



## **Urteil vom 16. August 2007**

Mitwirkung:           Vorsitzender Richter: Eduard Achermann  
                              Richterin: Elena Avenati-Carpani  
                              Richter: Francesco Parrino  
                              Gerichtsschreiber: Daniel Stufetti

**Z.**\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Ueli Kieser, Ulrichstrasse 14, 8032 Zürich,  
Beschwerdeführer,

**gegen**

**Schweizerische Ausgleichskasse (SAK)**, avenue Edmond-Vaucher 18,  
Postfach 3100, 1211 Genf 2,  
Vorinstanz,

betreffend

**Ausschluss aus der freiwilligen AHV.**

### Sachverhalt:

- A. Gemäss Verfügung der Schweizerischen Ausgleichskasse (im Folgenden SAK) vom 5. Juli 1996 wurde Z. \_\_\_\_\_ per 1. Mai 1996 in die freiwillige AHV aufgenommen.

Nach Abklärungen über das Einkommen des selbständig erwerbstätigen Z. \_\_\_\_\_ erliess die für die Bahamas zuständige Ausgleichskasse der Schweizerischen Botschaft in Ottawa (im Folgenden der zuständige AHV-IV-Dienst) am 8. Oktober 1996 eine erste Beitragsverfügung für die Jahre 1996 und 1997 mit Beiträgen von Fr. 4'416.- (pro 1996) bzw. Fr. 6'624.- (pro 1997), je basierend auf einem Jahreseinkommen von umgerechnet Fr. 72'000.-.

In der Folge kam es zu Diskussionen über den Nachweis des für die Festsetzung der Beiträge angegebenen Jahreseinkommens. Am 28. Juli 1997 teilte der zuständige AHV-IV-Dienst Z. \_\_\_\_\_ mit, dass das Einkommen von 60'000 US-Dollars für die Periode 1996/1997 trotz ungenügendem Nachweis noch akzeptiert werde, für die Periode 1998/1999 jedoch eine amtliche Veranlagung vorgenommen werden müsse, wenn der entsprechende Nachweis (Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben) nicht geliefert werde.

Am 14. September 1998 wurden die Beiträge per 1998/1999 aufgrund einer amtlichen Veranlagung, welche zu einem Jahreseinkommen von Fr. 93'600.- führte, auf Fr. 8'611.20 festgesetzt.

In der Folge wurden die für die freiwillige AHV geschuldeten Beiträge - teils nach Mahnungen - von Z. \_\_\_\_\_ bezahlt.

Im Laufe des Jahres 2000 verlangte der zuständige AHV-IV-Dienst von Z. \_\_\_\_\_ im Hinblick auf die Beitragsperiode 2000/2001 eine neue Einkommens- und Vermögenserklärung. Dieses Verfahren führte zur Beitragsverfügung vom 20. Oktober 2000, mit welcher die Beiträge für diese Jahre auf je Fr. 11'187.20 bei einem beitragspflichtigen Einkommen von Fr. 121'600.- festgesetzt wurden. Gegen diese Verfügung erhob Z. \_\_\_\_\_ am 10. April 2001 per Fax Beschwerde beim zuständigen AHV-IV-Dienst, welcher diese an die Eidgenössische Rekurskommission der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung für die im Ausland wohnenden Personen weiterleitete, und machte geltend, sein Einkommen liege unter Fr. 100'000.-. Diese Eingabe bestätigte er mit Eingaben vom 1. Mai 2001 und 28. Mai 2001. In seiner Fax-Beschwerde bat er darum, Zustellungen direkt an die Firma Z. \_\_\_\_\_ zu richten ([Adresse Z]; vgl. act. 87).

Im Laufe des Beschwerdeverfahrens erliess die Schweizerische Ausgleichskasse (als Beilage zu ihrer Duplik) am 9. Oktober 2001 eine neue Verfügung und setzte die Beiträge für das Jahr 2000 auf Fr. 8'675.-, für das Jahr 2001 auf Fr. 9'518.65 fest, je aufgrund eines durchschnittlichen Jahreseinkommen von Fr. 94'300.-. Daraufhin zog Z. \_\_\_\_\_ seine Beschwerde zurück, und die Eidgenössische

Rekurskommission der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung für die im Ausland wohnenden Personen schrieb das Beschwerdeverfahren am 8. Januar 2002 als erledigt ab.

Hinsichtlich der folgenden Beitragsperiode (2002/2003) setzte der zuständige AHV-IV-Dienst die Beiträge aufgrund der eingereichten Deklaration mit einem durchschnittlichen Jahreseinkommen von Fr. 97'500.- je auf Fr. 9'841.65 fest.

Als ein an die bis anhin verwendete Adresse "c/o Z.\_\_\_\_\_ nicht zugestellt werden konnte, wurde vorerst die Adresse mit "(.....)" ergänzt und "(.....)" gestrichen (vgl. act. 89 u. 92; recte [Postleitzahl von Z], vgl. act. 103).

In der Folge wurde dem AHV-IV-Dienst offenbar eine neue Adresse bekannt gegeben, wobei das entsprechende Dokument den Akten allerdings nicht zu entnehmen ist. Der AHV-IV-Dienst verwendete daraufhin folgende Adresse: (Adresse 1 mit Postleitzahl 1) (vgl. act. 115-118).

Hinsichtlich der Beitragsperiode 2004/2005 setzte der zuständige AHV-IV-Dienst die Beiträge aufgrund der eingereichten Deklaration mit einem durchschnittlichen Jahreseinkommen von Fr. 107'500.- je auf Fr. 10'851.05 fest.

- B. Am 12. Januar 2005 teilte die Schweizerische Ausgleichskasse in Genf Z.\_\_\_\_\_ per Adresse "(Adresse 2 mit Postleitzahl 1)" im Sinne einer ersten Mahnung mit, dass per 30. September 2004 ein Betrag von Fr. 8'138.25 ausstehend sei (act. 119).

Mit Einschreibebrief vom 15. April 2005 (Versandstempel 3. Mai 2005) schickte die Schweizerische Ausgleichskasse in Genf Z.\_\_\_\_\_ wiederum per Adresse "(Adresse 2 mit Postleitzahl 1)" die zweite Mahnung, welche die Androhung des Ausschlusses aus der freiwilligen Versicherung enthielt (act. 120).

- C. Am 9. Mai 2006 teilte der zuständige AHV/IV-Dienst Z.\_\_\_\_\_, nunmehr per Adresse "(Adresse 3 mit Postleitzahl 1)" mit, dass die Einkommens- und Vermögenserklärung (wohl per 2006/2007) noch nicht eingereicht worden sei und die Beiträge nach Ermessen festgesetzt würden, wenn die Unterlagen nicht innert 30 Tagen nach Erhalt dieses Schreibens eingereicht würden (act. 121).

- D. Am 19. September 2006 setzte der zuständige AHV-IV-Dienst die Beiträge, aufgrund einer Ermessenseinschätzung von einem durchschnittlichen Jahreseinkommen von Fr. 139'700.- ausgehend, je auf Fr. 14'101.30 fest (act. 122).

- E. Mit Verfügung vom 15. Januar 2007 schloss die Schweizerische Ausgleichskasse Z.\_\_\_\_\_ aus der freiwilligen Versicherung aus, weil er trotz zweimaliger Mahnung der Verpflichtung, die Jahresbeiträge bis zum 31. Dezember des folgenden Jahres vollständig zu bezahlen, nicht nachgekommen sei (act. 123).

- F. Am 5. Februar 2007 erhob Z.\_\_\_\_\_ Einsprache gegen die Verfügung der Schweizerischen Ausgleichskasse vom 15. Januar 2007 und machte geltend, die Mahnungen nicht erhalten zu haben und seinen AHV-Kontostand nicht zu kennen (act. 125).
- Mit Verfügung vom 26. Februar 2007 wies die Schweizerische Ausgleichskasse die Einsprache ab und legte das Ausschluss-Prozedere dar. Auf die Rüge des Einsprechers, er habe die zweite Mahnung nicht erhalten, wurde nicht eingegangen (act. 127).
- G. Gegen diese Verfügung erhob Z.\_\_\_\_\_ (im Folgenden Beschwerdeführer) am 19. März 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung (act. 1, BVGer).
- Der Beschwerdeführer machte erneut geltend, die beiden Mahnungen nicht erhalten zu haben. Erst die per Einschreiben versandte Ausschlussverfügung sei ihm zugestellt worden, worauf er sofort versucht habe, den Betrag der Ausstände zu erfahren (welcher der Ausschlussverfügung nicht zu entnehmen war). Als Grund für die Zustellprobleme sieht der Beschwerdeführer eine ungenaue Postleitzahl (recte [Postleitzahl 2] statt [Postleitzahl 1]). Zudem enthalte die Adresse "(Adresse 3)" 16 Wohneinheiten, so dass sich auch dadurch falsche Zustellungen ergeben könnten.
- H. Mit Vernehmlassung vom 18. April 2007 beantragte die Schweizerische Ausgleichskasse die Abweisung der Beschwerde (act. 3, BVGer). Hinsichtlich der Zustellung der Mahnungen machte sie geltend, der AHV/IV-Dienst in Montreal habe ihr die neue Adresse des Beschwerdeführers am 23. November 2004 gemeldet, doch sei nicht erkennbar, woher die Meldung stamme. Es stimme zwar, dass die Postleitzahl nicht richtig angegeben worden sei, doch habe dies – wie vom Beschwerdeführer anerkannt – die Zustellung der Verfügung vom 15. Januar 2007 nicht beeinträchtigt.
- I. Mit Replik vom 18. Juni 2007 hielt der Beschwerdeführer an den gestellten Anträgen fest (act. 5, BVGer). Die SAK sei dafür beweispflichtig, dass dem Beschwerdeführer die beiden Mahnungen zugestellt worden seien, und dieser Beweis sei hier nicht erbracht. Es sei nur anerkannt worden, dass ein falsch adressierter Einschreibebrief den Beschwerdeführer erreicht habe, nicht dagegen auch die beiden Mahnungen.
- J. In ihrer Duplik vom 31. Juli 2007 beantragte die SAK weiterhin die Abweisung der Beschwerde und verwies auf die Schwierigkeiten, nachträglich den Nachweis der Zustellung zu erbringen (act. 7, BVGer).
- K. Das Bundesverwaltungsgericht hat den Parteien bereits am 23. März 2007 die Zusammensetzung des Spruchkörpers bekannt gegeben. Ausstandsbegehren wurden nicht gestellt.

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

1.
  - 1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) in Verbindung mit Art. 33 lit. d VGG und Art. 85<sup>bis</sup> Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (AHVG, SR 831.10) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden von Personen im Ausland gegen Verfügungen der Schweizerischen Ausgleichskasse. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor.
  - 1.2 Am 1. Januar 2003 ist das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG, SR 830.1) in Kraft getreten. Nach der Rechtsprechung sind neue Verfahrensvorschriften grundsätzlich mit dem Tage des Inkrafttretens sofort und in vollem Umfange anwendbar, es sei denn, das neue Recht kenne anders lautende Übergangsbestimmungen (BGE 114 V 325 Erw. 3e; SVR 1995 MV Nr. 4 Erw. 2), was hier nicht der Fall ist. Das ATSG ist daher auf das vorliegende, nach Erlass des Einspracheentscheids vom 26. Februar 2006 in Gang gesetzte Verfahren anwendbar (vgl. Art. 1 Abs. 1 AHVG).
  - 1.3 Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen; er ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Anfechtung; er ist daher zur Beschwerde berechtigt (Art. 59 ATSG; entsprechend auch Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021], bei dessen Übernahme in das ATSG keine inhaltliche Änderung beabsichtigt war).
  - 1.4 Da die Beschwerde im Übrigen form- und fristgerecht eingereicht wurde (Art. 60 ATSG und Art. 52 VwVG), ist auf die Beschwerde einzutreten.
2. Vorliegend ist vom Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob die Schweizerische Ausgleichskasse den Beschwerdeführer zu Recht aus der freiwilligen Versicherung ausgeschlossen hat. Strittig ist in erster Linie die Frage, ob der Beschwerdeführer vor dem Ausschluss wie vorgeschrieben (s. im Folgenden, Ziff. 2.1 – 2.4) ordnungsgemäss gemahnt wurde.
  - 2.1 Gemäss Art. 2 Abs. 3 AHVG werden Versicherte, welche die nötigen Auskünfte nicht erteilen oder oder ihre Beiträge nicht fristgerecht bezahlen, aus der freiwilligen Versicherung ausgeschlossen.  
 Art. 13 der Verordnung vom 26. Mai 1961 über die freiwillige Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (VFV, SR 831.111), welche der Bundesrat gestützt auf Art. 2 Abs. 6 AHVG erlassen hat, regelt den Ausschluss aus der freiwilligen Versicherung. Versicherte werden demnach aus der freiwilligen Versicherung ausgeschlossen, wenn sie einen Jahresbeitrag nicht bis zum 31. Dezember des folgenden Kalenderjahres vollständig bezahlt haben (Abs. 1).

Vor Ablauf dieser Frist stellt die Ausgleichskasse dem Versicherten unter Androhung des Ausschlusses eine eingeschriebene Mahnung zu; diese Androhung kann mit der zweiten Mahnung gemäss Art. 17 Abs. 2 Satz 2 VFV erfolgen, das heisst mit der letzten Zahlungsaufforderung (Art. 13 Abs. 2 VFV).

- 2.2 Nach der Rechtsprechung des EVG (vgl. BGE 117 V 103 f Erw. 2 c, bestätigt mit Urteil vom 28. April 2005 i. S. P. V. S. [H 224/04]), stellt der Ausschluss aus der freiwilligen Versicherung einen äusserst schwerwiegenden Eingriff in die Rechtsstellung des Betroffenen dar. Der vom Ausschluss bedrohte Versicherte muss daher genau wissen, welchen Betrag er zu bezahlen hat und bis zu welchem Datum dieser bei der SAK einzugehen hat, damit er den Ausschluss abwenden kann. Aus diesem Grund wurde in Art. 13 Abs. 2 VFV festgelegt, dass eine Mahnung vor Ablauf der in Art. 13 Abs. 1 VFV vorgesehenen Frist ergehen muss (Urteil des EVG vom 28. April 2005 i. Sa. P. V. S., Erw. 4.3 [H 224/04]).
- 2.3 Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht (Art. 43 ATSG). Danach hat die Verwaltung und im Beschwerdefall der Richter von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen (s. auch Art. 12 VwVG) und über die rechtserheblichen Tatsachenbehauptungen gegebenenfalls selbst Beweis zu erheben.

Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (vgl. Art. 43 ATSG sowie Art. 13 VwVG; BGE 125 V 195 Erw. 2, 122 V 158 Erw. 1a).

Art. 5 VFV konkretisiert diesen Mitwirkungsgrundsatz für die freiwillige Versicherung: Freiwillig Versicherte sind demnach gehalten, der Auslandsvertretung, dem AHV/IV-Dienst, der Ausgleichskasse und der IV-Stelle für Versicherte im Ausland alle zur Durchführung der freiwilligen Versicherung benötigten Angaben zu machen und auf Verlangen deren Richtigkeit zu belegen.

- 2.4 Die Parteien tragen im Sozialversicherungsverfahren in der Regel eine objektive Beweislast nur, aber immerhin insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableitet.

Diese Beweisregel greift Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGE 117 V 264 Erw. 3b, 115 V 142 Erw. 8a).

### 3.

- 3.1 Den Akten ist zu entnehmen, dass als letzte "gemeldete" Adresse "(Adresse 1 mit Postleitzahl 1)" vermerkt ist (vgl. act. 115-118). Wie auch die Vorinstanz bemerkt, ist nach den Akten nicht feststellbar, woher diese

Adresse stammt. Unbestritten ist allerdings, dass die in der Folge verwendete Postleitzahl unzutreffend ist und richtigerweise "(Postleitzahl 2)" lautet. Aktenkundig ist zudem, dass die in der Folge seitens des zuständigen AHV/IV-Dienstes und seitens der Schweizerischen Ausgleichskasse verwendeten Adressangaben unvollständig waren, so auch die erste Mahnung vom 12. Januar 2005 (act. 119) und die zweite Mahnung vom 15. April 2005 (act. 120).

3.2 Die Schweizerische Ausgleichskasse macht demgegenüber geltend, dass die gleich adressierte Ausschlussverfügung den Beschwerdeführer erreicht habe womit der Nachweis erbracht sei, dass der Erhalt von Zustellungen über die auch bei den zwei Mahnungen verwendeten Adressen gewährleistet sei.

3.3 Das Bundesverwaltungsgericht vermag dieser Argumentation aus zwei Gründen nicht zu folgen:

3.3.1 Dass eine ungenau adressierte Postsendung ihren Empfänger in einem Fall tatsächlich erreicht hat - oder auch in mehreren Fällen erreicht haben mag -, stellt keinen Nachweis des Erhalts einer so adressierten Postsendung dar. Dazu kommt, dass nicht feststeht, dass der Beschwerdeführer die Aufnahme der unpräzisen Adresse zu vertreten hat.

3.3.2 Entscheidend ist vorliegend, dass an die Nichtbeachtung der unter Androhung des Ausschlusses erfolgenden Mahnungen schwerwiegende Folgen geknüpft, weshalb auch an den Nachweis der ordnungsgemässen Zustellung der Mahnungen entsprechende Anforderungen zu stellen sind.

Die Zufälligkeit der Zustellung ungenau adressierter Sendungen reicht als Nachweis der Zustellung einer ungenau adressierten förmlichen Aufforderung nicht.

Der AHV-IV-Dienst kann sich den Nachweis der Zustellung eingeschriebener Sendungen durch Empfangsbescheinigungen sichern, was mit der Grund dafür ist, dass die unter Androhung des Ausschlusses erforderliche Mahnung mit eingeschriebenem Brief zu erfolgen hat.

4. Ist der Nachweis der Zustellung von zwei Mahnungen, davon eine eingeschrieben, nicht erbracht, fehlt eine der unabdingbar notwendigen Voraussetzungen für den Ausschluss des Beschwerdeführers aus der freiwilligen Versicherung.

Die Verfügung betreffend den Ausschluss aus dieser Versicherung und der entsprechende Einspracheentscheid sind daher aufzuheben, womit der Beschwerdeführer weiterhin der freiwilligen Versicherung angeschlossen ist. Damit hat er auch rechtzeitig alle rechtskräftig festgesetzten AHV/IV-Beiträge zu bezahlen, und die Vorinstanz hat die Begleichung seines Rückstandes anzunehmen.

Die Sache wird an die Schweizerische Ausgleichskasse zurückgewiesen, damit diese für den Beschwerdeführer eine Liste mit fälligen Beiträgen erstellt und ihn auffordert, die fälligen Beiträge innert einer kurzen Frist zu

bezahlen, verbunden mit der Androhung des unmittelbaren Ausschlusses, falls dieser Aufforderung nicht fristgerecht nachgekommen wird.

5. Der Beschwerdeführer hat sich – bis zur allfälligen Meldung einer neuen Adresse – nachgewiesene Zustellungen an die Adresse "(Adresse 1 mit Postleitzahl 2)" als rechtsgültig erfolgt anrechnen zu lassen, unbesehen davon, ob er sie auch tatsächlich (z.B. wegen Geschäftsreisen im Ausland) zur Kenntnis genommen hat.
6.
  - 6.1 Es werden keine Verfahrenskosten erhoben (Art. 85<sup>bis</sup> Abs. 2 AHVG).
  - 6.2 Dem obsiegenden Beschwerdeführer ist eine Parteienschädigung zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG), welche nach Ermessen auf Fr. 2'000.- festgesetzt wird (Art. 7 ff. des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2)).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Ausschlussverfügung vom 15. Januar 2007 und die Einspracheverfügung vom 26. Februar 2007 werden aufgehoben und die Sache zur weiteren Bearbeitung im Sinne der Erwägung 4 an die Schweizerische Ausgleichskasse zurückgewiesen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Dem Beschwerdeführer wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteienschädigung von Fr. 2'000.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zugesprochen.
4. Dieses Urteil wird eröffnet (Gerichtsurkunde):
  - dem Beschwerdeführer
  - der Vorinstanz (Ref-Nr. ....)
  - dem Bundesamt für Sozialversicherungen

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Eduard Achermann

Daniel Stufetti

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand am: