

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



---

Abteilung III  
C-1790/2007  
{T 0/2}

**Urteil vom 20. Juni 2008**

---

Besetzung

Richter Michael Peterli (Vorsitz),  
Richterin Franziska Schneider,  
Richterin Elena Avenati-Carpani,  
Gerichtsschreiberin Sandra Tibis.

---

Parteien

B. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

AHV (Beitritt zur freiwilligen Versicherung).

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

Der im Jahr 1944 geborene Schweizerbürger B.\_\_\_\_\_ ersuchte mit Beitrittserklärung vom 25. Mai 2006 um Aufnahme in die freiwillige Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung ([Vorinstanz] act. 21). Mit Verfügung vom 24. Januar 2007 (act. 23) wies die Schweizerische Ausgleichskasse (nachfolgend: SAK) sein Beitrittsgesuch mit der Begründung ab, er habe dieses nicht innert Jahresfrist seit dem Wegfall der Voraussetzungen für die obligatorische Versicherung eingereicht; eine Aufnahme sei daher nicht mehr möglich.

**B.**

Gegen die Verfügung vom 24. Januar 2007 erhob B.\_\_\_\_\_ am 11. Februar 2007 Einsprache bei der SAK und beantragte sinngemäss die Aufnahme in die freiwillige Versicherung.

**C.**

Mit Einspracheentscheid vom 19. Februar 2007 (act. 27) wies die SAK die Einsprache ab.

**D.**

Gegen den Einspracheentscheid erhob B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) mit Schreiben vom 5. März 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Der angefochtene Entscheid sei gestützt auf einen falschen Sachverhalt getroffen worden. Der Beitritt sei ihm zu Unrecht verweigert worden.

**E.**

In ihrer Vernehmlassung vom 4. Juli 2007 beantragte die SAK die Abweisung der Beschwerde. Sie führte aus, der Beschwerdeführer habe für die Zeit nach 2002 keine Versicherungszeiten nachgewiesen.

**F.**

Mit Schreiben vom 4. August 2007 reichte der Beschwerdeführer eine Bestätigung der kantonalen Ausgleichskasse S.\_\_\_\_\_ ein, wonach er in den Jahren 2002 bis 2006 Beiträge als Nichterwerbstätiger geleistet habe. Er machte geltend, er habe kurz nach der Niederlassung in Thailand am 28. Juni 2006 (recte: 25. Mai 2006) beim Schweizerischen Generalkonsulat Australien um Aufnahme in die freiwillige

Versicherung ersucht. Seinem Beitritt dürfte somit nichts mehr im Wege stehen.

**G.**

Mit Vernehmlassung vom 16. August 2007 führte die SAK aus, der Beschwerdeführer sei im Zeitpunkt seines Beitrittsgebietes obligatorisch versichert gewesen; eine Aufnahme in die freiwillige Versicherung sei daher nicht möglich. Ohnehin bestehe eine Versicherungslücke von Juni bis Dezember 2001, welche einem Beitritt ebenfalls entgegenstehe.

**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.**

**2.1** Die Beschwerdeführenden können im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts sowie die Unangemessenheit des Entscheids rügen (Art. 49 VwVG).

**2.2** Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 212).

## **3.**

Vorliegend ist strittig und vom Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob die SAK den Sachverhalt richtig festgestellt hat und den Beschwerdeführer zu Recht nicht in die freiwillige Versicherung aufgenommen hat.

**3.1** 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.

Gemäss Art. 7 Abs. 1 der Verordnung über die freiwillige Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 26. Mai 1961 (VFV, SR 831.111) können Personen der freiwilligen Versicherung beitreten, welche die Versicherungsvoraussetzungen nach Art. 2 Abs. 1 AHVG erfüllen, einschliesslich jener, die für einen Teil ihres Einkommens der obligatorischen Versicherung unterstellt sind.

Gemäss Art. 8 Abs. 1 VFV muss die Beitrittserklärung schriftlich bei der Ausgleichskasse oder subsidiär bei der zuständigen Auslandsver-

tretung innerhalb eines Jahres ab dem Zeitpunkt des Ausscheidens aus der obligatorischen Versicherung eingereicht werden. Nach Ablauf dieser Frist ist der Beitritt zur freiwilligen Versicherung nicht mehr möglich. Liegen ausserordentliche Umstände vor, die nicht vom Antragsteller zu vertreten sind, kann die Ausgleichskasse auf Gesuch in Einzelfällen die Frist zur Abgabe der Beitrittserklärung um längstens ein Jahr erstrecken. Die Gewährung oder die Ablehnung ist durch eine Kassenverfügung zu treffen (Art. 11 VFV).

**3.2** Der Beschwerdeführer hat sich gemäss Angaben der Einwohnerkontrolle S.\_\_\_\_\_ per 31. Oktober 2000 nach Spanien abgemeldet. Gemäss Angaben in der Beitrittserklärung vom 25. Mai 2006 hat er sich im Mai 2006 in Thailand niedergelassen. In seiner Einsprache vom 11. Februar 2007 hat sich der Beschwerdeführer dahingehend geäussert, dass er damals bei Freunden in Spanien zu Besuch gewesen sei und er deren Adresse der Gemeinde S.\_\_\_\_\_ nur für den Fall allfälliger Nachfragen in Bezug auf Steuerangelegenheiten angegeben habe. Er habe sich in Spanien jedoch nie niedergelassen und sei seit der Abmeldung in S.\_\_\_\_\_ herumgereist und ohne festen Wohnsitz gewesen. Sein Gesuch sei somit innert der einjährigen Frist zur Erklärung des Beitritts erfolgt.

Der Beschwerdeführer hat sich zwar bereits im Oktober 2000 von der Gemeinde S.\_\_\_\_\_ abgemeldet, dennoch hat er sich in der Folge bei der kantonalen Ausgleichskasse S.\_\_\_\_\_ als Nichterwerbstätiger der obligatorischen Versicherung unterstellt. Die Ausführungen des Beschwerdeführers wie auch sein gezeigtes Verhalten (Registrierung als Nichterwerbstätiger bei der obligatorischen Versicherung und Bezahlung der entsprechenden Beiträge sowie unverzügliches Stellen eines Beitrittsgesuchs nach der Begründung des Wohnsitzes in Thailand), deuten darauf hin, dass der Beschwerdeführer seinen Wohnsitz in der Gemeinde S.\_\_\_\_\_ gemäss Art. 13 Abs. 1 ATSG in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) bis zur Begründung des Wohnsitzes in Thailand im Mai 2006 beibehalten hat. Die Vorinstanz hat es allerdings unterlassen, zu dieser Frage vom Beschwerdeführer Belege einzuverlangen. So fehlen in den Akten beispielsweise Passkopien oder Flugbestätigungen, welche den vom Beschwerdeführer dargestellten Sachverhalt belegen könnten. Diesbezüglich ist der Sachverhalt somit unvollständig ermittelt worden.

**3.3** Der Beschwerdeführer war gemäss Bestätigung der Ausgleichskasse S.\_\_\_\_\_ vom 31. Juli 2007 in den Jahren 2002 bis und mit 2006 als Nichterwerbstätiger erfasst und hat entsprechende Beiträge geleistet. Im Jahr 2001 hatte sich der Beschwerdeführer bereits bei der Ausgleichskasse als Nichterwerbstätiger angemeldet, wurde jedoch aufgrund der in jenem Jahr durch Erwerbstätigkeit geleisteten Beiträge von einer weitergehenden Beitragspflicht befreit. Dies hat die Ausgleichskasse S.\_\_\_\_\_ dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 2. Oktober 2001 bestätigt.

Die im individuellen Kontoauszug für die Jahre 2000 und 2001 deklarierten Einkommen lassen aufgrund ihrer Höhe in Verbindung mit der Anzahl Beitragsmonate Zweifel aufkommen, ob es sich dabei effektiv um Lohn und nicht um eine Abgangsentschädigung handelt. Sollte es sich um eine Abgangsentschädigung handeln, wäre zum einen zu prüfen, ob der Beschwerdeführer in den entsprechenden Monaten auch gearbeitet hat oder ob lediglich die Abgangsentschädigung bezahlt und verbucht wurde. Diesfalls könnte der Beschwerdeführer in der entsprechenden Zeit gemäss Art. 1a Abs. 1 lit. b AHVG nicht als Versicherter aufgrund Erwerbstätigkeit gelten, da eine solche eben gerade nicht ausgeübt wurde (vgl. BGE 111 V 167 Erw. 4c). Zum anderen wäre zu prüfen, ob der Beschwerdeführer unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nachträglich als Nichterwerbstätiger zu erfassen ist, verbunden mit der Pflicht, entsprechende Beiträge nachzuzahlen. Diese Möglichkeit setzt allerdings voraus, dass der Beschwerdeführer in der fraglichen Zeit noch Wohnsitz in der Schweiz hatte und somit eine Erfassung als Nichterwerbstätiger überhaupt möglich wäre. Unterlagen, welche eine Klärung der aufgeworfenen Fragen, insbesondere wann das Arbeitsverhältnis beendet wurde, erlauben, befinden sich nicht in den Akten und sind somit noch einzuverlangen. Auch diesbezüglich kann daher festgehalten werden, dass der Sachverhalt durch die Vorinstanz unvollständig ermittelt worden ist.

**3.4** Die SAK macht zudem geltend, der Beschwerdeführer könne sich nicht mit Wirkung ab Juni 2006 freiwillig versichern, da er zu jenem Zeitpunkt noch obligatorisch versichert gewesen sei. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die Ansicht der SAK zwar insofern zutreffend ist, dass eine gleichzeitige Unterstellung sowohl unter die obligatorische als auch unter die freiwillige Versicherung grundsätzlich - ausser im Falle von Art. 7 VFV, in welchem aber eine Erwerbstätigkeit vorausge-

setzt wird - nicht möglich ist. Eine Entrichtung von Beiträgen an die obligatorische Versicherung bedeutet allerdings keine zwingende Unterstellung unter die obligatorische Versicherung. Sind nämlich die Versicherungsvoraussetzungen wie im vorliegenden Fall nicht mehr gegeben, so hat allein die Entrichtung von Beiträgen an die obligatorische Versicherung trotz Wegfall der Versicherungsvoraussetzungen (vorliegend: Aufgabe des Wohnsitzes in der Schweiz) keine Unterstellung unter die obligatorische Versicherung zur Folge und stellt somit auch kein Hinderungsgrund für einen Beitritt zur freiwilligen Versicherung dar. Nach Aufnahme in die freiwillige Versicherung hätte der Beschwerdeführer die Möglichkeit, zuviel bezahlte Beiträge an die obligatorische Versicherung gestützt auf Art. 16 Abs. 3 AHVG zurückzufordern.

**3.5** Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, dass die Vorinstanz den rechtserheblichen Sachverhalt in mehreren Punkten unvollständig festgestellt hat und die Beschwerde demzufolge gutzuheissen und der Einspracheentscheid vom 19. Februar 2007 aufzuheben ist.

Nach Art. 61 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz die zu beurteilende Sache, statt selbst zu entscheiden, mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurückweisen. Ein solcher Ausnahmefall ist hier wegen der in entscheidenden Punkten unvollständigen Akten gegeben, weshalb die Sache an die SAK zurückgewiesen wird, damit sie den rechtserheblichen Sachverhalt vollständig abkläre.

Die Sache wird zur weiteren Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts im Sinne der Erwägungen 3.2 und 3.3 sowie zum Erlass einer neuen Verfügung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

#### **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 keine unverhältnismässig grossen Kosten entstanden sind und dieser zu Recht auch 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 und der Einspracheentscheid vom 19. Februar 2007 aufgehoben.

### **2.**

Die Sache wird zur weiteren Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts im Sinne der Erwägungen 3.2 und 3.3 sowie zum Erlass einer neuen Verfügung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

### **3.**

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

### **4.**

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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: