

# **BVGer C-1469/2017 vom 8. Februar 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-02-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-1469\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-1469_2017)

FR: TAF C-1469/2017 du 8 février 2018

IT: TAF C-1469/2017 del 8 febbraio 2018

## **Regeste**

Rente

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 VGG (SR 173.32) in Verbindung mit Art. 33 lit. d VGG und Art. 85bis Abs. 1 AHVG (SR 831.10) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden von Personen im Ausland gegen Verfügungen der Schweizerischen Ausgleichskasse (SAK). Es liegt keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

### **E. 1.2**

Aufgrund von Art. 3 lit. dbis VwVG (SR 172.021) findet das VwVG keine Anwendung in Sozialversicherungsrechtssachen, soweit das ATSG (SR 830.1) anwendbar ist. 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.

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführerinnen sind durch den angefochtenen Einspracheentscheid berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, so dass sie im Sinne von Art. 59 ATSG beschwerdelegitimiert sind.

### **E. 1.4**

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

## **E. 2**

Die Beschwerdeführerinnen änderten ihre Begehren im Rahmen der Replik (vgl. Sachverhalt E). Diese Änderung ist als Präzisierung der beschwerdeweise gestellten Begehren zu qualifizieren. Eine solche Präzisierung nach Ablauf der Beschwerdefrist, welche am Streitgegenstand nichts ändert, ist zulässig (André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Auflage 2013, S. 123 Rz. 2.218; Frank Seethaler/Fabia Portmann: in *Praxiskommentar VwVG*, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.] 2016, Art. 52 N. 39).

## **E. 3**

Vorweg ist zu prüfen, welche Bedeutung der *lite pendente* erlassenen Mitteilung der Vorinstanz an die Beschwerdeführerinnen vom 16. Oktober 2017 zukommt (BVGer act. 12 Beilage 1), insbesondere, ob sie als zulässige Wiedererwägung entgegen zu nehmen ist und

als solche das Beschwerdeverfahren gegenstandslos macht, wie dies von der Vorinstanz beantragt wurde.

### **E. 3.1.1**

Gemäss Art. 53 Abs. 3 ATSG kann der Versicherungsträger eine Verfügung oder einen Einspracheentscheid, während einem laufenden Beschwerdeverfahren, so lange wiedererwägen, bis er gegenüber der Beschwerdebehörde Stellung nimmt. Es steht dem Versicherungsträger damit frei, während des laufenden Beschwerdeverfahrens ohne Beachtung der besonderen Wiedererwägungsvoraussetzungen (namentlich ohne Annahme einer zweifellosen Unrichtigkeit) auf den Entscheid zurückzukommen (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 53 Rz. 77 m.H.a. BGE 107 V 191 E. 1). Hat der Versicherungsträger die Beschwerdeantwort eingereicht, ist ihm grundsätzlich für die Folgezeit eine Wiedererwägung untersagt. Einer nach diesem Zeitpunkt erlassenen Verfügung kommt der Charakter eines Antrages an das Gericht zu (vgl. Kieser, a.a.O, Art. 53 Rz. 78 m.H.a. BGE 109 V 236); die Verfügung selbst ist nichtig (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts P 66/01 vom 17. Januar 2003 E. 3.1). Eine Ausnahme besteht, wenn die Vorinstanz anlässlich ihrer Vernehmlassung eine Wiedererwägung in Aussicht stellte und das Beschwerdeverfahren daher sistiert wurde (vgl. Regina Kiener/Bernhard Rütsche/Mathias Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, Rz. 1288).

### **E. 3.1.2**

Eine pendente lite vor Vernehmlassung verfügte Wiederwägung der Vorinstanz beendet den Streit nur insoweit, als mit der neu erlassenen Verfügung dem Begehren der Beschwerdeführerin entsprochen wird. In diesem Umfang wird die Beschwerde gegenstandslos. Der Streit über die nichterfüllten Begehren besteht weiter, ohne dass die Beschwerdeführerin diese ebenfalls anzufechten braucht. Die Wiedererwägung stellt in diesem Fall einen Antrag an das Gericht dar. Die Beschwerdeinstanz hat gemäss Art. 58 Abs. 3 VwVG die Behandlung der Beschwerde fortzusetzen, soweit diese durch die neue Verfügung der Vorinstanz nicht gegenstandslos geworden ist (vgl. Kieser, a.a.O, Art. 53 Rz. 77 m.H.a. ZAK 1992 117; Kiener/Rütsche/Kuhn a.a.O. Rz. 1288; Pfeleiderer a.a.O. Rz. 45ff. m.H.a. BGE 113 V 237 E. 1a und BGE 107 V 250 E. 3; BGE 127 V 228 E. 2b/bb).

### **E. 3.2.1**

Vorliegend wies die Vorinstanz zum Zeitpunkt ihrer Vernehmlassung auf das Verfahren C-1943/2015 hin und hielt fest, dass der Ausgang jenes Verfahrens auf den vorliegenden Rechtsstreit Einfluss haben könne, denn gemäss Rz. 3305 der Wegleitung des Bundesamtes für Sozialversicherungen [BSV] über die Renten in der Eidgenössischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung [RWL] Version 12, Stand am 1. Januar 2017 [im Folgenden: RWL], begründe der Tod des leiblichen Vaters keinen Anspruch auf Waisenrente, wenn das Kind in Pflege genommen worden sei und es wegen des Todes eines Pflegeelternteils bereits eine Waisenrente beziehe. Die Vorinstanz brachte damit sinngemäss vor, dass der hier angefochtene Einspracheentscheid vom 9. Februar 2017 nicht korrekt sei, sofern das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde im Verfahren C-1943/2015 guthessen würde, da die Beschwerdeführerinnen in diesem Fall Anspruch auf Waisenrenten wegen des Hinschieds ihres Stiefvaters hätten und damit kein Anspruch auf Waisenrente wegen des Hinschieds des leiblichen Vaters bestehe. Dementsprechend beantragten sie denn auch die Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis das

Bundesverwaltungsgericht über das Verfahren C-1943/2015 entschieden hat. Dem Antrag wurde stattgegeben und das Verfahren sistiert.

### **E. 3.2.2**

Das Bundesverwaltungsgericht erkannte, wie bereits erwähnt, mit Urteil C-1943/2015 vom 12. Juni 2017, dass die Beschwerdeführerinnen weiterhin Anspruch auf Waisenrenten wegen des Hinschieds ihres Stiefvaters haben. Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zurecht vorbrachte, hat ein Pflegekind keinen Anspruch auf Waisenrente wegen des Hinschieds seines leiblichen Vaters, wenn es bereits wegen des Hinschieds seines Stiefvaters eine Waisenrente erhält. Der vorliegend angefochtene Einspracheentscheid beruht damit auf einer unrichtigen Rechtsanwendung. Hätte die Vorinstanz bereits vorher erkannt, dass die beiden Beschwerdeführerinnen weiterhin Anspruch auf Waisenrenten wegen des Hinschieds ihres Stiefvaters haben, hätte sie gemäss eigenen Angaben keine Waisenrenten wegen des Hinschieds des leiblichen Vaters verfügt. Die korrekte Rechtsanwendung hätte damit zu einer anderen Entscheidung geführt. Der Einspracheentscheid erweist sich als unrichtig und ist damit grundsätzlich einer Wiedererwägung zugänglich.

### **E. 3.2.3**

Die Vorinstanz stellte anlässlich ihrer Vernehmlassung implizit eine Wiedererwägung in Aussicht. Da dies jedoch nicht vorbehaltlos erfolgte, sondern vom Ausgang des Beschwerdeverfahrens C-1943/2015 abhängig gemacht wurde, kann die Mitteilung vom 16. Oktober 2017 nicht als rechtzeitige Wiedererwägung entgegengenommen werden. Verspätete, das heisst, nach Vernehmlassung eingereichte, Wiedererwägungen sind nichtig und werden lediglich als Antrag an das Gericht betrachtet (vgl. E. 3.1.1 hiervor). Das vorliegende Beschwerdeverfahren ist mangels zulässiger Wiedererwägung, entgegen dem Vorbringen der Vorinstanz, nicht gegenstandslos geworden, sondern, wie dies von den Beschwerdeführerinnen beantragt wurde, fortzusetzen.

### **E. 3.3**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

### **E. 4.1**

Nach der Rechtsprechung stellt das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung einer Streitsache in der Regel auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verwaltungsverfügung (hier: Einspracheentscheid vom 9. Februar 2017) eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweis). Weiter sind in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten (BGE 130 V 329).

### **E. 4.2.1**

Anspruch auf eine Waisenrente haben Kinder, deren Vater oder Mutter gestorben ist (Art. 25 Abs. 1 Satz 1 AHVG). Gemäss Art. 25 Abs. 3 AHVG in Verbindung mit Art. 49 Abs. 1 der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV, SR 831.101) haben Pflegekinder beim Tod der Pflegeeltern Anspruch auf eine Waisenrente, wenn sie unentgeltlich zu dauernder Pflege und Erziehung aufgenommen

worden sind. Der Anspruch erlischt, wenn das Pflegekind zu einem Elternteil zurückkehrt oder von diesem unterhalten wird (Art. 49 Abs. 3 AHVV). Weiter erlischt der Anspruch mit der Vollendung des 18. Altersjahres oder mit dem Tod der Waise (Art. 25 Abs. 4 AHVG). Für Kinder, die noch in Ausbildung sind, dauert der Rentenanspruch bis zu deren Abschluss, längstens aber bis zum vollendeten 25. Altersjahr.

#### **E. 4.2.2**

Das Stiefkind, das im Haushalt des Stiefvaters oder der Stiefmutter lebt, ist einem Pflegekind gleichgestellt, wenn der Stiefelternteil unentgeltlich für seinen Unterhalt aufgekommen ist (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG, heute: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] H 123/02 vom 24. Februar 2003 E. 1 mit Hinweisen: Urteil EVG B 14/04 vom 19. September 2005 E. 1.3).

#### **E. 4.2.3**

Wie das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil C-1943/2015 feststellte, haben die Beschwerdeführerinnen auch nach dem 1. September 2014 Anspruch auf Waisenrenten wegen des Hinschieds ihres Stiefvaters. Hieraus folgt in Anwendung der Rentenwegleitung (RWL Rz. 3305, vgl. E. 3.2.1 hiervor), dass sie keinen Anspruch auf Waisenrenten wegen des Hinschieds ihres leiblichen Vaters haben. In Übereinstimmung mit den Parteianträgen (vgl. Replik BVGer act. 10 und Duplik BVGer act. 12) sind der Einspracheentscheid vom 9. Februar 2017 und die beiden Verfügungen vom 18. Oktober 2016 daher aufzuheben.

#### **E. 5.1**

Die Wiedererwägung der Vorinstanz erfolgte, wie bereits erwähnt (vgl. E. 3.2.3), verspätet und ist damit nichtig. Jedoch können die von der Vorinstanz errechneten, monatlichen Waisenrentenbeträge in der Höhe von Fr. 876.- bzw. Fr. 880.- (vgl. BVGer act. 12) als Antrag entgegen genommen werden. Die Beschwerdeführerinnen beantragten in ihrer Beschwerde (Rechtsbegehren 2 BVGer act. 1) und in ihrer Replik (Eventualbegehren BVGer act. 10) die Zusprache von monatlichen Waisenrenten in der Höhe von mindestens Fr. 523.-, was sich jedoch auf Renten wegen des Hinschieds ihres leiblichen Vaters bezog. Betreffend die Höhe für Waisenrenten wegen des Hinschieds ihres Stiefvaters reichten sie keine Anträge ein. Hinsichtlich der Wiedererwägung der Vorinstanz hielten die Beschwerdeführerinnen mit Triplik vom 13. November 2017 (BVGer act. 14) fest, dass sie von der Mitteilung der Vorinstanz vom 24. Oktober 2017, mithin davon, dass diese dem Antrag gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1 der Replik vom 20. September 2017 gefolgt sei, Kenntnis genommen habe. Die Beschwerdeführerinnen beantragten in Ziffer 1 der Replik vom 20. September 2017 die Aufhebung des Einspracheentscheides vom 9. Februar 2017 und der Verfügungen vom 18. Oktober 2016, jedoch äusserten sie sich in diesem Rechtsbegehren nicht zur Höhe der Waisenrente. Es ist vorliegend somit nicht ersichtlich, ob die Beschwerdeführerinnen mit den von der Vorinstanz vorgenommenen Neuberechnung der Rentenhöhe (vgl. BVGer act. 12 Beilage) einverstanden sind. Diese Frage kann jedoch offen bleiben, da die verspätete Wiedererwägung der Vorinstanz nichtig ist und im Sozialversicherungsrecht der Untersuchungsgrundsatz gilt (vgl. zum Untersuchungsgrundsatz, Ueli Kieser, a.a.O., Art. 43 Rz. 13ff.), womit die Rentenberechnungen der Vorinstanz zu überprüfen und die Rentenhöhen von Amtes festzusetzen sind.

#### **E. 5.2**

Für die Berechnung der Waisenrenten sind nach Art. 33 Abs. 1 AHVG die Beitragsdauer und das aufgrund der ungeteilten Einkommen der verstorbenen Person sowie ihrer Erziehungs- oder Betreuungsgutschriften ermittelte durchschnittliche Jahreseinkommen massgebend. Die Beitragsdauer einer versicherten Person bestimmt sich in der Regel nach den Einträgen in ihren individuellen Konten (Art. 30ter AHVG).

### **E. 5.3**

Die Vorinstanz ging bei ihrer Berechnung der Waisenrenten vom 16. Oktober 2017 (BVGer act. 12 Beilage 2) von 25 vollen Versicherungsjahren, einer gesamten Versicherungszeit von 25 Jahren, 9 Jahren Erziehungsgutschriften, der Rentenskala 44 und einem massgebenden durchschnittlichen Jahreseinkommen von Fr. 73'320.- aus. Diese Berechnungsparameter entsprechen dem IK-Auszug (Vorakten Mutter act. 44/38) und denjenigen auf dem Berechnungsblatt (Vorakten Mutter act. 44/36) betreffend den Zeitpunkt 1. November 2001 als dem Stiefvater der Beschwerdeführerinnen eine ganze Invalidenrente zugesprochen wurde, wobei das massgebende durchschnittliche Jahreseinkommen von damals Fr. 64'272.- auf das Jahr 2017 indexiert wurde (Fr. 64'272 x 1175/1030).

#### **E. 5.4.1**

Gemäss Art. 33bis AHVG ist für die Berechnung von Alters- oder Hinterlassenenrenten, die an die Stelle einer Rente gemäss dem IVG treten, auf die für die Berechnung der IV-Rente massgebenden Grundlagen abzustellen, falls dies für den Berechtigten vorteilhafter ist, was vorliegend zutrifft (Vorakten Mutter act. 44/45). Die gestützt auf die Berechnungsgrundlagen vom 1. November 2001 in der Verfügung vom 5. März 2003 (Vorakten Mutter act. 44/30) errechneten Waisenrenten wurden von den Beschwerdeführerinnen denn auch zu keinem Zeitpunkt bestritten. Ebenso unbestritten blieb, dass ihr Stiefvater im Zeitpunkt 1. November 2001 über ein massgebendes durchschnittliches Jahreseinkommen von Fr. 64'272.- verfügte (Vorakten Mutter act. 44/36).

#### **E. 5.4.2**

Das massgebliche durchschnittliche Jahreseinkommen im Jahr 2001 von Fr. 64'272.- wird nach Art. 30 Abs. 1 AHVG entsprechend dem Rentenindex gemäss Art. 33ter AHVG aufgewertet. In Anwendung von Art. 33ter AHVG passt der Bundesrat die ordentlichen Renten in der Regel alle zwei Jahre auf Beginn eines Kalenderjahres der Lohn- und Preisentwicklung an, indem er auf Antrag der Eidgenössischen Kommission für die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung den Rentenindex neu festsetzt. Der Bundesrat passte das massgebende durchschnittliche Jahreseinkommen ab 2001 wie folgt an: - 2001 Fr. 64'272.- (Rententabellen 2001) - 2002 Fr. 64'272.- (Rententabellen 2002 mit Hinweis auf Rententabellen 2001) - 2003 Fr. 65'832.- (Indexierung Fr. 64'272 x 1055/1030; Rententabellen 2003) - 2004 Fr. 65'832.- (Rententabellen 2004) - 2005 Fr. 67'080.- (Indexierung Fr. 65'832 x 1075/1055, Umrechnungstabelle Vollrenten Version 1; Rententabellen 2005) - 2006Fr. 67'080.- - 2007Fr. 68'952.- (Indexierung Fr. 67'080 x 1105/1075, Umrechnungstabelle Vollrente Version 2; Rententabellen 2007) - 2008Fr. 68'952.- - 2009 Fr. 71'136.- (Indexierung Fr. 68'952 x 1140/1105, Umrechnungstabelle Vollrente Version 3; Rententabellen 2009) - 2010Fr. 71'136.- - 2011Fr. 72'384.- (Indexierung Fr. 71'136 x 1160/1140, Umrechnungstabelle Vollrenten Version 4; Rententabellen 2011) - 2012Fr. 72'384.- - 2013Fr. 73'008.- (Indexierung Fr. 72'384 x

1170/1160, Umrechnungstabelle Vollrenten Version 5; Rententabellen 2013) - 2014Fr. 73'008.- - 2015Fr. 73'320.- (Indexierung Fr. 73'008 x 1175/1170, Umrechnungstabelle Vollrenten Version 6; Rententabellen 2015) - 2016Fr. 73'320.- - 2017Fr. 73'320.- <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-62487.html> - 2018Fr. 73'320.- (<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-67387.html>) Aus der Aufstellung ist ersichtlich, dass das Einkommen von Fr. 64'272.- aus dem Jahr 2001 indexiert auf den Zeitpunkt 1. September 2014 Fr. 73'008.- und indexiert auf den Zeitpunkt 1. Januar 2015 Fr. 73'320.- entspricht. Die Beschwerdeführerinnen haben damit gestützt auf die erwähnten, indexierten Einkommen ihres Stiefvaters Anspruch auf eine Waisenrente vom 1. September 2014 bis zum 31. Dezember 2014 in der Höhe von je Fr. 876.- (vgl. Rententabelle 2013) und ab 1. Januar 2015 in der Höhe von je Fr. 880.- (vgl. Rententabelle 2015). Die Berechnungen der Vorinstanz (vgl. BVGer act. 12 Beilage 2) sind folglich nicht zu beanstanden, womit ihrem Antrag betreffend der Rentenhöhe gefolgt werden kann.

## **E. 6**

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als begründet und ist gutzuheissen. Der Einspracheentscheid vom 9. Februar 2017 und die beiden Verfügungen vom 18. Oktober 2016 sind aufzuheben. Die Beschwerdeführerinnen haben vom 1. September 2014 bis zum 31. Dezember 2014 Anspruch auf eine monatliche Waisenrente in der Höhe von je Fr. 876.- und ab 1. Januar 2015 in der Höhe von je Fr. 880.-.

## **E. 7**

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

### **E. 7.1**

Das Verfahren ist für die Parteien kostenlos (Art. 85bis Abs. 2 AHVG), sodass keine Verfahrenskosten zu erheben sind.

### **E. 7.2**

Die obsiegenden und anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen haben 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 (vgl. VGKE, SR 173.320.2) Anspruch auf eine Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz. Da die Parteivertreterin keine Kostennote eingereicht hat, ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwands, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des vorliegend zu beurteilenden Beschwerdeverfahrens ist eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 2'800.- gerechtfertigt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.