

# **BVGer C-5157/2011 vom 8. Juli 2013**

Bundesverwaltungsgericht, 2013-07-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-5157\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-5157_2011)

FR: TAF C-5157/2011 du 8 juillet 2013

IT: TAF C-5157/2011 del 8 luglio 2013

## **Regeste**

Alters- und Hinterlassenenversicherung (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 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. 85bis 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.

### **E. 1.2**

Aufgrund von Art. 3 lit. dbis des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) findet das VwVG keine Anwendung in Sozialversicherungsrechtssachen, soweit das ATSG 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.

### **E. 1.3**

Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 27. Juli 2011, mit welchem die Vorinstanz - trotz anders lautendem Dispositiv ("Wir treten auf die Einsprache nicht ein") - die Einsprache materiell abgewiesen hat.

### **E. 1.4**

Der durch seine Grossmutter vertretene Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Einspracheentscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, sodass er im Sinne von Art. 59 ATSG beschwerdelegitimiert ist.

### **E. 1.5**

Da die Beschwerde im Übrigen unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes während der Gerichtsferien frist- (Art. 38 Abs. 4 und Art. 60 ATSG sowie Art. 22a Abs. 1 VwVG) und formgerecht (Art. 52 VwVG) eingereicht wurde, ist darauf einzutreten.

### **E. 2.1**

In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen materiellen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten (BGE 130

V 329 E. 2.3). Die Frage, ob die SAK zu Recht auf das Gesuch um Gewährung einer Waisenrente nicht eingetreten ist, beurteilt sich nach den in diesem Zeitpunkt gültigen Bestimmungen des AHVG und der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (AHVV, SR 831.101).

### **E. 2.2**

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 rechtserheblichen Sachverhalts sowie Unangemessenheit des Entscheids rügen (Art. 49 VwVG).

### **E. 3**

Vorliegend ist strittig und vom Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht die Einsprache vom 16. Dezember 2010 abgewiesen und die Nichteintretensverfügung vom 5. November 2010 bestätigt hat.

#### **E. 3.1**

Wer Versicherungsleistungen beansprucht, muss unentgeltlich alle Auskünfte erteilen, die zur Abklärung des Anspruchs und zur Festsetzung der Versicherungsleistungen erforderlich sind (Art. 28 Abs. 2 ATSG). Kommen die versicherte Person oder andere Personen, die Leistungen beanspruchen, den Auskunfts- oder Mitwirkungspflichten in unentschuldbarer Weise nicht nach, so kann der Versicherungsträger auf Grund der Akten verfügen oder die Erhebungen einstellen und Nichteintreten beschliessen. Er muss diese Personen vorher schriftlich mahnen und auf die Rechtsfolgen hinweisen; ihnen ist eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen (Art. 43 Abs. 3 ATSG).

#### **E. 3.2**

Vorliegend hat die Vorinstanz den Beschwerdeführer vor Erlass der Nichteintretensverfügung vom 5. November 2010 zwar schriftlich gemahnt, es jedoch unterlassen ihn auf die Rechtsfolgen gemäss Art. 43 Abs. 3 ATSG hinzuweisen (vgl. act. 12). Nach Erhalt der Einsprache des Beschwerdeführers vom 16. Dezember 2010 hat die Vorinstanz den Beschwerdeführer aber erneut gemahnt und ihm zweimal eine Nachfrist zur Einreichung der fehlenden Unterlagen gesetzt sowie ihn auf die Rechtsfolgen gemäss Art. 43 Abs. 3 ATSG hingewiesen (act. 17 und 18). Damit hat die Vorinstanz diesen Formfehler geheilt. Dieses Vorgehen der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden.

#### **E. 3.3**

Es besteht gemäss Art. 43 Abs. 3 ATSG keine Pflicht der Sozialversicherung, trotz verletzter Mitwirkungspflicht den Sachverhalt weiter abzuklären, um materiell entscheiden zu können (Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage, Bern 2003, S. 446). Die Schweizerische Ausgleichskasse ist befugt, an den Gesuchsteller direkt zu gelangen, mit der Auflage, Urkunden vorzulegen und Auskünfte zu erteilen; sie kann die Mitarbeit im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 VwVG durch Androhung prozessualer Nachteile erzwingen (vgl. zur schon vor Erlass des ATSG noch unter dem VwVG geltenden Praxis: Felix Bendel, Amtshandlungen im Ausland von Organen der Schweizerischen Alters-, Hinterbliebenen- und Invalidenversicherung, in: Zeitschrift für Sozialversicherungsrecht und berufliche Vorsorge [SZS] 1974 189 ff.). Im Sozialversicherungsverfahren sind die Parteien in der Tat zur Mitwirkung in der Sachverhaltsabklärung verpflichtet, wenngleich der Untersuchungsgrundsatz, wonach die Behörde den rechtserheblichen Sachverhalt von

Amtes wegen, aus eigener Initiative und ohne Bindung an die Vorbringen der Parteien abklärt, im Vordergrund steht. Der Untersuchungsgrundsatz findet mithin sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 117 V 261 E. 3b; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Zürich 2009, Art. 43 Rz. 9 m.w.H.). Wann unter den erwähnten Voraussetzungen bei schuldhafter Unterlassung der notwendigen und zumutbaren Mitwirkung ein Nichteintretensentscheid bzw. ein materieller Entscheid aufgrund der vorhandenen Akten gefällt werden kann, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Lässt sich beispielsweise der Sachverhalt ohne Schwierigkeiten und ohne besonderen Aufwand abklären, auch wenn der Gesuchsteller die Mitwirkung verweigert oder unterlässt, so wird die Verwaltung die betreffenden Erhebungen zu tätigen und anschliessend materiell zu entscheiden haben. Ebenso wird materiell zu entscheiden sein, wenn die vorliegenden Akten einen Teilanspruch begründen (die Unterlagen erlauben beispielsweise den Schluss auf eine halbe Rente, hinsichtlich der ganzen Rente ist jedoch der Sachverhalt ungenügend erhellt). In Grenz- und Zweifelsfällen ist die für die Gesuch stellende Person günstigere Variante zu wählen (BGE 108 V 229 E. 2, bestätigt im Urteil des Bundesgerichts U\_48/07 vom 6. November 2007 E. 4.2). Im Fall der Beweislosigkeit fällt jedoch der Entscheid zu Ungunsten jener Partei aus, die daraus Rechte ableiten will (BGE 117 V 261 E. 3b mit Hinweisen).

#### **E. 3.4**

Gemäss Art. 25 Abs. 1 AHVG haben Kinder, deren Vater oder Mutter gestorben ist, Anspruch auf eine Waisenrente. Pflegekinder haben beim Tod der Pflegeeltern Anspruch auf eine Waisenrente nach Art. 25 AHVG, wenn sie unentgeltlich zu dauernder Pflege und Erziehung aufgenommen worden sind (Art. 49 Abs. 1 AHVV).

#### **E. 3.5**

Nach Ziffer 4.7.4 "Abklärungen bei Pflegekinder" Rz. 4312 ff. RWL muss die Anmeldung Angaben über Pflegevater, Pflegemutter und Pflegekind enthalten. Zudem muss aus der Anmeldung die Art und Dauer des Pflegeverhältnisses hervorgehen. Der Anmeldung ist eine Bestätigung der mit der Pflegekinderaufsicht betrauten zuständigen Behörde über die Erteilung der Bewilligung für das betreffende Pflegekindverhältnis beizulegen. Besteht nach den einschlägigen Vorschriften keine Bewilligungspflicht, ist auch dieser Sachverhalt durch eine Bescheinigung der genannten Behörde zu belegen. Die persönlichen Verhältnisse des Pflegekindes sind in der Regel aufgrund eines Personalausweises des heimatlichen Zivilstandsamtes zu prüfen. Die Angaben über das Pflegeverhältnis sind aufgrund der Bestätigung zu überprüfen. Weitere amtliche Auskünfte können bei der Pflegekinder-Aufsichtsbehörde (s. Art. 316 ZGB) eingeholt werden. Die Ausgleichskasse kann auf Tatsachen abstellen, die sie bei der Durchführung anderer Aufgaben (z.B. bei der Ausrichtung von Ergänzungsleistungen, Beihilfen, Familienzulagen) festgestellt hat. Gemäss Ziffer 11.5.3 "bei Renten für Pflegekinder" Rz. 11119 RWL hat sich die Ausgleichskasse bei Waisen- und Kinderrenten für Pflegekinder in der Regel jährlich zu vergewissern, ob die Pflegekinderbewilligung noch besteht, ob das Pflegeverhältnis vom überlebenden Pflegeelternteil fortgeführt wird und ob das Pflegekind nicht ganz oder teilweise von den leiblichen Eltern unterhalten wird. Nach Ziffer 3.6.1.2 "Pflegekinder" Rz. 3310 f. RWL vom 1. Januar 2003 ist das Pflegeverhältnis unentgeltlich, wenn die an die Pflegeeltern für das Kind von dritter Seite erbrachten Leistungen (z.B. Unterhaltsbeiträge der Eltern oder von Verwandten, Alimentenbevorschussung, Kostgelder, Sozialversicherungsrenten, private Versicherungsleistungen) weniger als ein Viertel der

tatsächlichen Unterhaltskosten decken (ZAK 1958 S. 335; ZAK 1973 S. 573). Wird den Pflegeeltern für das Kind ein Vermögen zum Verbrauch oder zur Nutzung überlassen (z.B. eine einmalige Abfindung des Vaters), so gilt das Pflegeverhältnis als unentgeltlich, wenn das Vermögen im Durchschnitt der ganzen Unterhaltsdauer einer monatlichen Leibrente entspricht, die weniger als einen Viertel der tatsächlichen Unterhaltskosten deckt (ZAK 1968 S. 636).

### **E. 3.6**

Verwaltungsweisungen - wie vorliegend die RWL - richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (Urteil des BGer 8C\_713/2010 vom 23. März 2011 E. 3, BGE 133 V 587 E. 6.1, BGE 133 V 257 E. 3.2 mit Hinweisen).

### **E. 3.7**

Im vorliegenden Fall hatte die Vorinstanz den Antrag des Beschwerdeführers auf Waisenrente zu beurteilen. In seinem Antrag machte er geltend, dass er seit dem 11. Februar 2002 unter der Pflege seiner Grossmutter B.\_\_\_\_\_ stehe. Sein Grossvater, der Pflegevater, sei am [...] 2002 verstorben. Als Beweismittel reichte der Beschwerdeführer einen Beschluss des Sozialamtes in X.\_\_\_\_\_ vom 11. Februar 2002 ein. Diesem Beschluss ist zu entnehmen, dass das Sorgerecht über den Beschwerdeführer B.\_\_\_\_\_ zugesprochen wurde (act. 11 S. 5 und 6). Der Beschwerdeführer ist somit seiner Pflicht gemäss RWL, der Anmeldung eine Bestätigung der mit der Pflegekinderaufsicht betrauten zuständigen Behörde über die Erteilung der Bewilligung für das betreffende Pflegekindverhältnis beizulegen, nachgekommen (vgl. E. 3.5 hiavor). Gemäss diesem Beschluss wurde B.\_\_\_\_\_ verpflichtet, jedes Jahr einen Bericht über die Führung der Fürsorge gegenüber dem Kind auszuhändigen. In der von B.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit ihrer Witwenrente im Jahre 2005 eingereichten Lebensbescheinigung vom 4. März 2005 wurden keine abhängigen Personen aufgeführt (act. 5 S. 2). Die Vorinstanz begründet ihre Forderung nach den Berichten über die Führung der Fürsorge des Beschwerdeführers der letzten fünf Jahre im Wesentlichen damit, dass zwischen dem Ableben des Pflegevaters und der Geltendmachung des Anspruchs auf eine Waisenrente für Pflegekinder geraume Zeit vergangen sei, weshalb geprüft werden müsse, ob das Pflegeverhältnis seit 2002 bis zur Geltendmachung des Anspruchs im Jahre 2010 unentgeltlich und dauerhaft gewesen sei, d.h. ununterbrochen bestanden habe. Ein dauerhaftes Pflegeverhältnis sei insbesondere fraglich, weil in der Lebensbescheinigung von B.\_\_\_\_\_ aus dem Jahre 2005 keine von ihr abhängigen Personen aufgeführt worden seien. Die Berichte über die Führung der Fürsorge des Beschwerdeführers der letzten fünf Jahre könnten Aufschluss über die Dauer und Unentgeltlichkeit des Pflegeverhältnisses geben und seien daher zur Feststellung des Leistungsanspruchs gemäss Art. 49 AHVV unentbehrlich. Die Vorinstanz führt zutreffend aus, dass geprüft werden muss, ob das Pflegeverhältnis seit 2002 bis zur Geltendmachung des Anspruchs im Jahr 2010 unentgeltlich und dauerhaft gewesen ist (vgl. Art. 49 Abs. 1 AHVV). In ihrer Argumentation verkennt die Vorinstanz jedoch, dass der Beschwerdeführer nebst der (gemäss RWL erforderlichen) Bestätigung der mit der

Pflegekinderaufsicht betrauten zuständigen Behörde über die Erteilung der Bewilligung für das betreffende Pflegekindverhältnis (Beschluss des Sozialamtes in X.\_\_\_\_\_ vom 11. Februar 2002; act. 11 S. 5 und 6) auch zwei Bescheinigungen des Sozialamtes X.\_\_\_\_\_ vom 5. Oktober 2010 eingereicht hat, welche bestätigten, dass der Beschwerdeführer seit dem 11. Februar 2002 unter der Pflege von B.\_\_\_\_\_ steht und dass weder das Kind noch die Pflegemutter vom Sozialamt X.\_\_\_\_\_ finanziell unterstützt werden (act. 14 S. 3 bis 6). Inwiefern die vom Beschwerdeführer geforderten Berichte von B.\_\_\_\_\_ über die Führung der Fürsorge des Beschwerdeführers der letzten fünf Jahre trotzdem für den Erlass eines materiellen Entscheids erforderlich sein sollen, konnte die Vorinstanz nicht nachvollziehbar begründen. Hinzu kommt, dass es sich bei diesen Berichten auch nicht um behördlich ausgestellte Dokumente, sondern vielmehr um von B.\_\_\_\_\_ selbst erstellte Berichte handelt, die für sich allein nach der Auffassung des Gerichts nicht geeignet sind, die Unentgeltlichkeit und Dauerhaftigkeit des Pflegeverhältnisses zu belegen. Gemäss Rz. 4315 RWL sind die Angaben über das Pflegeverhältnis aufgrund der genannten Bestätigung zu überprüfen. Die Vorinstanz hat zudem die Möglichkeit weitere amtliche Auskünfte bei der Pflegekinder-Aufsichtsbehörde einzuholen.

### **E. 3.8**

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass keine Verletzung der Auskunfts- und Mitwirkungspflicht gemäss Art. 28 Abs. 2 ATSG auszumachen ist, welche ein Nichteintreten gestützt auf Art. 43 Abs. 3 ATSG erlauben würde. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen. Der angefochtene Einspracheentscheid vom 27. Juli 2011 ist aufzuheben und die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese - nach Einholung allfälliger weiterer amtlicher Auskünfte bei der Pflegekinder-Aufsichtsbehörde - einen materiellen Entscheid in der Sache fällt.

### **E. 4**

Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

#### **E. 4.1**

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

#### **E. 4.2**

Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer hat gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) Anspruch auf eine Parteientschädigung zu Lasten der Verwaltung. Diese wird unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwands auf CHF 1'200.-- (inkl. Auslagen) festgelegt, wobei keine Mehrwertsteuer geschuldet ist (vgl. Art. 1 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 8 und 18 Abs. 1 des Mehrwertsteuergesetzes vom 12. Juni 2009 [MWSTG, SR 641.20]). Die unterliegende SAK hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.