



Urteil vom 20. Juni 2011

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),
Richter Vito Valenti, Richter Michael Peterli,
Gerichtsschreiberin Susanne Flückiger.

Parteien

A. _____, Z. _____ (Brasilien),
vertreten durch lic. iur. Nadja Herz, Rechtsanwältin,
Y. _____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizerische Ausgleichskasse SAK,
X. _____,
Vorinstanz.

Gegenstand

Freiwillige Versicherung AHV (Ausschluss);
Einspracheentscheid der SAK vom 23. April 2010.

Sachverhalt:**A.**

Die Schweizer Staatsangehörige A._____, geboren 1960 (nachfolgend: Versicherte oder Beschwerdeführerin), lebt in Brasilien. Sie ist mit dem Schweizer Staatsangehörigen B._____ verheiratet. Sie beantragte am 1. Juli 1997 beim schweizerischen Generalkonsulat in Sao Paulo die Aufnahme in die freiwillige Versicherung der AHV/IV. Die Beitrittserklärung ging am 14. Juli 1997 bei der Schweizerischen Ausgleichskasse SAK (Vorinstanz) ein (act. SAK/1).

B.

Mit normaler Post zugestellter Mahnung vom 9. März 2009 forderte die Vorinstanz die Versicherte auf, die Einkommens- und Vermögenserklärung für die Periode 2008 zur Festsetzung der Beiträge innert 30 Tagen zukommen zu lassen (act. SAK/2).

C.

Am 4. Mai 2009 forderte die SAK die Versicherte auf, weitere Dokumente/Informationen zur Einkommens- und Vermögenssituation des Ehepaars per Saldo 31. Dezember 2008 einzureichen (Kontoauszüge, Belege zur 2. Säule/Lebensversicherung, Wert von Immobilien, Hypothekarschulden, Renteneinkommen, vollständige Einkommens- und Vermögenserklärung; vgl. act. SAK/3).

Mit Mahnung vom 6. Juli 2009 und mit eingeschrieben verschickter zweiter Mahnung vom 7. September 2009 forderte die SAK die Versicherte auf, die noch fehlenden Dokumente einzureichen. Die zweite Mahnung enthielt unter anderem den Hinweis, dass Versicherte, welche ihre Unterlagen nicht rechtzeitig einreichten, aus der Versicherung ausgeschlossen würden (act. SAK/4 f.).

D.

Mit eingeschriebener Ausschlussverfügung vom 18. Januar 2010 teilte die Vorinstanz der Versicherten im Wesentlichen mit, da sie die verlangten Unterlagen nicht eingereicht habe, sei sie aus der freiwilligen Versicherung ausgeschlossen worden (act. SAK/7).

E.

Mit Eingabe vom 17. März 2010 erhob der Ehemann der Versicherten Einsprache gegen den Ausschluss und teilte unter Beilage eines Aufgabebelegs und weiterer Kopien mit, die verlangten Akten seien am

28. Juli 2009 per Post eingereicht worden. Da sie im Innern von Sao Paulo wohnten, würde die Post nicht immer zu 100% funktionieren. Ausserdem hätten sie seit Jahren die gewünschten jährlichen AHV-Beiträge regelmässig eingezahlt. Er forderte deshalb die Vorinstanz auf, die Verfügung vom 18. Januar 2010 zu annullieren und seine Ehefrau wieder in die AHV/IV aufzunehmen (act. SAK/8).

F.

Mit Einspracheverfügung vom 23. April 2010 (verschickt mit normaler Post) wies die Vorinstanz die Einsprache mit der Begründung ab, die Versicherte sei am 4. Mai 2009 aufgefordert worden, zusätzliche Daten bekannt zu geben. Diese Angaben habe sie trotz zwei Mahnungen vom 6. Juli und vom 7. September 2009 nicht erhalten. Es sei deshalb nicht möglich gewesen, sie korrekt zu taxieren und in der Folge habe sie ausgeschlossen werden müssen (act. SAK/9).

G.

Mit Schreiben vom 24. Mai 2010 wandte sich die Versicherte nochmals an die Vorinstanz und bat sinngemäss um Überprüfung der Unterlagen und um die Wiederaufnahme in die freiwillige Versicherung. Sie sei mit dem Ausschluss nicht einverstanden. Sie wiederholte die Problematik mit der Postzustellung an ihren Wohnsitz. Sie führte aus, ihr Ehemann habe die Beiträge immer bezahlt und sie sei als Hausfrau immer eingeschlossen gewesen. Ihr Ehemann bezahle auch weiterhin Beiträge (act. 1).

Die Vorinstanz übermittelte die Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht, welche diese als Beschwerde entgegennahm (act. 2).

H.

In ihrer Vernehmlassung vom 21. Juni 2010 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie begründete den Antrag im Wesentlichen damit, dass die Beschwerdeführerin ihrer Pflicht zur Einreichung der vollständigen Akten nicht nachgekommen und das vorgesehene Mahnverfahren korrekt durchgeführt worden sei. Die eingereichte Einkommens- und Vermögenserklärung sei am 4. Mai 2009 zur Vervollständigung zurückgeschickt worden. Ihre Kanzlei habe zwar am 7. August 2009 einen Rückschein betreffend eine Postsendung von Frau A. _____ unterzeichnet, in den Akten seien indes keine Unterlagen vorhanden, weshalb am 7. September 2009 eine zweite Mahnung

verschickt worden sei. Zudem verweise die Beschwerdeführerin einzig auf die nicht immer zu 100% funktionierende brasilianische Post. Sie stelle hingegen den Empfang der Postsendungen betreffend den Ausschluss grundsätzlich nicht in Frage. Im Übrigen habe die SAK die Unterlagen des Ehemannes am 9. Juni 2009 erhalten, weshalb er taxiert worden sei (act. 5).

I.

Mit Eingabe vom 7. August 2010 übermittelte die Beschwerdeführerin nochmals die im Juli 2009 eingereichten Akten (9, 9.1-9.3 = act. SAK/8.3-8.5). Ausserdem liess sie am 23. August 2010 dem Bundesverwaltungsgericht ihre Zustelladresse bzw. Bevollmächtigung in der Schweiz zugehen (act. 10). Am 16. September 2010 beantragte Rechtsanwältin Nadja Herz unter Vorlage einer Vollmacht um Akteneinsicht (act. 12).

J.

In ihrer Duplik vom 17. September 2010 hielt die Vorinstanz an ihrem Antrag fest und führte aus, die von der Beschwerdeführerin nachgereichten Akten seien schon aktenkundig gewesen. Die im Schreiben vom 4. Mai 2009 verlangten Nachweise würden indessen immer noch fehlen, weshalb es nach wie vor nicht möglich sei, eine korrekte Beitragsfestsetzung durchzuführen.

K.

Mit Triplik vom 1. November 2010 teilte die Beschwerdeführerin mit, die Vorinstanz habe für die Erstellung der Beitragsverfügung gar keine zusätzlichen Unterlagen benötigt. Das Einverlangen weiterer Unterlagen und erst recht der Ausschluss erwiesen sich deshalb als unrechtmässig. Die Beschwerdeführerin sei Hausfrau, habe in ihren von der Vorinstanz unbestritten eingereichten Unterlagen auf das Einkommen ihres Ehemannes verwiesen, welches vorliegend für die Festsetzung der Beiträge massgebend sei. Die Vorinstanz habe ihrerseits in der Vernehmlassung vom 21. Juni 2010 ausgeführt, dass diese Unterlagen bei ihr eingetroffen seien und die Beitragsverfügung für den Ehemann habe erstellt werden können. Basierend darauf hätte die Vorinstanz auch die Beitragsverfügung der Beschwerdeführerin erlassen können und müssen. Zusätzliche Unterlagen habe sie auch in den Jahren zuvor jeweils nicht einreichen müssen, weshalb sie in guten Treuen davon habe ausgehen können, dass die von ihrem Mann eingereichten Unterlagen für die Festsetzung der Beiträge ausreichten (act. 18).

L.

Die Vorinstanz nahm in der Folge diesbezüglich am 26. November 2010 Stellung, als dass die Beschwerdeführerin keine neuen Unterlagen eingereicht und auf die vom Ehemann für sein eigenes Dossier zugestellten Dokumente verwiesen habe. Diese Sachlage erlaube es der Vorinstanz nach wie vor nicht, die ihre Beiträge festzusetzen, weshalb sie weiterhin die Abweisung der Beschwerde beantrage.

M.

Mit Verfügung vom 9. Dezember 2010 übermittelte das Bundesverwaltungsgericht die Quadruplik der Vorinstanz an die Beschwerdeführerin und schloss den Schriftenwechsel ab.

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

1.1. Gemäss Art. 31 VGG in Verbindung mit Art. 33 lit. d VGG und Art. 85^{bis} 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^{bis} 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. Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Einspracheverfügung berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung, so dass sie im Sinne von Art. 59 ATSG beschwerdelegitimiert ist. Sie hat mit am 23. August 2010 eingereichter Vollmacht C._____, W._____, bevollmächtigt (act. 10). Diese hat Rechtsanwältin Nadja Herz ihrerseits am 13. September 2010 mit der Vertretung der Interessen der Beschwerdeführerin beauftragt (act. 12).

1.4. Da die Beschwerde im Übrigen gestützt auf die postalische Zustelldauer zwischen der Schweiz und Brasilien frist- und formgerecht (Art. 60 Abs. 1 ATSG in Verbindung mit Art. 30 ATSG und Art. 52 Abs. 1 VwVG) eingereicht wurde, ist darauf einzutreten.

2.

Vorliegend ist vom Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zur Recht aus der freiwilligen Versicherung ausgeschlossen hat.

2.1. 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).

2.2. 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).

2.3. 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. Aus den Akten geht hervor, dass die Beschwerdeführerin sowohl im April 2009 Akten (vgl. act. SAK/3) und im August 2009 das ausgefüllte und unterzeichnete Formular "Erklärung über Einkommen und Vermögen zwecks Festsetzung der Beiträge" (unterzeichnet am 24. Juli 2009) sowie das "Certificado de salario" (unterzeichnet am 20. April 2009 und am 24. Juli 2009) an die Vorinstanz eingereicht hat (vgl. act. SAK/3 und act. 8.1-5), wie auch die Vorinstanz in der Duplik bestätigte. Zudem steht fest, dass der Ehemann der Versicherten aufgrund seiner Eingaben, welche am 9. Juni 2009 eingingen, taxiert wurde (vgl. act. SAK/5).

3.2. Den Akten ist nicht zu entnehmen, ob das nicht-ingeschrieben versandte Schreiben vom 4. Mai 2008, welches eine genaue Aufzählung von zur Taxierung benötigten Akten enthielt, der Beschwerdeführerin tatsächlich zugestellt wurde.

3.3. Aufgrund der vorliegenden Akten ist nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin im Nachgang zur am 6. Juli 2009 nochmals versandten "Mahnung", welche den identischen Standardtext aufwies wie die "Mahnung" vom 9. März 2009 (act. SAK/2), und keine speziellen

Hinweise auf zusätzlich einzureichende Akten enthielt, ihre im April 2009 eingereichten Unterlagen nochmals einreichte. Auch die am 7. September 2009 versandte 2. Mahnung bezog sich nur allgemein auf das Formular "Einkommens- und Vermögenserklärung und/oder die nötigen Belege". Sie enthielt auch den Satz "Diese 2. Mahnung ist als gegenstandslos zu betrachten, falls Sie diese Dokumente in der Zwischenzeit eingereicht haben."

Da die Beschwerdeführerin am 28. Juli 2009 nachweislich per Einschreiben das verlangte Formular inkl. Lohnbestätigung eingereicht hatte (act. SAK/8.1 ff.) konnte sie in guten Treuen davon ausgehen, dass sie die verlangten Unterlagen jetzt eingereicht hatte, zumal auch die Unterlagen des Ehemannes der SAK zugestellt worden waren, was von der Vorinstanz bestätigt wird. Es finden sich zudem keine aktenkundigen Hinweise, wonach der Beschwerdeführerin von der Vorinstanz im Nachgang zur Eingabe vom 28. Juli 2009 mitgeteilt worden wäre, diese (im Dossier offenbar bereits vorhandenen, vgl. act. 14) Akten würden nicht genügen.

3.4. Es bleibt demnach – entgegen der Auffassung der Vorinstanz unbewiesen (oben E. 2.3), dass das – nicht eingeschrieben versandte – Schreiben vom 4. Mai 2009, aus welchem die Beschwerdeführerin hätte schliessen können, dass die eingereichten Akten nicht genügten, der Beschwerdeführerin zugestellt wurde. Die Beschwerdeführerin selbst bezog sich nicht auf dieses Schreiben, was dafür spricht, dass sie es nicht erhalten hat. Erst nach Akteneinsicht im Rahmen Beschwerdeverfahrens nahm sie zu diesem Schreiben Stellung (vgl. act. 20).

3.5. Wie oben ausgeführt wurde, stellt der Ausschluss einen äusserst schwerwiegenden Eingriff in die Rechtsstellung des Betroffenen dar, weshalb dieser genau wissen muss, wie er den Ausschluss abwenden kann (E. 2.2). Aufgrund der vorliegenden Akten gelingt es der Vorinstanz nicht nachzuweisen, dass die Beschwerdeführerin über diese Information verfügte, liegt doch kein Beleg dazu vor, dass der Beschwerdeführerin das einzige diesbezüglich konkrete Schreiben vom 4. Mai 2009 tatsächlich zuging. Auch aus den dem Bundesverwaltungsgericht vorliegenden SAK-Akten 1 – 9 geht nicht hervor, dass die Beschwerdeführerin aus früheren Jahren hätte wissen müssen, dass die eingereichten Akten offenbar nicht genügten. Unter diesen Umständen erfolgte der Ausschluss zu Unrecht.

Somit kann offen bleiben, ob – wie die Beschwerdeführerin triplikweise geltend machen lässt – die Beschwerdeführerin aufgrund der der Vorinstanz vorliegenden Akten ihres Ehemannes überhaupt weitere Akten hätte einreichen müssen.

3.6. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die angefochtene Einspracheverfügung Bundesrecht verletzt, weshalb die Beschwerde gutzuheissen, die Verfügung aufzuheben und die Vorinstanz aufzufordern ist, die Beschwerdeführerin wieder in die freiwillige Versicherung aufzunehmen, allfällige noch ausstehende Akten einzuholen und die Beschwerdeführerin für die offenen Beitragsjahre ab dem Jahr 2008 zu taxieren.

4.

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

Der obsiegenden Partei kann nach Massgabe ihres Erfolges von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Da keine Honorarnote eingereicht wurde, ist die Höhe der Entschädigung aufgrund der Akten zu bestimmen (Art. 14 Abs. 2 VGKE) und wird in Berücksichtigung dessen, dass die anwaltliche Vertretung erst im zweiten Teil des Beschwerdeverfahrens zugezogen wurde, auf Fr. 500.-- festgelegt. Sie ist von der Vorinstanz zu leisten.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Einspracheverfügung vom 23. April 2010 wird aufgehoben und die Sache zum weiteren Vorgehen im Sinne der Erwägung 3.6 an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 500.-- zu Lasten der Vorinstanz zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

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

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: