



## **Urteil vom 29. November 2011**

---

Besetzung

Richter Stefan Mesmer (Vorsitz),  
Richter Vito Valenti, Richter Francesco Parrino,  
Gerichtsschreiber Marc Wälti.

---

Parteien

**X.**\_\_\_\_\_,  
gesetzlich vertreten durch **Y.**\_\_\_\_\_,  
diese vertreten durch **F.**\_\_\_\_\_.

gegen

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

---

Gegenstand

Invalidenversicherung, Pflegebeiträge und  
Hilflosenentschädigung, Wiedererwägung.

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

Am 3. März 2000 wurde die damals noch in der Schweiz wohnhafte, im Jahre 1999 geborene Schweizer Bürgerin X. \_\_\_\_\_ (*im Folgenden: Beschwerdeführerin*) von ihrem Vater bei der IV-Stelle des Kantons H. \_\_\_\_\_ (*im Folgenden: IV-Stelle H. \_\_\_\_\_*) zum Bezug von Leistungen der schweizerischen Invalidenversicherung (IV) angemeldet (vgl. act. 1). Die IV-Stelle H. \_\_\_\_\_ gewährte ihr am 31. August 2000, am 12. Oktober 2000, am 12. März 2001 und am 7. Juni 2004 diverse medizinische Massnahmen der Invalidenversicherung (IV; vgl. act. 7, 9, 17 und 49) und sprach ihr mit Verfügung vom 25. Oktober 2002 für die Zeit vom 1. Dezember 2001 bis zum 31. Dezember 2005 Pflegebeiträge für eine Hilflosigkeit mittleren Grades zu (vgl. act. 31). Die Ausrichtung dieser Pflegebeiträge sistierte die IV-Stelle H. \_\_\_\_\_ mit Verfügung vom 9. Dezember 2004 per Ende des folgenden Monats ( vgl. act. 60). In Ergänzung ihrer Verfügung vom 25. Oktober 2002 sprach sie der Beschwerdeführerin am 10. Dezember 2004 rückwirkend für die Zeit vom 1. Januar 2004 bis zum 31. Januar 2005 eine Hilflosenentschädigung für eine Hilflosigkeit mittleren Grades und mit Wirkung ab dem 1. Februar 2005 bis zum 30. Juni 2008 eine solche für eine geringfügige Hilflosigkeit zu – jeweils zuzüglich Intensivpflegezuschlägen (vgl. act. 63). Am 30. August 2006 und 21. August 2007 teilte die IV-Stelle H. \_\_\_\_\_ der Beschwerdeführer zudem mit, dass die Kosten für ein Inhalationsgerät sowie in der Zeitspanne vom 1. Januar 2006 bis zum 31. Dezember 2009 diejenigen für die Behandlung des Geburtsgebrechens übernommen würden (vgl. act. 67 und 74).

**B.**

Mit Verfügung vom 17. November 2008 hob die IV-Stelle H. \_\_\_\_\_ die Hilfslosentschädigung – inklusive der Intensivpflegezuschläge – *per Ende des der Zustellung der Verfügung folgenden Monats* auf und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Zur Begründung führte sie aus, sie habe am 14. März 2003 erfahren, dass sich der Wohnsitz und gewöhnliche Aufenthalt der Beschwerdeführerin in Italien befinde. Die Beschwerdeführerin habe daher keinen Anspruch mehr auf diese Leistungen. Die Verfügung vom 10. Dezember 2004 erweise sich als zweifellos unrichtig und ihre wiedererwägungsweise Berichtigung sei von erheblicher Bedeutung (vgl. act. 86).

**C.**

Ebenfalls am 17. November 2008 überwies die IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ die amtlichen Akten zuständigshalber der IV-Stelle für Versicherte im Ausland (IVSTA; *im Folgenden*: Vorinstanz; vgl. act. 87). Die Akten gingen bei der Vorinstanz am 20. November 2008 ein, die mit Verfügung vom 13. Januar 2009 den Anspruch der Beschwerdeführerin auf die ihr von der IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ mit Verfügungen vom 25. Oktober 2002 und 10. Dezember 2004 zugesprochenen Pflegebeiträge sowie Hilflosenentschädigungen *rückwirkend per 21. Dezember 2002* aufhob. Zugleich entzog die Vorinstanz einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung und stellte den Erlass einer separaten Verfügung betreffend die Rückerstattung zu Unrecht bezogener IV-Leistungen in Aussicht.

Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, infolge Wohnsitzverlegung der Beschwerdeführerin per 21. Dezember 2002 nach Italien sei die IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ zum Erlass der Verfügung vom 17. November 2008 nicht zuständig gewesen, weshalb diese Verfügung annulliert und ersetzt werde. Die Beschwerdeführerin sei ihrer Pflicht zur Meldung der Wohnsitzverlegung nicht rechtsgenügend nachgekommen. Da dem individuellen Konto ihres Vaters nur Beiträge an die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV) bis Dezember 2002 gutgeschrieben worden seien und sie seither auch keinen Wohnsitz in der Schweiz mehr habe, erfülle sie seit dem 21. Dezember 2002 weder die versicherungsmässigen Voraussetzungen für Pflegebeiträge – welche ihr bereits mit Schreiben vom 24. Mai 2002 dargelegt worden seien (vgl. act. 25) – noch für eine Hilflosenentschädigung. Die Verfügungen der IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ vom 25. Oktober 2002 und vom 10. Dezember 2004 seien daher zweifellos unrichtig und ihre wiedererwägungsweise Berichtigung sei von erheblicher Bedeutung (vgl. act. 91).

**D.**

Mit Beschwerde vom 12. Februar 2009 focht die Beschwerdeführerin die Verfügung vom 13. Januar 2009 beim Bundesverwaltungsgericht an. Sie beantragte, die Verfügung der Vorinstanz vom 13. Januar 2009 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass kein Rückforderungsanspruch bestehe – alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Zugleich stellte sie ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Erlass der Verfahrenskosten) und beantragte in verfahrensrechtlicher Hinsicht, die aufschiebende Wirkung der angefochtenen Verfügung wieder herzustellen und einen zweiten Schriftenwechsel durchzuführen.

Im Wesentlichen führte die Beschwerdeführerin aus, die angefochtene Verfügung sei bereits deshalb aufzuheben, da mit ihr unzulässigerweise der Erlass einer Rückerstattungsverfügung in Aussicht gestellt werde. Die rückwirkende Aufhebung der Leistungen (Pflegebeiträge und Hilflosenentschädigung) per 21. Dezember 2002 sei nicht rechtens. Zum einen sei die Wohnsitzverlegung nach Italien sowohl der IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ als auch der Vorinstanz rechtsgenügend gemeldet worden und habe erstere in ihrer Verfügung vom 17. November 2008 eingeräumt, hiervon seit dem 14. März 2003 Kenntnis zu haben. Zum anderen hätten ihr diese IV-Stellen mitgeteilt, ein Wohnsitzwechsel nach Italien sei im Hinblick auf den Leistungsbezug unproblematisch. Eine Leistungsrückforderung widerspreche daher dem Grundsatz von Treu und Glauben. Ohnehin sei ein allfälliger Rückforderungsanspruch verjährt.

**E.**

Mit Zwischenverfügung vom 13. März 2009 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab, soweit es darauf eintrat.

**F.**

In ihrer Vernehmlassung vom 30. März 2009 beantragte die Vorinstanz, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

Sinngemäss führte sie aus, die bloss in Aussicht gestellte, noch nicht verfügte Leistungsrückforderung könne nicht Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens sein. Eine rückwirkende Aufhebung der Leistungen per 21. Dezember 2002 sei – selbst dann, wenn die Beschwerdeführerin keine Meldepflichten verletzt hätte – rechtens, da es sich bei dem für einen Leistungsanspruch erforderlichen Wohnsitz in der Schweiz nicht um einen spezifisch invalidenversicherungsrechtlichen Aspekt handle.

**G.**

Mit Replik vom 18. Mai 2009 beantragte die Beschwerdeführerin in Abänderung der beschwerdeweise gestellten Anträge, die Verfügung der Vorinstanz vom 13. Januar 2009 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass ab diesem Datum kein Anspruch auf Leistungen der IV mehr bestehe.

Da sie ihre Meldepflicht nicht verletzt habe und aufgrund von Treu und Glauben sei die rückwirkende Aufhebung der IV-Leistungen ab dem 21. Dezember 2002 nicht rechtens. In formeller Hinsicht gelte es zu berücksichtigen, dass die Verfügung der IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ vom 17. November 2008 im Dispositiv der angefochtenen Verfügung nicht aufgehoben werde.

#### **H.**

In ihrer Duplik vom 29. Mai 2009 bestätigten die Vorinstanz und mit unaufgefordert eingereichter Stellungnahme vom 24. Juni 2009 die Beschwerdeführerin ihre zuletzt gestellten Anträge sowie sinngemäss deren Begründung. Ergänzend führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, der Grundsatz des Vertrauensschutzes stehe einer rückwirkenden Aufhebung der IV-Leistungen nicht entgegen.

Mit Verfügung vom 2. Juli 2009 wurde der Schriftenwechsel geschlossen.

#### **I.**

Auf die Ausführungen der Parteien wird – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

Zu beurteilen ist die Beschwerde vom 12. Februar 2009 gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 13. Januar 2009, mit welcher – laut Dispositiv – der Anspruch der Beschwerdeführerin auf die mit Verfügungen der IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ vom 25. Oktober 2002 und 10. Dezember 2004 zugesprochene Pflegebeiträge und Hilflosenentschädigung rückwirkend per 21. Dezember 2002 aufgehoben und der Erlass einer separaten Verfügung betreffend Rückerstattung zu Unrecht bezogener IV-Leistungen in Aussicht gestellt worden sind.

**1.1.** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich im Wesentlichen nach den Vorschriften des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2006 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32), des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021 [vgl. auch Art. 37 VGG]) sowie des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1 [vgl. auch Art. 3

Bst. d<sup>bis</sup> VwVG]). Dabei finden nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln diejenigen Verfahrensregeln Anwendung, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung in Kraft stehen (BGE 130 V 1 E. 3.2; vgl. auch Art. 53 Abs. 2 VGG).

**1.2.** Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG, sofern – wie vorliegend – keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Zu diesen gehört auch die IVSTA, die mit Verfügungen über Leistungen im Bereiche der IV befindet (Art. 33 Bst. d VGG; vgl. auch Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung [IVG, SR 831.20]). Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

**1.3.** Die Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht ist innerhalb von 30 Tagen nach Eröffnung der Verfügung einzureichen (vgl. Art. 60 Abs. 1 ATSG sowie Art. 50 Abs. 1 VwVG). Nach Ablauf der Beschwerdefrist dürfen Anträge – unter Vorbehalt von vorliegend irrelevanten Ausnahmen (vgl. 24 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) – nicht mehr erweitert, sondern nur noch eingeschränkt oder präzisiert werden (vgl. ANDRÉ MOSER, *in*: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008 [*im Folgenden*: Kommentar zum VwVG], Rz. 6 zu Art. 50 sowie Rz. 3 zu Art. 52).

Auf eine frist- und formgerechte (vgl. Art. 52 VwVG) Beschwerde ist nur insoweit einzutreten, als der Beschwerdeführer zur Beschwerdeführung vor dem Bundesverwaltungsgericht legitimiert ist. Das ist dann der Fall, wenn er am vorinstanzlichen Verfahren als Partei teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat, das im Urteilszeitpunkt noch aktuell ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG; vgl. ISABELLE HÄNER, *in*: Kommentar zum VwVG, Rz. 1 ff., insb. Rz. 18 ff. zu Art. 48).

**1.3.1.** In ihrer Beschwerdeschrift hat die Beschwerdeführerin in der Hauptsache beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass kein Rückforderungsanspruch der IV bestehe (Rechtsbegehren Ziff. 1). Dieses Begehren hat sie in ihrer Replik vom 18. Mai 2009 durch den neuen Antrag *ersetzt*, dass ab dem 13. Januar 2009 kein Anspruch auf Leistungen der IV mehr bestehe. Damit hat sie das in der Beschwerdeschrift gestellte Feststellungsbegehren zurückgezogen,

und das vorliegende Beschwerdeverfahren ist in dieser Hinsicht gegenstandslos geworden und abzuschreiben (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 102 ff., 470 und 681 ff.).

**1.3.2.** Das erwähnte, in der Replik am 18. Mai 2009 gestellte Begehren, es sei festzustellen, dass ab dem 13. Januar 2009 kein Anspruch auf Leistungen der IV mehr bestehe, ist angesichts der Ausführungen der Beschwerdeführerin so zu verstehen, dass festzustellen sei, dass der Leistungsanspruch *erst* am 13. Januar 2009 weggefallen sei, mithin der Anspruch auf Leistungen der IV bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung von diesem Datum bestanden habe. In diesem Sinne ist die Legitimation der Beschwerdeführerin zu bejahen. An einer Feststellung, dass ab dem 13. Januar 2009 *kein* Leistungsanspruch mehr bestehe, hätte die Beschwerdeführerin dagegen kein schützenswertes Interesse.

**1.4.** Im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren sind grundsätzlich nur Rechtsverhältnisse zu überprüfen und zu beurteilen, zu denen die zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig verbindlich – in Form einer Verfügung – Stellung genommen hat. Insoweit bestimmt die Verfügung den beschwerdeweise weiterziehbaren Anfechtungsgegenstand. Umgekehrt fehlt es an einem Anfechtungsgegenstand und somit an einer Sachurteilsvoraussetzung, wenn und insoweit keine Verfügung ergangen ist (BGE 131 V 164 E. 2.1). Vom Anfechtungsgegenstand zu unterscheiden ist der Streitgegenstand. Im Bereich der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege gilt als Streitgegenstand das Rechtsverhältnis, welches – im Rahmen des Anfechtungsgegenstandes – den aufgrund der Beschwerdebegehren tatsächlich angefochtenen Verfügungsgegenstand bildet (BGE 119 Ib 36 E. 1b mit Hinweisen; FRITZ GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2. Aufl., Bern 1983, S. 44 ff.).

Gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG ist eine Verfügung die Anordnung einer Behörde im Einzelfall, welche ein Rechtsverhältnis einseitig und verbindlich regelt und sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt. Ein Rechtsverhältnis liegt vor, wenn die Anordnung einer Behörde auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolgs im Verhältnis zwischen Staat und Bürger gerichtet ist (vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., Bern 2009, § 28 Rz. 16 ff.). Die Verfügung wirkt in der Regel also rechtsgestaltend. Eine Ausnahme davon bilden jene Verfügungen, mit welchen die Behörde eine Rechtslage lediglich feststellt. Solche Feststellungsverfügungen sind

gestützt auf Art. 25 VwVG anderen Verfügungen gleichgestellt (vgl. MARKUS MÜLLER, *in*: Kommentar zum VwVG, N. 39 und 57 zu Art. 5).

Diese Begriffsumschreibung ist entscheidend für die Qualifikation einer behördlichen Anordnung als Verfügung – und nicht etwa deren Form (vgl. etwa BVGE 2009/43 E. 1.1.4 und 1.1.6). So ist bei der Beurteilung der Frage, ob eine Anordnung Verfügungsbestandteil und damit Teil des Anfechtungsgegenstands bildet, nicht auf die textliche Gestaltung der Verfügung abzustellen. Vielmehr muss jeweils geprüft werden, ob mit ihr verbindlich und einzelfallweise Rechtsverhältnisse geregelt werden (vgl. BGE 115 V 416 E. 3b/aa mit Hinweisen). Daher können einerseits auch blosser Erwägungen bzw. Begründungen einer schriftlichen Anordnung Verfügungscharakter aufweisen, andererseits kommt nicht jedem Punkt der Verfügungsformel (Dispositiv) ohne weiteres Verfügungscharakter zu.

**1.4.1.** Wie die Beschwerdeführerin zu Recht festhält, hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung die Verfügung der IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ vom 17. November 2008 nicht im Dispositiv aufgehoben. Vielmehr hat sie im Erwägungsteil festgehalten, die angefochtene Verfügung ersetze jene der IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ (vgl. act. 91). Mit diesem Vorgehen hat die Vorinstanz ausdrücklich und verbindlich ein zuvor verfügungsweise definiertes Rechtsverhältnis neu geregelt bzw. aufgehoben (vgl. BGE 115 V 416 E. 3b/aa mit Hinweisen). Teil der angefochtenen Verfügung und damit zum Anfechtungsgegenstand gehörig ist damit auch die Aufhebung der Verfügung der IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ vom 17. November 2008. Der Umstand, dass diese Anordnung nicht förmlich im Dispositiv getroffen wurde, kann zwar als Formfehler betrachtet werden. Da aber die Beschwerdeführerin trotz diesem Mangel durchaus in der Lage war, die Verfügung sachgerecht anzufechten, ihr aus dem Fehler also kein Nachteil erwuchs, ist – auch aus prozessökonomischen Gründen – von einer Kassation der angefochtenen Verfügung und einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen (vgl. Art. 61 Abs. 1 VwVG; vgl. auch ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Basel 2008, Rz. 2.5 f., insb. Rz. 9).

**1.4.2.** Vorliegend hat die Vorinstanz über die nachträglichen Aufhebung des Leistungsanspruchs und die Rückforderung unrechtmässig bezogener Leistungen *nicht* in einer einzigen Verfügung befunden, obwohl dies zulässig wäre (vgl. etwa das Urteil des Bundesgerichts 9C\_564/2009 vom 22. Januar 2010 E. 5.3). Im Dispositiv der angefochtenen Verfügung wird vielmehr ausdrücklich festgehalten:

"Gemäss Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) sind zu Unrecht bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Sie werden in diesem Zusammenhang eine separate Verfügung erhalten" (act. 91). Eine derartige Verfügung erging bisher (noch) nicht. Die Vorinstanz, die sich in der Begründung der angefochtenen Verfügung mit keinem Wort zur Rückerstattung und zum allfälligen Erlass geäussert hat, stellte damit nur die Durchführung eines allfälligen Rückforderungsverfahrens in Aussicht, was keine verbindliche, die Rechte und Pflichten des Beschwerdeführers regelnde Anordnung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt und damit – obwohl im Dispositiv der angefochtenen Verfügung enthalten – nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sein kann (vgl. zum Ganzen BGE 131 V 164 E. 2.1 und BGE 125 V 413 E. 2, je mit Hinweisen). Soweit die Beschwerdeführerin den Verzicht auf eine Rückforderung bzw. die Aufhebung der Ankündigung eines Rückforderungsverfahrens fordert, ist mangels eines Anfechtungsobjektes auf die Beschwerde nicht einzutreten.

**1.5.** Im Übrigen ist aber auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde vom 12. Februar 2009 – soweit sie nicht infolge Rückzugs gegenstandslos geworden ist – einzutreten, war doch die Beschwerdeführerin Partei im vorinstanzlichen Verfahren, als Adressatin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat sie an deren Aufhebung bzw. Änderung ein aktuelles, schutzwürdiges Interesse.

**1.6.** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zum einen die Aufhebung der Wiedererwägungsverfügung der IV-Stelle H. \_\_\_\_\_ vom 17. November 2008, zum andern die rückwirkende Aufhebung der mit Verfügungen dieser IV-Stelle vom 25. Oktober 2002 und 10. Dezember 2004 zugesprochenen Pflegebeiträge bzw. Hilflosenentschädigung ist. In diesem Umfang wurde die angefochtene Verfügung vollumfänglich angefochten, so dass diese Punkte auch den Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden.

Weder vom Anfechtungs- noch vom Streitgegenstand umfasst ist dagegen die Frage, ob und allenfalls in welchem Umfang die Beschwerdeführerin bereits bezogene IV-Leistungen zurückzuerstatten hat. Hierüber wird die Vorinstanz nach Durchführung eines förmlichen Rückforderungs- und Erlassverfahrens noch zu entscheiden haben. Die von den Parteien thematisierten Fragen, ob die Beschwerdeführerin trotz

einer allfälligen Meldepflichtverletzung IV-Leistungen in gutem Glauben empfangen hat und ob ein allfälliger Rückforderungsanspruch der IV infolge Eintritts der Verjährung erloschen ist, sind in diesem – von der Vorinstanz bloss in Aussicht gestellten – Rückforderungs- bzw. Erlassverfahren relevant (vgl. Art. 25 Abs. 1 und 2 ATSG, Art. 3 und 4 der Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSV, SR 830.11]; vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C\_216/2007 vom 1. Oktober 2007 E. 3.2 sowie UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2009 [*im Folgenden*: KIESER, ATSG], Rz. 1 ff., insbes. Rz. 8 zu Art. 25). Sie bilden nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

## **2.**

Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (vgl. Art. 62 Abs. 4 VwVG). Im Rahmen seiner Kognition (vgl. Art. 49 VwVG) kann es die Anträge der Beschwerdeführerin auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder die angefochtene Verfügung im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 212).

**2.1.** Die Beschwerdeführerin ist Schweizer Bürgerin, weshalb im vorliegenden Verfahren ausschliesslich das schweizerische Recht anwendbar ist.

**2.2.** In zeitlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass Rechts- und Sachverhaltsänderungen, die nach dem massgebenden Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung (*hier*: 13. Januar 2009) eintraten, im vorliegenden Verfahren grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sind (vgl. BGE 130 V 329 sowie BGE 129 V 1 E. 1.2, je mit Hinweisen). Allerdings können Tatsachen, die den Sachverhalt seither verändert haben, unter Umständen Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung sein (vgl. BGE 121 V 366 E. 1b mit Hinweisen).

Damit finden grundsätzlich jene Rechtsvorschriften Anwendung, die bei Erlass der angefochtenen Verfügung vom 13. Januar 2009 in Kraft standen; weiter aber auch solche Vorschriften, die zu jenem Zeitpunkt bereits ausser Kraft getreten waren, die aber für die Beurteilung der streitigen Verfügung von Belang sind (für das IVG: ab dem 1. Juni 2002 in

der Fassung vom 8. Oktober 1999 [AS 2002 701 sowie AS 2002 685]; ab dem 1. Januar 2003 in der Fassung vom 6. Oktober 2000 [AS 2002 3371 und 3453]; ab dem 1. Januar 2004 in der Fassung vom 21. März 2003 [AS 2003 3837; 4. IV-Revision] und ab dem 1. Januar 2008 in der Fassung vom 6. Oktober 2006 [AS 2007 5129; 5. IV-Revision]; die Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung [IVV, SR 831.201] in den entsprechenden Fassungen der 4. und 5. IV-Revision).

Ferner sind das ATSG und die ATSV zu beachten. Die im ATSG enthaltenen Formulierungen der Hilflosigkeit (Art. 9), des Wohnsitzes und gewöhnlichen Aufenthalts (Art. 13) sowie der formellen Revision und Wiedererwägung (Art. 53) entsprechen den bisherigen von der Rechtsprechung zur Invalidenversicherung entwickelten Begriffen und Grundsätzen. Daran hat sich auch nach Inkrafttreten der Revision des IVG und des ATSG vom 6. Oktober 2006 sowie der IVV und ATSV vom 28. September 2007 (5. IV-Revision [AS 2007 5129 bzw. AS 2007 5155], in Kraft seit 1. Januar 2008) nichts geändert, weshalb nachfolgend auf die dortigen Begriffsbestimmungen verwiesen wird.

### **3.**

Zum besseren Verständnis der sich im vorliegenden Verfahren stellenden Fragen ist vorab darzulegen, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen Pflegebeiträge und Hilflosenentschädigungen zugesprochen werden konnten bzw. können.

**3.1.** Nach der Rechtslage bei Erlass der Verfügung vom 25. Oktober 2002 wurden Eingliederungsmassnahmen, wozu auch die Ausrichtung von Pflegebeiträgen gehörte, nur versicherten Personen gewährt (Art. 20 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 und 3 Bst. c IVG, in der Fassung vom 5. Oktober 1967). Als obligatorisch versichert galt, wer in der Schweiz Wohnsitz hatte oder eine Erwerbstätigkeit ausübte – abgesehen von Ausnahmen bei Personen mit Tätigkeit im Ausland, die vorliegend ohne Belang sind (vgl. zum Ganzen Art. 1 IVG in der bis Ende 2002 in Kraft gestandenen bzw. Art. 1b IVG in der seit dem 1. Januar 2003 geltenden Fassung i.V.m. Art. 1 [seit dem 1. Januar 2003 Art. 1a] Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG, SR 831.10]). Zudem galt als versichert, wer der freiwilligen Versicherung gemäss Art. 2 AHVG angehörte. Gemäss Art. 20 IVG (in der bis Ende 2003 in Kraft gestandenen Fassung) wurden einem hilflosen minderjährigen Versicherten, der das zweite Altersjahr zurückgelegt hatte und sich nicht zur Durchführung von bestimmten Massnahmen in einer

Anstalt aufhielt, Pflegebeiträge gewährt. Auch nicht versicherte Schweizer Bürger, die diese Voraussetzungen erfüllten, hatten höchstens bis zum 20. Altersjahr Anspruch auf Pflegebeiträge, sofern mindestens ein Elternteil entweder freiwillig oder aufgrund einer bestimmten Erwerbstätigkeit im Ausland (Art. 1 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 AHVG, in der Fassung vom 23. Juni 2000 bzw. 7. Oktober 1994) oder aber auf Grund einer zwischenstaatlichen Vereinbarung während einer Erwerbstätigkeit im Ausland obligatorisch versichert war (vgl. zum Ganzen Art. 22<sup>quater</sup> Abs. 2 IVV in der Fassung vom 14. November 2001). Zu beachten ist weiter, dass Eingliederungsmassnahmen grundsätzlich nur in der Schweiz und bloss ausnahmsweise auch im Ausland gewährt werden (Art. 9 Abs. 1 IVG in der Fassung vom 5. Oktober 1967).

**3.2.** Mit Inkrafttreten der 4. IV-Revision per 1. Januar 2004 wurden die Pflegebeiträge für hilflose Minderjährige durch die Hilflosenentschädigung ersetzt, die nicht mehr als Eingliederungsmassnahme, sondern als selbstständige Leistungsart der IV konzipiert ist (vgl. Bst. a Abs. 3 der Schlussbestimmungen der Änderung des IVG vom 21. März 2003 [4. IV-Revision; *im Folgenden*: Schlussbestimmungen]). Die Überprüfung und Überführung laufender Pflegebeiträge in eine Hilflosenentschädigung hatte innert einem Jahr nach Inkrafttreten der 4. IV-Revision zu erfolgen (Bst. a Abs. 1 Schlussbestimmungen). Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung haben seither hilflose Versicherte mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz; wobei minderjährige Schweizer Bürger ohne Wohnsitz in der Schweiz in Bezug auf diese Entschädigung den Versicherten gleichgestellt sind, sofern sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz haben. Die Hilflosenentschädigung für Minderjährige, die zusätzlich eine intensive Betreuung brauchen, wird zudem – sofern sie sich nicht in einem Heim aufhalten – um einen Intensivpflegezuschlag erhöht (vgl. Art. 42 Abs. 1 i.V.m. Art. 42<sup>bis</sup> Abs. 1 sowie Art. 42<sup>ter</sup> Abs. 3 erster Satz IVG, in der Fassung vom 21. März 2003). Darüber hinaus ist zu betonen, dass nach höchstrichterlicher Praxis auch aus dem Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedsstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) und weiteren zwischenstaatlichen Abkommen kein Anspruch auf den Export von Hilflosenentschädigungen abgeleitet werden kann (vgl. BGE 132 V 432 E. 9.5).

**3.3.** Der Wohnsitz einer Person bestimmt sich im Sozialversicherungsrecht nach den Artikeln 23 bis 26 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210; vgl. Art. 13 Abs. 1 ATSG; vgl. auch Art. 81 IVG i.V.m. Art. 95a AHVG in den bis Ende 2002 in Kraft gestandenen Fassungen sowie KIESER, ATSG, Rz. 6 zu Art. 13). Demnach befindet er sich am Ort, an dem sich eine Person mit der Absicht dauernden Verbleibens (subjektives Element) aufhält (objektives Element; vgl. Art. 23 Abs. 1 ZGB; vgl. auch Art. 20 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht [IPRG, SR 291]) und wo sich der Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen befindet; wobei es hinsichtlich des subjektiven Elements nicht auf den inneren Willen der Person ankommt, sondern vielmehr darauf, auf welche Absicht die erkennbaren Umstände schliessen lassen (vgl. BGE 127 V 237 E. 1 mit Hinweisen). Wohnsitz in diesem Sinne kann eine Person nur an einem Ort haben (vgl. Art. 24 Abs. 1 ZGB; vgl. auch Art. 20 Abs. 2 erster Satz IPRG). Hingegen hat eine Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt an dem Ort, an dem sie während längerer Zeit lebt, selbst wenn diese Zeit zum Vornherein befristet ist (vgl. Art. 13 Abs. 2 ATSG; vgl. auch Art. 20 Abs. 1 Bst. b IPRG). Ein schlichtes Verweilen sowie eine zufällige Ortsanwesenheit genügen somit nicht für die Annahme eines gewöhnlichen Aufenthalts (vgl. KIESER, ATSG, Rz. 15 ff., insbes. Rz. 17 zu Art. 13).

#### **4.**

Die Vorinstanz hat – wie bereits dargestellt – in der angefochtenen Verfügung vom 13. Januar 2009 festgehalten, diese Verfügung ersetze und annulliere die Verfügung der IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ vom 17. November 2008. Zur Begründung hat sie ausschliesslich darauf hingewiesen, dass die IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ zum Erlass der Verfügung mangels Wohnsitzes der Beschwerdeführerin in der Schweiz nicht zuständig gewesen sei.

Im Folgenden ist als Erstes zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht die *Verfügung vom 17. November 2008* aufgehoben hat.

**4.1.** Aus den Akten ist nicht ersichtlich, wann die nicht eingeschrieben versandte Verfügung vom 17. November 2008 der Beschwerdeführerin eröffnet worden ist. Damit lässt es sich aufgrund des Fristenstillstandes gemäss Art. 38 Abs. 4 Bst. c ATSG (vom 18. Dezember 2008 bis zum 2. Januar 2009) auch nicht direkt bestimmen, ob die Beschwerdefrist von 30 Tagen gemäss Art. 60 ATSG bei Erlass der angefochtenen Verfügung, also am 13. Januar 2009, bereits abgelaufen und die Verfügung der IV-

Stelle H. \_\_\_\_\_ zu diesem Zeitpunkt bereits in Rechtskraft erwachsen war.

Sollte diese Verfügung noch nicht rechtskräftig gewesen sein, so wäre ihre Anpassung bzw. ihr Widerruf ohne Weiteres zulässig gewesen. Noch nicht in Rechtskraft erwachsene Verfügungen, welche die Vorinstanz als fehlerhaft erachtet, kann diese unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs widerrufen bzw. berichtigen, wenn dies im Interesse der richtigen Rechtsanwendung geboten erscheint (vgl. SVR 2001 Nr. 20 R. 3b mit Hinweisen; zum Widerruf *pendente litis* Art. 53 Abs. 3 ATSG, dazu KIESER, ATSG, N. 46 ff. zu Art. 53; AUGUST MÄCHLER, *in*: Kommentar zum VwVG, Rz. 4 ff. zu Art. 58). Wie noch zu zeigen sein wird, war die Verfügung vom 17. November 2008 mit einem schwerwiegenden Rechtsfehler behaftet (vgl. E. 4.3.3 ff. hiernach), der einen Widerruf der Verfügung vom 17. November 2008 vor Eintritt der Rechtskraft durchaus gerechtfertigt hätte.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Verfügung vom 17. November 2008 auch dann hätte aufgehoben werden dürfen, wenn sie bei Erlass der angefochtenen Verfügung – mangels Anfechtung – bereits formell rechtskräftig gewesen wäre.

**4.2.** Es trifft zu, dass zum Erlass von Verfügungen betreffend Personen mit Wohnsitz im Ausland die Vorinstanz und nicht kantonale IV-Stellen zuständig sind, wobei allerdings eine einmal begründete Zuständigkeit im Laufe des Verfahrens erhalten bleibt (Art. 40 Abs. 1 bis 3 IVV sowie Ziff. 4010 ff., insb. Ziff. 4014 des Kreisschreibens des Bundesamtes für Sozialversicherungen über das Verfahren in der Invalidenversicherung [KSVI]). Bei Einleitung des Wiedererwägungsverfahrens, das zum Erlass der Verfügung vom 17. November 2008 führte, befand sich der Wohnsitz der Beschwerdeführerin ohne Zweifel bereits im Ausland, so dass die Vorinstanz zum Erlass der Verfügung zuständig gewesen wäre. Betroffen ist von diesem formellen Fehler aber nur die örtliche Zuständigkeitsverteilung unter den Organen der Invalidenversicherung. Die örtliche Unzuständigkeit führt nach ständiger Praxis zwar zur Anfechtbarkeit, hat aber im Bereiche der Invalidenversicherung keineswegs die Nichtigkeit einer Verfügung zur Folge (vgl. etwa das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2687/2006 vom 27. August 2008 E. 3.2, mit Hinweisen).

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz erlaubt die örtlichen Unzuständigkeit der verfügenden IV-Stelle für sich allein keineswegs die Aufhebung einer formell rechtskräftigen Verfügung. Es ist deshalb unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorschriften über die Revision und Wiedererwägung zu prüfen, ob vorliegend eine Aufhebung der Verfügung vom 17. November 2008 zulässig gewesen ist.

**4.3.** Erweist sich nachträglich eine formell rechtskräftige Verfügung infolge fehlerhafter Rechtsanwendung als ursprünglich unrichtig, kann sie unter Umständen in Wiedererwägung gezogen werden (Art. 53 Abs. 2 ATSG). Ohne Bedeutung sind bei der Beurteilung der Aufhebung der Verfügung vom 17. November 2008 die Möglichkeiten der Revision von Dauerleistungen (Art. 17 Abs. 2 ATSG), der prozessualen Revision (Art. 53 Abs. 1 ATSG) und der Anpassung an Rechtsänderungen (vgl. zum Ganzen KIESER, ATSG, Rz. 4 zu Art. 53).

**4.3.1.** Wiedererwägungsweise kann der Versicherungsträger auf eine formell rechtskräftige Verfügung zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (vgl. Art. 53 Abs. 2 ATSG).

Die Annahme, dass die ursprüngliche Unrichtigkeit einer Verfügung zweifellos feststeht, setzt voraus, dass nur ein einziger Schluss, derjenige auf die Unrichtigkeit der betreffenden Verfügung möglich ist. Eine bloss unzutreffende Ermessensbetätigung, die einer formell rechtskräftigen Verfügung zugrunde liegt, rechtfertigt daher nicht die Annahme, dass diese Verfügung zweifellos unrichtig ist, und somit auch nicht ihre Wiedererwägung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C\_215/2007 vom 2. Juli 2007, E. 3.1 sowie Kieser, ATSG, Rz. 31f. zu Art. 53). Allerdings gilt eine gesetzwidrige, auf der Nichtanwendung oder unrichtigen Anwendung der relevanten Bestimmungen und der von der Rechtsprechung dazu entwickelten Grundsätze beruhende Leistungsverfügung in der Regel als zweifellos unrichtig (vgl. BGE 126 V 399 E. 2b/bb mit Hinweisen).

Von erheblicher Bedeutung ist eine Berichtigung, wenn überwiegend wahrscheinlich erstellt ist, dass eine korrekte Beurteilung der sich konkret stellenden Fragen zu einem – materiell-rechtlich – anderen Ergebnis geführt hätte, was auf Verfügungen, die periodische Dauerleistungen wie solche über Pflegebeiträge und Hilflosentschädigungen zum Gegenstand

haben, grundsätzlich zutrifft (vgl. Urteil des Bundesgerichts I 482/05 vom 16. Dezember 2005 E.2.2 sowie KIESER, ATSG, Rz. 33 zu Art. 53).

**4.3.2.** Die IV-Stelle H. \_\_\_\_\_ hat in ihrer Verfügung vom 17. November 2008 angeordnet, dass die Hilflosenentschädigung sowie der zusätzliche Intensivpflegezuschlag für die Beschwerdeführerin auf das Ende des der Eröffnung der Verfügung folgenden Monats aufgehoben werde. Der Begründung der Verfügung ist zu entnehmen, dass die Verfügung vom 10. Dezember 2004 gestützt auf Art. 53 Abs. 2 ATSG in Wiedererwägung gezogen werde, da nicht berücksichtigt worden sei, dass die Beschwerdeführerin im Ausland Wohnsitz und ständigen Aufenthalt habe, was seit dem 14. März 2003 bekannt gewesen sei. Weder im Dispositiv noch in den Erwägungen wird in der (Wiedererwägungs-)Verfügung vom 17. November 2008 auf die Verfügung vom 25. Oktober 2002 eingegangen, mit der (altrechtliche) Pflegebeiträge zugesprochen worden waren.

**4.3.3.** Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Verfügung vom 17. November 2008 zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist.

**4.3.3.1** Es ist unbestritten und ergibt sich aus den Akten, dass die Beschwerdeführerin die Schweiz am 20. Dezember 2002 verlassen hat und sich seit dem 21. Dezember 2002 in Italien aufhält und dort bei ihren Eltern Wohnsitz hat (vgl. act. 24, 33 S. 4, 48, 54 S.1, 56, 77, 78, 83 S. 2, 84, 85 S. 2, 86 S.2, 87, 88 und 89). Bereits im Jahre 2004 hat sie in Italien den Kindergarten besucht (vgl. act. 54 S. 2). Aufgrund dieser Umstände ist erstellt, dass sie seit dem 21. Dezember 2002 in der Schweiz weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt hat, sich der Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen vielmehr in Italien befindet. Obschon keine Auszüge aus den individuellen Konti (IK) ihrer Eltern aktenkundig sind, ist unbestritten und davon auszugehen, dass zuletzt einzig der Vater der Beschwerdeführerin als Erwerbstätiger Beiträge an die AHV/IV entrichtet hat; und zwar – wie in der Begründung der angefochtenen Verfügung korrekt festgehalten wird (vgl. act. 91 S. 2) – bis Dezember 2002 als obligatorisch Versicherter (vgl. auch act. 88). Es wird weder geltend gemacht noch finden sich in den Akten Anzeichen dafür, dass ein Elternteil der Beschwerdeführerin – der Vater ist Schweizer Bürger und die Mutter italienische Staatsangehörige (vgl. act. 1) – trotz fehlendem Wohnsitz und fehlender Erwerbstätigkeit in der Schweiz nach dem 21. Dezember 2002 aufgrund der Bestimmungen von

Art. 1 (bzw. 1a) Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 AHVG obligatorisch versichert gewesen wären. Da die Beschwerdeführerin und ihre Eltern in Italien leben, also in einem Mitgliedstaat der EU, war bzw. ist auch ein Beitritt zur freiwilligen Versicherung ausgeschlossen (vgl. zum Ganzen E. 3.1 ff. hiavor).

Damit steht fest, dass die Beschwerdeführerin seit dem 21. Dezember 2002 die versicherungsmässigen Voraussetzungen für einen Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung nicht (mehr) erfüllt, so dass die IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ durchaus zu Recht in ihrer Verfügung vom 17. November 2008 auf die Verfügung vom 10. Dezember 2004 zurückgekommen ist. In dieser Beziehung erweist sich diese Verfügung keineswegs als zweifellos unrichtig.

**4.3.3.2** Der Entscheid über die Vornahme einer Wiedererwägung liegt im pflichtgemässen Ermessen des Versicherungsträgers (vgl. BGE 133 V 50 E. 4.1). Angesichts des Umstandes, dass zum einen die mit Verfügung der IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ vom 25. Oktober 2002 zugesprochenen Pflegebeiträge ohnehin gestützt auf Bst. a der Schlussbestimmungen der Änderung des IVG vom 21. März 2003 (4. IV-Revision) mit Verfügung vom 10. Dezember 2004 per 1. Januar 2004 durch die Hilflosenentschädigung abgelöst worden sind und mithin ab 2004 nicht mehr ausbezahlt bzw. im ersten Jahr mit der zugesprochenen Hilflosenentschädigung verrechnet wurden, und dass zum andern die Beschwerdeführerin bei Erlass der Verfügung vom 25. Oktober 2002 noch in der Schweiz Wohnsitz hatte, diese Verfügung also keineswegs ursprünglich fehlerhaft war und daher einer Wiedererwägung nicht offen stand, ist nicht zu beanstanden, wenn die IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ in Ausübung ihres Ermessens auf einen Widerruf der Verfügung vom 25. Oktober 2002 verzichtet hat. Dieses Vorgehen ist jedenfalls nicht als zweifellos unrichtig zu qualifizieren.

**4.3.3.3** Vorbehältlich spezialgesetzlicher Vorschriften liegt es grundsätzlich auch im Ermessen des Versicherungsträgers die zeitliche Wirkung einer Wiedererwägung festzulegen, also festzulegen, ob die ursprünglich unrichtige Verfügung *ex tunc*, *ex nunc* oder *pro futuro* aufgehoben bzw. angepasst werden soll (vgl. hierzu BGE 110 V 291 ff. sowie KIESER, ATSG, Rz. 39 f.). Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist aber hinsichtlich der zeitlichen Wirkung einer wiedererwägungsweisen Anpassung bzw. Aufhebung von Leistungen der IV mit Blick auf die spezialgesetzlichen Bestimmungen des IVG und

AHVG jeweils von Amtes wegen zwischen AHV-analogen Gesichtspunkten – wie etwa dem Wohnsitz und der Versicherteneigenschaft – und IV-spezifischen Gegebenheiten – insbesondere die für den Invaliditätsgradbestimmung relevanten Tatsachen – zu differenzieren. Sofern bei Erlass der ursprünglichen Verfügung ein AHV-spezifischer Gesichtspunkt falsch beurteilt wurde, besteht daher für die Verwaltung in zeitlicher Hinsicht kein Ermessensspielraum und hat sie zugesprochene Leistungen der IV wiedererwägungsweise rückwirkend bzw. *ex tunc* anzupassen bzw. aufzuheben (vgl. zum Ganzen Urteile des Bundesgerichts 9C\_216/2007 vom 1. Oktober 2007 E. 2, BGE 119 V 431 E. 2, BGE 110 V 298 E. 2, je mit Hinweisen).

**4.3.3.4** Mangels eines Wohnsitzes oder dauernden Aufenthalts in der Schweiz sowie angesichts des Umstandes, dass weder sie noch ihre Eltern der freiwilligen Versicherung angehörten, erfüllte die Beschwerdeführerin ohne Zweifel bei Erlass der Verfügung vom 10. Dezember 2004 die gesetzlichen, versicherungsmässigen Voraussetzungen für die Zusprache einer Hilflosenentschädigung (samt Intensivpflegezuschlag) nicht. Bei diesen Voraussetzungen handelt es sich um AHV-analoge Gesichtspunkte der Leistungszusprache, so dass bei richtiger Anwendung der massgebenden Normen und der von der Rechtsprechung dazu entwickelten Grundsätze eine rückwirkende Aufhebung der Leistungen erforderlich gewesen wäre. Die IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ hat ihrer Verfügung vom 17. November 2008 die Hilflosenentschädigung (samt Intensivpflegezuschlag) zu Unrecht nicht rückwirkend, sondern *ex nunc et pro futuro* aufgehoben. Die Verfügung erweist sich in dieser Hinsicht als zweifellos unrichtig.

**4.3.3.5** Die Berichtigung der – bezüglich der zeitlichen Wirkung der Aufhebung des Leistungsanspruchs zweifellos unrichtigen – Verfügung der IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ vom 17. November 2008 ist durchaus von erheblicher materiell-rechtlicher Bedeutung, stellt sie doch die unabdingbare Voraussetzung für die Prüfung der Frage dar, ob und allenfalls in welchem Umfang die bereits geleisteten IV-Leistungen rückgefordert werden können.

**4.3.4.** Damit steht als Zwischenergebnis fest, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zu Recht die Verfügung der IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ vom 17. November 2008 wiedererwägungsweise aufgehoben hat.

**5.**

Zu prüfen bleibt, ob die in der angefochtenen Verfügung getroffenen weiteren Anordnungen rechtens sind, ob also die Vorinstanz zu Recht die *rückwirkende Aufhebung* der mit Verfügungen der IV-Stelle H. \_\_\_\_\_ vom 25. Oktober 2002 und 10. Dezember 2004 zugesprochenen Leistungen, also der Pflegebeiträge bzw. Hilflosenentschädigung (samt Intensivpflegezuschlag), ab dem 21. Dezember 2002 angeordnet hat.

**5.1.** Wie bereits dargestellt wurde (E. 4.3.3.4 hiervor), war die Zusprache einer Hilflosenentschädigung (samt Intensivpflegezuschlag) mit Verfügung vom 10. Dezember 2004 zweifellos unrichtig, so dass deren wiedererwägungsweise Aufhebung in der angefochtenen Verfügung nicht zu beanstanden ist. Zu Recht hat die Vorinstanz auch die von der IV-Stelle H. \_\_\_\_\_ fälschlicherweise nur ex nunc et pro futuro angeordnete Aufhebung des Leistungsanspruchs korrigiert und den Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung (samt Intensivpflegezuschlag) rückwirkend – seit dessen Entstehen im Januar 2004 – aufgehoben (vgl. E. 3.2 hiervor). In dieser Beziehung ist die angefochtene Verfügung nicht zu beanstanden.

**5.2.** Über die – zu Recht widerrufenen – Verfügung der IV-Stelle H. \_\_\_\_\_ vom 17. November 2008 hinausgehend hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung erstmals auch die *Verfügung vom 25. Oktober 2002* überprüft und sinngemäss insoweit aufgehoben, als damit ein Anspruch auf Pflegebeiträge ab dem 21. Dezember 2002 begründet worden war.

**5.2.1.** Wie bereits dargestellt wurde, hatte die Beschwerdeführerin bis zum 20. Dezember 2002 ihren Wohnsitz in der Schweiz und war damit versichert. Sie hatte bis zu diesem Zeitpunkt – da die weiteren Leistungsvoraussetzungen ebenfalls gegeben waren – Anspruch auf Pflegebeiträge. Am 25. Oktober 2002 hat daher die IV-Stelle H. \_\_\_\_\_ der Beschwerdeführerin durchaus zu Recht Pflegebeiträge zugesprochen. Diese Leistungen wurden erst mit der Aufgabe des Wohnsitzes in der Schweiz bzw. mit dem Wegfall der Versicherteneigenschaft am 21. Dezember 2002 rechtswidrig.

**5.2.2.** Die Verfügung vom 25. Oktober 2002 erweist sich damit als *nachträglich* – und nicht etwa ursprünglich – unrichtig. Die Anpassung bzw. Aufhebung von nachträglich infolge einer Veränderung des leistungsbegründenden Sachverhaltes fehlerhaft gewordenen Verfügungen hat auf dem Wege der Revision gemäss Art. 17 ATSG zu

erfolgen (vgl. E. 5.3 hiernach), wobei vorliegend Abs. 2 dieser Bestimmung anwendbar ist, handelte es sich doch bei Pflegebeiträgen gemäss Art. 20 IVG (in der Fassung vom 5. Oktober 1967) nicht um Renten, sondern um Eingliederungsmassnahmen in Form von Dauerleistungen (vgl. Art. 8 Abs. 1 und 3 Bst. c IVG, in der Fassung vom 5. Oktober 1967).

Nicht möglich ist der Widerruf (Art. 53 Abs. 2 ATSG) einer nachträglich unrichtig gewordenen, formell-rechtskräftigen Verfügung, setzte dieser doch eine fehlerhafte Rechtsanwendung *bei Erlass der Verfügung* – allenfalls infolge ursprünglich unrichtiger Sachverhaltsfeststellung – voraus (vgl. KIESER, ATSG, N. 4 und 26 ff. zu Art. 53, dazu auch E. 4.3 hiervor). Ebenso ist die prozessuale Revision (Art. 53 Abs. 1 ATSG) einer derartigen Verfügung ausgeschlossen, dient diese doch der nachträglichen Berücksichtigung von erheblichen (neuen) Tatsachen, die bereits bei Erlass der Verfügung gegeben aber noch nicht bekannt waren, oder aber von Beweismitteln, die bereits bei Erlass der Verfügung bestanden aber noch nicht beigebracht werden konnten bzw. die aus der Zeit nach dem Erlass der formell rechtskräftigen Verfügung datieren, aber sich auf eine Tatsache beziehen, die eine Grundlage dieser Verfügung bildete (vgl. hierzu BGE 127 V 353 E. 5b und BGE 122 V 270 E. 4, je mit Hinweisen; KIESER, ATSG, Rz. 12 ff. zu Art. 53; vgl. zum Ganzen KIESER, ATSG, N. 9 ff. zu Art. 53; ULRICH MEYER, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, 2. Aufl., Zürich 2010, S. 386). Beide Institute dienen damit der Korrektur ursprünglich unrichtiger Verfügungen und sind bezüglich der Aufhebung der ursprünglich richtigen Verfügung vom 25. Oktober 2002 nicht anwendbar.

**5.2.3.** Die Vorinstanz hat damit die teilweise Aufhebung des durch die Verfügung vom 25. Oktober 2002 begründeten Anspruchs auf Pflegebeiträge zu Unrecht auf Art. 53 Abs. 2 ATSG gestützt. Es bleibt zu prüfen, ob diese teilweise Aufhebung allenfalls aufgrund der Vorschriften über die (Leistungs-)Revision gemäss Art. 17 Abs. 2 ATSG erfolgen kann. Da die IV-Stellen bei Bekanntwerden von Tatsachen, welche eine erhebliche Änderung von Leistungsansprüchen als möglich erscheinen lassen, eine Revision durchzuführen haben, ihnen in dieser Beziehung also kein Ermessen zusteht, kann das Bundesverwaltungsgericht diese Prüfung im Rahmen einer substituierten Begründung vornehmen (vgl. zum Verbot des Eingriffs in den Ermessensspielraum der Verwaltung durch Motivsubstitution MEYER, a.a.O., S. 386 f.).

**5.3.** Anlass zur Revision gibt nach der Rechtsprechung jede wesentliche Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen, die geeignet ist, den Leistungsanspruch zu beeinflussen (vgl. betr. IV-Renten BGE 125 V 368 E. 2). Dabei sind im Bereiche der IV die Regeln zur Rentenrevision auch auf andere Dauerleistungen, insbesondere auf Pflegebeiträge, grundsätzlich analog anzuwenden (vgl. BGE 113 V 17 E. 1c; ULRICH MEYER-BLASER, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, 1. Aufl., Zürich 1997, S. 153 und 268; MEYER, a.a.O., S. 404).

**5.3.1.** Vorliegend ist es offensichtlich, dass der Wegfall des Schweizer Wohnsitzes der Beschwerdeführerin eine wesentliche Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen darstellt, die wesentlichen Einfluss auf deren Anspruch auf Pflegebeiträge hat. Damit liegt ein Revisionsgrund vor und eine Anpassung der Verfügung vom 25. Oktober 2002 ist grundsätzlich möglich. Zu prüfen bleibt, ob die Vorinstanz den Anspruch auf Pflegeleistungen zu Recht rückwirkend auf den 21. Dezember 2002 (Wohnsitzwechsel nach Italien) angeordnet hat.

**5.3.2.** In zeitlicher Hinsicht bestimmt sich die Wirkung der Revision nach Art. 88<sup>bis</sup> Abs. 2 IVV. Danach erfolgt die revisionsweise Herabsetzung oder Aufhebung von Leistungen *pro futuro* frühestens vom ersten Tag des zweiten der Zustellung der Verfügung folgenden Monats an (Bst. a), es sei denn, die unrichtige Ausrichtung einer Leistung sei darauf zurückzuführen, dass der Bezüger sie unrechtmässig erwirkt hat oder der ihm gemäss Art. 77 IVV zumutbaren Meldepflicht nicht nachgekommen ist: In diesem Fall erfolgt die Herabsetzung oder Aufhebung *ex tunc*, rückwirkend vom Eintritt der für den Anspruch erheblichen Änderung an (Bst. b).

**5.3.3.** Rechtskräftig zugesprochene Dauerleistungen der IV sind zwar der revisionsweisen Abänderung zugänglich; der Leistungsempfänger soll jedoch, wenn er sich pflichtgemäss verhalten hat, darauf vertrauen können, dass eine Aufhebung oder Herabsetzung nicht rückwirkend, sondern nur für die Zukunft erfolgt (vgl. BGE 133 V 67 E. 4.3.5, ZAK 1986 S. 636 E. 2a). Eine Pflichtwidrigkeit stellt nach Art. 88<sup>bis</sup> Abs. 2 Bst. b IVV insbesondere die Verletzung einer Meldepflicht dar, wobei auch ein bloss leicht schuldhaftes, fahrlässiges Verhalten genügt (vgl. MEYER, a.a.O., S. 407 mit Hinweisen).

Zu melden sind gemäss Art. 77 IVV alle Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen, die für das Fortbestehen des Leistungsanspruchs

wesentlich sind, insbesondere auch der für die Bestimmung der Leistung massgebende Aufenthalts- bzw. Wohnort. Die Meldung an den Versicherungsträger muss unverzüglich nach Eintritt der Änderung zu erfolgen. Wird die Mitteilung unterlassen, "so ist und bleibt die diesbezügliche Pflicht verletzt, woran auch der Umstand nichts mehr zu ändern vermag, dass die Verwaltung von der fraglichen Änderung im Nachhinein doch noch Kenntnis erhielt" (BGE 118 V 214 E. 2b). Unbeachtlich ist im Zusammenhang mit einer Aufhebung des Leistungsanspruchs auch, ob die unrechtmässigen Leistungen trotz Bekanntwerden einer relevanten Änderung uneingeschränkt weiter ausgerichtet wurden, sind doch die Fragen nach der Gutgläubigkeit des Leistungsempfangers und nach der Kausalität zwischen dem zu sanktionierenden Verhalten (Meldepflichtverletzung) und dem eingetretenen Schaden (unrechtmässiger Bezug von Versicherungsleistungen) erst im Rahmen des vorliegend noch ausstehenden Rückforderungsverfahrens zu beantworten (vgl. BGE 119 V 431 E. 4a, BGE 118 V 214 E. 2b).

**5.4.** Aus den Akten ergibt sich, dass der Vater der Beschwerdeführerin am 1. Mai 2002 der Vorinstanz mitgeteilt hat, die Familie beabsichtige, den Wohnsitz nach Italien, nahe der Schweizergrenze, zu verlegen. Zugleich bat er die Vorinstanz schriftlich zu bestätigen, dass die medizinischen und therapeutischen Massnahmen auch mit Wohnsitz in Italien weiterhin von der IV übernommen werden (act. 24). In ihrem Antwortbrief vom 24. Mai 2002 hielt die Vorinstanz im Wesentlichen fest, neue Eingliederungsmassnahmen könnten nach Ausreise aus der Schweiz nicht mehr gewährt werden. Zudem forderte sie den Vater der Beschwerdeführerin auf, rechtzeitig die neue Wohnadresse in Italien mitzuteilen (act. 25). Im Beschwerdeverfahren macht die Beschwerdeführerin nicht mehr geltend, diesen Antwortbrief nicht erhalten zu haben (vgl. allerdings act. 48).

Nachdem die IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ der Beschwerdeführerin am 25. Oktober 2002 Pflegebeiträge für die Zeit vom 1. Dezember 2002 bis zum 31. Dezember 2005 zugesprochen hatte, verlegte die Familie und damit auch die Beschwerdeführerin am 21. Dezember 2002 ihren Wohnsitz nach Italien. Bereits am 17. Dezember 2002 hatte der Vater der Beschwerdeführerin der IV (wohl IV-Stelle H.\_\_\_\_\_) ein Adressänderungsformular zukommen lassen, in welchem er als Ersatz für die bisherige Wohnadresse in M.\_\_\_\_\_ eine Postfachadresse in

N.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_, und zudem eine neue Mobiltelefonnummer angab (vgl. act. 32.2).

Am 13. Januar 2003 erteilte die IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ Frau S.\_\_\_\_\_ den Auftrag, die im Zusammenhang mit der Hauspflege des Beschwerdeführerin notwendigen Abklärungen "an Ort und Stelle" durchzuführen, da diese revidiert werden müsse. Als Adresse der Beschwerdeführerin wurde die Postfachadresse in N.\_\_\_\_\_ angegeben (vgl. act. 32). In Ihrem Bericht vom 14. März 2003 über die Hauspflegeabklärung vom 7. März 2003 hielt Frau S.\_\_\_\_\_ fest, die Eltern der Beschwerdeführerin lebten seit Januar 2003 in O.\_\_\_\_\_, Italien. Sie gab die genaue Adresse samt Telefon- und (bereits bekannter) Mobiltelefonnummer an (vgl. act. 33).

In der Folge führte die Vorinstanz aber keine Leistungsrevision durch, sondern richtete weiterhin Pflegebeiträge aus, bis diese ab dem 1. Januar 2004 durch die Hilflosenentschädigung abgelöst wurden.

**5.4.1.** Ohne Zweifel stellte der Wohnsitzwechsel von der Schweiz nach Italien eine für den Anspruch auf Pflegeleistungen wesentliche Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen dar, die von der Beschwerdeführerin bzw. ihren gesetzlichen Vertretern unverzüglich nach dem Wegzug aus der Schweiz zu melden gewesen wäre. Die blosser Mitteilung der Aufgabe des bisherigen Wohnsitzes unter Angabe einer Postfachadresse in der Schweiz und einer Schweizer Mobiltelefonnummer vermochte die Meldung der Wohnsitznahme in Italien in keiner Weise zu ersetzen. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob der Vater der Beschwerdeführerin den Antwortbrief der Vorinstanz vom 24. Mai 2002, in welchem dieser ausdrücklich aufgefordert worden ist, die künftige Wohnadresse rechtzeitig der IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ zu melden, tatsächlich erhalten hat, ergibt sich die Meldepflicht doch unmittelbar aus Art. 77 IVV. Der Vater der Beschwerdeführerin war sich offenbar der IV-rechtlichen Relevanz einer Wohnsitzverlegung nach Italien durchaus bewusst, ansonsten er sich nicht mit Schreiben vom 1. Mai 2002 an die Vorinstanz gewandt hätte. Im Umstand, dass die Beschwerdeführerin bzw. ihre gesetzlichen Vertreter es unterlassen haben, der IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ unverzüglich ihren neuen Wohnsitz in Italien mitzuteilen, liegt eine schuldhaft Verletzung der Meldepflicht.

**5.4.2.** Hieran vermag nichts zu ändern, dass Frau S.\_\_\_\_\_, die im Auftrag der IV handelte, offenbar den neuen Wohnsitz in Italien anfangs

2003 hat ausfindig machen können und am 7. März 2003 dort ihre Abklärungen vorgenommen hat. Zum einen muss die Bekanntgabe des neuen Wohnsitzes unter diesen Umständen als verspätet gelten, zum andern vermag die nachträgliche Kenntnisnahme des Wohnsitzwechsels durch Frau S.\_\_\_\_\_ bzw. die IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ die vorangehende Verletzung der Meldepflicht nicht zu heilen. Ebenso ist es im vorliegenden Verfahren für die Beurteilung der Verletzung der Meldepflicht ohne Bedeutung, dass die IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ trotz Kenntnis des Wohnsitzes der Beschwerdeführerin in Italien kein Revisionsverfahren durchgeführt und die Pflegebeiträge weiterhin ausgerichtet, ja anschliessend sogar in eine Hilflosenentschädigung überführt hat. Die sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen nach der Kausalität der Meldepflichtverletzung für die unrechtmässige Leistungsausrichtung sowie nach der Gutgläubigkeit beim Leistungsempfang werden – wie auch die Frage nach der Verjährung – im Rahmen des Rückforderungs- bzw. Erlassverfahrens zu prüfen sein.

**5.5.** Damit steht fest, dass die mit Verfügung vom 25. Oktober 2002 gesprochenen Pflegebeiträge rückwirkend auf den 21. Dezember 2002 revisionsweise aufzuheben sind.

**6.**

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Vorinstanz die der Beschwerdeführerin von der IV-Stelle H.\_\_\_\_\_ gewährten Ansprüche auf Pflegeleistungen und Hilflosenentschädigung (inkl. Intensivpflegezuschlag) zu Recht rückwirkend per 21. Dezember 2002 aufgehoben hat. Die angefochtene Verfügung erweist im Ergebnis als rechters und die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten und sie nicht als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist.

**7.**

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

**7.1.** Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin grundsätzlich die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Im vorliegenden Verfahren hat sie aber ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Erlass der Verfahrenskosten) gestellt, über das noch zu entscheiden ist.

**7.2.** Gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG kann eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und deren Begehren nicht als aussichtslos

erscheint, auf Antrag von der Bezahlung der Verfahrenskosten befreit werden.

**7.2.1.** Eine Person ist bedürftig, wenn sie nicht in der Lage ist, für die Verfahrenskosten aufzukommen, ohne dass sie Mittel beanspruchen müsste, die zur Deckung des Grundbedarfs für sie und ihre Familie notwendig sind (BGE 127 I 202 E. 3b). Aufgrund der von ihr im vorliegenden Verfahren eingereichten Unterlagen ist die Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin bzw. ihrer gesetzlichen Vertreter ausgewiesen, und es ist davon auszugehen, dass sie ohne Beeinträchtigung des für sie nötigen Unterhalts nicht in der Lage ist, die Verfahrenskosten zu bestreiten.

Aussichtslos sind Prozessbegehren, sofern die Gewinnaussichten (*ex ante* betrachtet; BGE 124 I 304 E. 2c, 122 I 5 E. 4a) beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zur Einlegung des Rechtsmittel entschliessen oder aber davon absehen würde, soll doch eine Partei einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 129 I 129 E. 2.3.1 mit Hinweis). Die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin konnten vor diesem Hintergrund nicht als aussichtslos bezeichnet werden, weshalb in Gutheissung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten ist.

**7.3.** Weder die unterliegende Beschwerdeführerin noch die obsiegende Vorinstanz haben Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und 3 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde vom 12. Februar 2009 wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann und sie nicht als gegenstandlos geworden abzuschreiben ist.

**2.**

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen und es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**3.**

Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Stefan Mesmer

Marc Wälti

**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 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: