und Anwältinnen

mindestens Fr. 200.– und höchstens Fr. 400.– beträgt (Art. 10 Abs. 2 VGKE).

Die Partei, die Anspruch auf Parteientschädigung erhebt, hat dem Bundesverwaltungsgericht vor dem Beschwerdeentscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen, aus welcher hervorgehen muss, welche Arbeiten durchgeführt worden sind und wer wieviel Zeit zu welchem Tarif aufgewendet hat (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 4.84 f.). Wird keine Kostennote eingereicht, ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE).

7.3 Der Beschwerdeführer hat dem Bundesverwaltungsgericht mit Eingabe vom 12. September 2017 eine Honorarnote eingereicht (BVGer act. 45, Beilage). Darin werden Aufwände in der Höhe von total Fr. 6'898.30 geltend gemacht (1558 Minuten [25.96 Stunden] zu einem Stundenansatz von Fr. 240.-, 42 Kopien zu Fr. 1.-, Porti von Fr. 99.40 und Spesen für Telefonate für Fr. 13.90).

7.4 Im Beschwerdeverfahren ist nicht der geltend gemachte, sondern nur der notwendige Aufwand zu entschädigen ist (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 8 Abs. 2 VGKE; Urteil des BGer 8C_723/2009 vom 14. Januar 2010 E. 3.2 und 4.3 m.H.; Urteil des BVGer C-7077/2010 vom 11. Januar 2013 E. 8.3.1). Zunächst fällt auf, dass der Beschwerdeführer Aufwände vom 23. Juni 2015 bis 8. Oktober 2015, und somit Aufwände aus dem (nicht im Beschwerdeverfahren zu entschädigenden) vorinstanzlichen Verfahren von insgesamt 95 Minuten (rund 1.58 Stunden) geltend macht. Der restliche Aufwand von 24.38 Stunden (25.96 – 1.58) Stunden erscheint im Vergleich zu ähnlichen Fällen massiv überhöht. Andererseits gilt es zu berücksichtigen, dass das Beschwerdeverfahren einen ausgedehnten Schriftenwechsel beinhaltet. Der geltend gemachte Aufwand (wovon 4 Stunden für die Beschwerde und 6.5 Stunden für die Replik aufgewendet wurden; andererseits jedoch auch mehrere Fristerstreckungsgesuche und Kurzeingaben an das BVGer enthält) ist unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwands, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit der zu beurteilenden Fragen auf total 16.00 Stunden (inkl. eine Stunde für den nachprozessualen Aufwand) zu kürzen. Was die Auslagen betrifft, so ist anzufügen, dass Kopien mit Fr. 0.50 entschädigt werden (Art. 1 Abs. 4 VGKE). Die Parteientschädigung wird bei einem Stundenansatz von Fr. 240.– (16 x 240.- = 3'840.-) zuzüglich Auslagen von Fr. 134.30 (Fr. 21.- für Kopien, Fr. 99.40.- für Porti, Fr. 13.90 für Telefonate; exklusiv

Mehrwertsteuer, die aufgrund des Wohnsitzes des Beschwerdeführers im Ausland nicht geschuldet ist) auf insgesamt Fr. 3'974.30 festgesetzt.

7.5 Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege bzw. die Rückweisung des Gesuchs an das Bundesverwaltungsgericht gemäss Ziff. 1 des Urteils des BGer 9C_423/2017 vom 10. Juli 2017 ist damit gegenstandslos geworden.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird insoweit gutgeheissen, als die Sache an die SAK überwiesen wird, damit diese das gesetzliche Einspracheverfahren durchführe.

2.

Im Übrigen wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Dem Beschwerdeführer wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 3'974.30 zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Einschreiben; Beilage: Kopie der Eingabe des Beschwerdeführers vom 12.09.2017 samt Kopie des serbischen Passes)
- die SAK (Einschreiben; Beilage: Doppel der Eingabe des Beschwerdeführers vom 12.09.2017 samt Kopie des serbischen Passes)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen (Einschreiben)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

David Weiss

Matthias Burri-Küng

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 Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: