

**Bundesverwaltungsgericht**  
**Tribunal administratif fédéral**  
**Tribunale amministrativo federale**  
**Tribunal administrativo federal**



Abteilung III  
C-5685/2007

{T 0/2}

**Urteil vom 21. November 2008**

Besetzung

Richter Michael Peterli (Vorsitz),  
Richterin Madeleine Hirsig,  
Richter Francesco Parrino,  
Gerichtsschreiberin Sandra Tibis.

Parteien

L.\_\_\_\_\_, Brasilien,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Schweizerische Ausgleichskasse SAK,**  
Avenue Edmond-Vaucher 18, Postfach 3100,  
1211 Genf 2,  
Vorinstanz.

Gegenstand

AHV (Ausschluss aus der freiwilligen Versicherung).

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

Der am (...) 1949 geborene Schweizerbürger L.\_\_\_\_\_ lebt in Brasilien und ist seit dem 1. September 2004 Mitglied der freiwilligen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung ([Vorinstanz] act. 1).

**B.**

Mit Schreiben vom 14. Februar 2006 (act. 5) mahnte die Schweizerische Ausgleichskasse (nachfolgend: SAK) L.\_\_\_\_\_, den ausstehenden Beitrag in der Höhe von Fr. 353.65 zu bezahlen. Am 21. Juni 2006 erfolgte eine eingeschriebene Mahnung der SAK, mit welcher diese L.\_\_\_\_\_ eine letzte Frist von 30 Tagen zur Bezahlung des ausstehenden Beitrages setzte und gleichzeitig darauf hinwies, dass im Unterlassungsfalle der Ausschluss aus der freiwilligen Versicherung drohe (act. 7).

**C.**

Mit Verfügung vom 16. Januar 2007 (act. 12) hat die SAK L.\_\_\_\_\_ aus der freiwilligen Versicherung ausgeschlossen, weil er den ausstehenden Beitrag nicht bezahlt habe.

Gegen die Verfügung vom 16. Januar 2007 erhob L.\_\_\_\_\_ am 8. Juni 2007 Einsprache bei der SAK.

**D.**

Am 24. Juli 2007 (act. 18) hat die SAK die Einsprache abgewiesen mit der Begründung, dass L.\_\_\_\_\_ trotz mehrfacher Mahnungen mit Hinweis auf die Ausschlussfolgen den ausstehenden Beitrag nicht bezahlt habe.

**E.**

Gegen den Einspracheentscheid vom 24. Juli 2007 erhob L.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) am 15. August 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragte die Aufhebung der Ausschlussverfügung sowie die Wiederaufnahme in die freiwillige Versicherung. Zur Begründung brachte er im Wesentlichen vor, er habe weder die Mahnungen noch die Ausschlussverfügung erhalten. Die Beweislast für die erfolgte Zustellung liege bei der SAK, welche den Beweis jedoch nicht erbracht habe.

**F.**

Mit Vernehmlassung vom 23. November 2007 beantragte die SAK aus den bereits im Einspracheentscheid dargelegten Gründen die Abweisung der Beschwerde.

**G.**

Mit Replik vom 26. Januar 2008 hielt der Beschwerdeführer an seinen Begehren fest. Die SAK liess sich darauf nicht mehr vernehmen.

**H.**

Gegen die mit Verfügung vom 7. September 2007 bekannt gegebenen Mitglieder des Spruchkörpers sowie die Änderungen vom 27. Oktober 2008 ist kein Ausstandsbegehren eingegangen.

**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 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** Aufgrund von Art. 3 lit. d<sup>bis</sup> des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) findet das VwVG keine Anwendung in Sozialversicherungsrechtssachen, soweit das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) anwendbar ist. Gemäss Art. 1 Abs. 1 AHVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die im ersten Teil geregelte Alters- und Hinterlassenenversicherung anwendbar, soweit das AHVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

**1.3** Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Einspracheentscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, so dass er im Sinne von Art. 59 ATSG beschwerdelegitimiert ist.

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

## **2.**

Vorliegend ist strittig und vom Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob die SAK den Beschwerdeführer zu Recht aus der freiwilligen Versicherung ausgeschlossen hat. Strittig ist in erster Linie die Frage, ob der Beschwerdeführer vor dem Ausschluss ordentlich gemahnt wurde.

**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.

**2.3** Art. 13 VFFV regelt die Voraussetzungen des Ausschlusses. Gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. a VFFV werden Versicherte aus der freiwilligen Versicherung ausgeschlossen, wenn sie die für das Beitragsjahr (Art. 14 Abs. 1) geschuldeten Beiträge bis zum 31. Dezember des folgenden Kalenderjahres nicht vollständig bezahlen.

Vor Ablauf der Frist stellt die Ausgleichskasse den Versicherten eine eingeschriebene Mahnung mit Androhung des Ausschlusses zu. Die Androhung kann mit der Mahnung gemäss Artikel 17 Absatz 2 zweiter

Satz erfolgen (Art. 13 Abs. 2 VFV). Werden fällige Beiträge nicht bezahlt, so ist innert zweier Monate schriftlich unter Ansetzung einer Nachfrist von 30 Tagen zu mahnen. Wird auch die Nachfrist nicht eingehalten, so hat die Ausgleichskasse eine letzte Zahlungsfrist anzusetzen und auf die Folgen der Nichtzahlung aufmerksam zu machen (Art. 17 Abs. 2 VFV).

**2.4** 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 103 E. 2c, bestätigt mit Urteil vom 28. April 2005 i.S. P. V. S., E. 4.3 [H\_224/04]).

**2.5** Der Beweis der Tatsache sowie des Zeitpunktes der Zustellung obliegt der Verwaltung. Weil der Sozialversicherungsprozess von der Untersuchungsmaxime beherrscht wird, handelt es sich dabei nicht um die subjektive Beweisführungslast (Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]), 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 unbewiesenen 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, was mit der Grund dafür ist, dass die unter Androhung des Ausschlusses erforderliche Mahnung mit eingeschriebenem Brief zu erfolgen hat.

### **3.**

**3.1** Die SAK macht geltend, der Beschwerdeführer sei mit Schreiben vom 14. Februar 2006 sowie mit Einschreiben vom 21. Juni 2006 vorschriftsgemäss gemahnt worden, den ausstehenden Betrag zu bezah-

len, weshalb dieser zu Recht aus der freiwilligen Versicherung ausgeschlossen worden sei.

**3.2** Der Beschwerdeführer bestreitet, die Beitragsverfügungen, die Mahnungen und die Ausschlussverfügung erhalten zu haben. Er führt ferner aus, er würde nach jahrelanger Mitgliedschaft bei der AHV wegen solcher Bagatellbeträge vernünftigerweise nicht den Ausschluss aus der freiwilligen Versicherung riskieren, zumal er als Inhaber einer Consulting Firma mit einem Jahresumsatz von Fr. 800'000.-- durchaus in der Lage sei, den geforderten Betrag zu bezahlen.

**3.3** Aus den Akten der SAK geht nicht hervor, ob die beiden Mahnungen dem Beschwerdeführer zugestellt werden konnten. Die SAK begnügte sich mit dem Hinweis, die Schreiben seien von der Post nicht als unzustellbar retourniert worden, weshalb davon auszugehen sei, dass sie dem Beschwerdeführer zugestellt werden konnten. Entgegen der Ansicht der SAK darf im Bestreitungsfall allerdings erst dann von einer erfolgreichen Zustellung ausgegangen werden, wenn diese durch einen Rückschein oder eine Track&Trace-Auskunft der Post bestätigt wird. Dies ist aber hier nicht der Fall und damit fehlt eine der unabdingbar notwendigen Voraussetzungen für den Ausschluss des Beschwerdeführers aus der freiwilligen Versicherung (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. August 2008 i.S. D. [C-3360/2008]), weshalb die Beschwerde gutzuheissen ist.

Der Einspracheentscheid vom 24. Juli 2007 ist daher aufzuheben; der Beschwerdeführer bleibt somit weiterhin der freiwilligen Versicherung unterstellt.

Die Sache wird an die SAK zurückgewiesen, damit diese den Beschwerdeführer nochmals auffordert, den ausstehenden Beitrag zu begleichen, verbunden mit der Androhung des Ausschlusses, falls dieser Aufforderung nicht fristgerecht nachgekommen wird.

#### **4.**

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

**4.2** Da dem obsiegenden Beschwerdeführer, welcher nicht vertreten war, keine unverhältnismässig grossen Kosten entstanden sind und dieser zu Recht keinen entsprechenden Antrag gestellt hat, ist keine

Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. 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]).

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Einspracheentscheid vom 24. Juli 2007 wird aufgehoben, und die Sache wird zum weiteren Vorgehen im Sinne der Erwägung 3.3 an die Schweizerische Ausgleichskasse zurückgewiesen.

### **2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben, und dem Beschwerdeführer wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

### **3.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Michael Peterli

Sandra Tibis

## **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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: