



---

Abteilung III  
C-3675/2009

T {0/2}

## Urteil vom 29. April 2011

---

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),  
Richterin Elena Avenati-Carpani, Richter Stefan Mesmer,  
Gerichtsschreiberin Susanne Flückiger.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, Z. \_\_\_\_\_ (China),  
z.H. B. \_\_\_\_\_ (Y. \_\_\_\_\_),  
Beschwerdeführer,

gegen

**Schweizerische Ausgleichskasse SAK,**  
X. \_\_\_\_\_,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Ausschluss aus der freiwilligen Versicherung;  
Verfügung der SAK vom 18. Mai 2009.

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

A.\_\_\_\_\_, geboren 1978 (nachfolgend: Versicherter oder Beschwerdeführer), Schweizer Staatsangehöriger, lebt seit September 2007 in China. Am 25. Oktober 2007 ersuchte er um Beitritt zur freiwilligen Alters-, Hinterlassenen und Invalidenversicherung (act. SAK/1).

**B.**

**B.a** Der AHV-Dienst der Schweizerischen Ausgleichskasse SAK (nachfolgend: Vorinstanz) bestätigte am 22. November 2007 mit Einschreibebrief an eine Privatadresse in W.\_\_\_\_\_, China, die Aufnahme in die freiwillige Versicherung per 1. Oktober 2007 und ersuchte den Versicherten gleichzeitig, die beigelegten Formulare "Erklärung über Einkommen und Vermögen" ausgefüllt und unterschrieben mit den notwendigen Belegen innert 30 Tagen zurückzusenden, und forderte ihn auf, falls er seit seiner Ankunft im Ausland nicht (mehr) erwerbstätig sei, zwecks Prüfung der Beitragspflicht für 2007 Kopien der Schweizer Lohnausweise einzureichen (act. SAK/4).

**B.b** Am 25. Februar 2008 mahnte die SAK den Versicherten mit Schreiben an eine Geschäftsadresse in W.\_\_\_\_\_, China, seine Einkommens- und Vermögenserklärung zur Berechnung seiner Beiträge innert 30 Tagen nach Erhalt dieser Aufforderung einzureichen (act. SAK/5). Am 2. Mai 2008 forderte die Vorinstanz den Versicherten mit eingeschriebener zweiter Mahnung unter Gewährung einer letzten Frist von 30 Tagen an die selbe Geschäftsadresse auf, seine Einkommens- und Vermögenserklärung einzureichen. Ausserdem wies sie den Versicherten unter Beilage der diesbezüglichen gesetzlichen Bestimmungen darauf hin, dass Versicherte, die bis zum 31. Dezember des folgenden Kalenderjahres ihre Jahresbeiträge nicht vollständig bezahlten oder die Dokumente nicht eingebracht hätten, aus der freiwilligen Versicherung ausgeschlossen würden (act. SAK/6).

Gemäss interner Notiz vom 14. November 2008 schickte die Vorinstanz eine Kopie E & V (Einkommens- und Vermögenserklärung) an die Schwester des Versicherten in der Schweiz, da dieser die Formulare "in China nie erhalten habe" (act. SAK/7).

**B.c** Mit eingeschrieben verschickter Verfügung vom 19. Januar 2009, wiederum an eine neue (Privat-)Adresse in W.\_\_\_\_\_, China, teilte die Vorinstanz dem Versicherten den Ausschluss aus der freiwilligen Versicherung mit, da er trotz zweimaliger Mahnung seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen sei (act. SAK/10).

**B.d** Am 17. Februar 2009 wandte sich der Versicherte mit E-Mail an die Vorinstanz und teilte im Wesentlichen mit, er habe seit seiner Anmeldung bei der freiwilligen Versicherung, welche er im Dezember 2007 an die angegebene Nummer gefaxt habe, nie eine Antwort oder eine Bestätigung erhalten, auch nicht auf seine E-Mails von Februar 2008, April 2008 und August 2008. Im November 2008 sei seiner Schwester ein Formular für 2007 und 2008 zugestellt worden. Es sei ihr gegenüber am Telefon auch erwähnt worden, er habe bereits eine Mahnung erhalten, welche ihn indes nie erreicht habe. Da er ohnehin bis August 2007 in der Schweiz gearbeitet und die Beiträge lückenlos bezahlt habe, sei er davon ausgegangen, für das Jahr 2007 (September – Dezember) nichts mehr bezahlen zu müssen. Deshalb habe er auf das Formular für 2008 gewartet, welches gemäss Auskunft der Vorinstanz (an die Schwester) auf dem Postweg nach China hätte sein müssen. Auch die Botschaft in Beijing habe ihm mehrfach bestätigt, nichts für ihn erhalten zu haben. Bis Mitte Januar 2009 seien keine Postsendungen eingetroffen.

Bei einem erneuten Telefon seiner Schwester im Januar 2009 sei ihr beschieden worden, er sei bereits mehrmals gemahnt, das Formular 2007 sei nicht ausgefüllt und er aus der AHV ausgeschlossen worden, im Übrigen habe die Schwester keine Vollmacht, weshalb ihr keine weiteren Auskünfte erteilt würden. Er habe jedoch nie eine Mahnung oder einen Brief von der AHV erhalten (act. 11.2).

**B.e** Mit Eingabe vom 13. März 2009 (Datum Telefax: 16. März 2009) erhob der Versicherte gegen die ihm per E-Mail übermittelte Ausschlussverfügung (act. SAK/14) Einsprache und beantragte die Aufhebung des Ausschlusses. Er führte in Ergänzung zum E-Mail vom 17. Februar 2009 aus, er sei vom September 2007 – Dezember 2007 nicht in einem Anstellungsverhältnis gestanden und erst seit Januar 2008 in China angestellt. Er gehe deshalb davon aus, für das Jahr 2007 alle Zahlungen ausgeführt zu haben und erwarte die Zustellung des Formulars für 2008. Seit Oktober 2007 sei er mit Wohnadresse vorschriftsgemäss bei der Schweizer Botschaft registriert. Er wiederholte, die erwähnten Briefe und Formulare (AHV-Formular 2008, beide

Mahnungen und Ausschlussverfügung) nie erhalten zu haben. Er sei bereit, seinen Zahlungen nachzukommen, müsse aber diesbezüglich alle Dokumente erhalten. Gleichzeitig bat er die Vorinstanz, die weitere Post an Familie B. \_\_\_\_\_ in Y. \_\_\_\_\_ in der Schweiz zu senden (act. SAK/13).

**B.f** Mit Einspracheverfügung vom 18. Mai 2009 – adressiert an die aktuelle Geschäftsadresse des Versicherten in China – wies die Vorinstanz die Einsprache mit der Begründung ab, das gesetzlich vorgesehene Mahnverfahren mit zweimaligem Hinweis auf die Folgen der Nichtzustellung der Einkommens- und Vermögensformulare sei eingehalten worden. Auch nach einer zusätzlichen dritten Aufforderung an die Schwester des Versicherten seien keine entsprechenden Unterlagen eingegangen. Unter diesen Umständen sei es nicht möglich, den Versicherten wieder in die freiwillige Versicherung aufzunehmen (act. SAK/15).

**C.**

Mit per Telefax übermittelter Eingabe vom 4. Juni 2009 (Postaufgabe in der Schweiz am 6. Juni 2009) erhob der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragte die (rückwirkende) Wiederaufnahme in die freiwillige Versicherung. Er begründete die Beschwerde im Wesentlichen damit, in der Vergangenheit nie einen eingeschriebenen Brief von der Vorinstanz erhalten zu haben, die Einspracheverfügung sei die erste Zustellung der SAK gewesen, die ihn erreicht habe (act. 1).

Aufforderungsgemäss reichte er dem Bundesverwaltungsgericht die original unterzeichnete Beschwerde nach und teilte seine Zustelladresse in der Schweiz mit (Eingang am 18. Dezember 2009; Übermittlung via Schweizer Botschaft in Beijing).

**D.**

In ihrer Vernehmlassung vom 1. Februar 2010 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie begründete dies im Wesentlichen damit, dass der Beschwerdeführer mangels Einreichung der geforderten Taxationsunterlagen – trotz mehrfacher Zustellung der Formulare und durchgeführten Mahnverfahrens – aus der freiwilligen Versicherung ausgeschlossen worden sei (act. 14).

**E.**

Da der Beschwerdeführer sich nicht mehr vernehmen liess, schloss das Bundesverwaltungsgericht den Schriftenwechsel am 19. März 2010 ab (act. 17).

Auf die eingereichten Akten sowie die weiteren Ausführungen der Parteien wird – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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

**1.1.** Gemäss Art. 31 VGG in Verbindung mit Art. 33 lit. d VGG und Art. 85<sup>bis</sup> Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden von Personen im Ausland gegen Verfügungen der Schweizerischen Ausgleichskasse. Es liegt keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

**1.2.** Nach Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt. Indes findet das VwVG aufgrund von Art. 3 Bst. d<sup>bis</sup> VwVG keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) anwendbar ist, was vorliegend auf Grund von Art. 1 Abs. 1 AHVG der Fall ist.

**1.3.** Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Einspracheverfügung berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung, so dass er im Sinne von Art. 59 ATSG beschwerdelegitimiert ist.

**1.4.** Da die Beschwerde im Übrigen frist- und nach Aufforderung des Gerichts auch formgerecht (Art. 60 Abs. 1 ATSG und Art. 52 Abs. 1 VwVG, vgl. act. 3-5, 10-12; siehe oben C.) eingereicht wurde, ist darauf einzutreten.

**2.**

Vorliegend ist vom Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob die

Vorinstanz den Beschwerdeführer zur Recht aus der freiwilligen Versicherung ausgeschlossen hat.

**2.1.** Art. 2 Abs. 1 AHVG bestimmt, dass Schweizer Bürger und Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Freihandelsassoziation, die nicht in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Freihandelsassoziation leben, der freiwilligen Versicherung beitreten können, falls sie unmittelbar vorher während mindestens fünf aufeinanderfolgenden Jahren obligatorisch versichert waren.

**2.2.** Gemäss Art. 5 der Verordnung vom 26. Mai 1961 über die freiwillige Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (VFV, SR 831.111) sind die Versicherten gehalten, der Auslandsvertretung, 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. Gemäss Art. 2 Abs. 3 AHVG werden Versicherte, welche die nötigen Auskünfte nicht erteilen oder ihre Beiträge nicht fristgerecht bezahlen, aus der freiwilligen Versicherung ausgeschlossen.

Art. 13 VFV regelt den Ausschluss aus der freiwilligen Versicherung. Versicherte werden demnach aus der freiwilligen Versicherung ausgeschlossen, wenn sie der Ausgleichskasse die verlangten Belege nicht bis zum 31. Dezember des Jahres einreichen, das auf das Beitragsjahr folgt (Art. 13 Abs. 1 Bst. c VFV). 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). Der Ausschluss gilt rückwirkend ab dem ersten Tag des Beitragsjahres, für das die Beiträge nicht vollständig bezahlt wurden (Art. 13 Abs. 3 VFV).

**2.3.** Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung 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, wie 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 (vgl. BGE 117 V 97 E. 2c, bestätigt mit Urteil des Bundesgerichts H 224/04 vom 28. April 2005).

**2.4.** Der Beweis der Tatsache sowie des Zeitpunktes der Zustellung der Mahnung obliegt der Verwaltung. Weil der Sozialversicherungsprozess von der Untersuchungsmaxime beherrscht wird, handelt es sich dabei nicht um die subjektive Beweisführungslast (Art. 8 ZGB), sondern in der Regel nur um die sogenannte objektive Beweislast in dem Sinne, dass im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte (BGE 103 V 65 E. 2a mit weiteren Hinweisen).

Entscheidend ist vorliegend, dass an die Nichtbeachtung der unter Androhung des Ausschlusses erfolgenden Mahnungen schwerwiegende Folgen geknüpft sind, weshalb auch an den Nachweis der ordnungsgemässen Zustellung der Mahnungen entsprechende Anforderungen zu stellen sind. Die SAK kann sich den Nachweis der Zustellung eingeschriebener Sendungen durch Empfangsbescheinigungen sichern (oder den Versicherten ein Zustelldomizil in der Schweiz bezeichnen lassen, vgl. Art. 11b Abs. 1 VwVG), was mit der Grund dafür ist, dass die unter Androhung des Ausschlusses erforderliche Mahnung mit eingeschriebenem Brief zu erfolgen hat.

### **3.**

**3.1.** Die Vorinstanz macht geltend, mit der am 22. November 2007 verschickten Aufnahmebestätigung in die freiwillige Versicherung auch die Formulare über Einkommen und Vermögen zugestellt zu haben (act. SAK/4). Nachdem die ausgefüllten Unterlagen nicht eingereicht worden seien, sei das gesetzlich vorgesehene Mahnverfahren mit den am 25. Februar bzw. 2. Mai 2008 (act. SAK/5 f.) verschickten Mahnungen durchgeführt und eingehalten worden. Zudem sei ein zusätzlicher Versand der Einkommens- und Vermögenserklärung an eine Schweizer Adresse erfolgt, welcher im E-Mail vom 17. Februar 2009 bestätigt worden sei. Es habe deshalb eine weitere Gelegenheit bestanden, die Taxationsunterlagen einzureichen. Es bestünden in den Akten keine Hinweise auf nicht zustellbare Postsendungen und es sei mehrmals versucht worden, in den Besitz der nötigen Unterlagen zu gelangen. Im Übrigen könne von einer versicherten Person im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht erwartet werden, dass sie nachforsche, weshalb ihr über ein Jahr nach Beitritt zur freiwilligen Versicherung keine Beitragsrechnung gestellt worden sei.

**3.2.** Der Beschwerdeführer bestreitet, ausser den an seine Schwester im November 2008 versandten Formularen und der Einspracheverfügung vom 18. Mai 2009 von der Vorinstanz, je eine (eingeschriebene) Postsendung erhalten zu haben (act. SAK/11.2, 13, Beschwerdeakte 1).

**3.3.** Aus den Akten geht nicht hervor, ob die eingeschrieben verschickte Aufnahmebestätigung (act. SAK/4) oder die beiden Mahnungen (act. SAK/5 f.) zugestellt werden konnten, da sich in den Akten keine Empfangsbescheinigungen (wie Rückscheine, Bestätigungen der Schweizer Botschaft in Beijing) finden. Daran ändern auch die Ausführungen der Vorinstanz nichts, es gebe in den Akten keine Hinweise für nicht zustellbare Postsendungen.

Es ist hingegen unbestritten, dass die im November 2008 der Schwester des Beschwerdeführers in der Schweiz zugestellten Taxationsformulare dem Beschwerdeführer zugegangen sind, wie er in seinem E-Mail vom 17. Februar 2009 einräumt (vgl. act. SAK/11.2). Aus der internen Notiz der Vorinstanz vom 14. November 2008 geht hervor, der Beschwerdeführer habe die Taxationsformulare nie erhalten und deshalb seien seiner Schwester eine Kopie der Formulare zugestellt worden (act. SAK/7). Indessen ergeben sich aus den Akten keine Hinweise dafür, dass gleichzeitig mit dieser Zustellung Kopien beider Mahnungen vom 25. Februar und vom 2. Mai 2008 zugestellt worden wären, was die Vorinstanz vernehmlassungsweise auch nicht behauptet.

Demnach ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass die Vorinstanz gestützt auf die Akten nicht zu belegen vermag, dass der Beschwerdeführer die Mahnungen (wie auch die eingeschrieben versandte Eingangsbestätigung mit der ersten Zustellung der fraglichen Formulare) erhalten hat.

**3.4.** Soweit die Vorinstanz in der Vernehmlassung behauptet, sie habe mehrmals versucht, in den Besitz der nötigen Unterlagen zu gelangen, und auf die Mitwirkungspflicht des Beschwerdeführers verweist, macht der Beschwerdeführer demgegenüber geltend, mehrfach im Jahr 2008 per E-Mail an die Vorinstanz gelangt zu sein, aber nie eine Antwort (auch nicht via die Schweizer Botschaft) erhalten zu haben. Auch seine Schwester habe zweimal angerufen (im November 2008 und im Januar 2009). Was den Anruf im November 2008 betrifft, ist dieser aktenkundig (act. SAK/7), allerdings fehlt eine diesbezügliche Telefonnotiz. Weitere interne Verlaufsakten oder E-Mails des Beschwerdeführers sind nicht

aktenkundig. Indessen spricht für den Eingang der E-Mails bei der Vorinstanz, dass diese die Zustelladresse des Beschwerdeführers mehrfach angepasst hat (vgl. act. SAK/1.1: handschriftliche Korrektur der Adresse, sowie act. SAK/1, 5, 10), wäre doch dieses Vorgehen ohne Kontaktnahme des Beschwerdeführers nicht zu erklären. Die Widersprüchlichkeit der Parteiangaben zur Mitwirkung des Beschwerdeführers im Verfahren sowie die Frage einer allfälligen Unvollständigkeit des Aktendossiers können jedoch – wie nachfolgend ausgeführt wird – vorliegend offen gelassen werden.

**3.5.** Wie bereits ausgeführt, stellt der Ausschluss aus der freiwilligen Versicherung einen äusserst schwerwiegenden Eingriff in die Rechtsstellung eines Betroffenen dar. Der vom Ausschluss bedrohte Versicherte muss daher genau wissen, wie er den Ausschluss abwenden kann (oben E. 2.3).

Vorliegend misslingt der Vorinstanz der Nachweis, die zwischen November 2007 bis Mai 2008 und Januar 2009 (act. SAK/1, 3 – 5, 10) dem Beschwerdeführer direkt nach China zugestellten Postsendungen und damit auch die den Ausschluss androhende zweite Mahnung vom 2. Mai 2008 korrekt zugestellt zu haben (oben E. 3.3). Somit konnte der Beschwerdeführer weder wissen, dass ein Ausschluss drohte, noch wie er diesen abwenden konnte. Daran ändert auch nichts, dass er im November 2008 die Taxationsformulare erhielt, konnte er doch aus der Zustellung der Formulare nicht erkennen, dass er diese einreichen musste, um einen Ausschluss zu verhindern. Zudem fehlte ihm bezüglich der Taxation für das Jahr 2007 die Erklärung im Schreiben vom 22. November 2007, auch im Falle einer Nichterwerbstätigkeit Akten einzureichen zu müssen (vgl. act. SAK/4). Mit Blick auf die gesetzlichen Anforderungen an das Mahnverfahren und die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Ausschluss aus der freiwilligen Versicherung vermag demnach das Vorgehen der SAK im vorliegenden Fall nicht zu genügen und fehlt eine der unabdingbar notwendigen Voraussetzungen für den Ausschluss des Beschwerdeführers aus der freiwilligen Versicherung (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Mai 2008 [C-2973/2006]).

**3.6.** Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer zu Unrecht aus der freiwilligen Versicherung ausgeschlossen hat, weshalb die angefochtene Einspracheverfügung aufzuheben ist. Die Sache wird an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit

diese – sofern nötig – beim Beschwerdeführer noch fehlende Unterlagen einfordert und anschliessend die Höhe der Beiträge für die freiwillige Versicherung festlegt.

#### **4.**

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

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1, 2 und 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE], SR 173.320.2). Da der obsiegende Beschwerdeführer vorliegend nicht anwaltlich vertreten ist und ihm aufgrund der Aktenlage auch keine notwendigen, verhältnismässig hohen Kosten entstanden sind, wird ihm keine Parteientschädigung zugesprochen.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Einspracheverfügung vom 18. Mai 2009 wird aufgehoben und die Sache wird zum weiteren Vorgehen im Sinne der Erwägung 3.6 an die Vorinstanz zurückgewiesen.

#### **2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben, und es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

#### **3.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...])
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Beat Weber

Susanne Flückiger

**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 Rechtschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: