

# **BVGer C-6150/2019 vom 31. Oktober 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-10-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-6150\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-6150_2019)

FR: TAF C-6150/2019 du 31 octobre 2021

IT: TAF C-6150/2019 del 31 ottobre 2021

## **Regeste**

Beiträge

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist ein Verwaltungsakt der Vorinstanz, nämlich der Einspracheentscheid vom 24. Oktober 2019 betreffend die Erhebung der AHV-Beiträge 2013, der ohne Zweifel eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021) darstellt.

### **E. 1.2**

Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) in Verbindung mit Art. 33 Bst. h und i VGG und Art. 85bis Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10) sowie Art. 5 VwVG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden von Personen mit Wohnsitz im Ausland, die ihre Erwerbstätigkeit in der Schweiz zwischenzeitlich aufgegeben und damit in der Schweiz auch keinen Arbeitgeber mehr haben (hier: seit Juli 2018; vgl. dazu Art. 200 AHVV), gegen Verfügungen der Vorinstanz (s. BVGE 2008/52 E. 1.3; Urteile BVGer C-1503/2015 vom 14. April 2016 E. 1.1, C-4008/2013 vom 16. April 2014 E. 1 ff.). Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor.

### **E. 1.3**

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. dbis 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.

### **E. 1.4**

Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Einspracheentscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, so dass sie im Sinne von Art. 59 ATSG beschwerdelegitimiert ist.

### **E. 1.5**

Gemäss Art. 60 Abs. 1 ATSG ist die Beschwerde innert 30 Tagen nach Eröffnung des Einspracheentscheides einzureichen. Die Beschwerde vom 15. November 2019 ging am 21.

November 2019 beim Bundesverwaltungsgericht ein. Damit ist die Frist zur Erhebung der Beschwerde gewahrt und es ist auf die eingereichte Beschwerde einzutreten.

## **E. 2.1**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts und die Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

### **E. 2.1.1**

Der Sozialversicherungsprozess ist (wie das dem Prozess vorausgehende Verwaltungsverfahren) vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach hat das Gericht (bzw. die untersuchende Behörde im Verwaltungsverfahren) von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht unbeschränkt; er findet zum einen sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 193 E. 2; BGE 122 V 157 E. 1a, je mit weiteren Hinweisen). Die behördliche und richterliche Abklärungspflicht umfasst nicht unbeschrieben alles, was von einer Partei behauptet oder verlangt wird. Vielmehr bezieht sie sich nur auf den im Rahmen des streitigen Rechtsverhältnisses (Streitgegenstand) rechtserheblichen Sachverhalt. Rechtserheblich sind alle Tatsachen, von deren Vorliegen es abhängt, ob über den streitigen Anspruch so oder anders zu entscheiden ist (Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1913, S. 43 und 269 ff.). In diesem Rahmen haben Verwaltungsbehörden und Sozialversicherungsgerichte zusätzliche Abklärungen stets vorzunehmen oder zu veranlassen, wenn hierzu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichender Anlass besteht (BGE 117 V 282 E. 4a mit Hinweis; Urteil des EVG I 520/99 vom 20. Juli 2000).

### **E. 2.1.2**

Im Sozialversicherungsprozess hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Das Gericht hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (BGE 126 V 353 E. 5b, 125 V 193 E. 2, je mit Hinweisen). 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. Gygi, a.a.O., S. 212).

## **E. 3**

Die Beschwerdeführerin ist deutsche Staatsangehörige und übte im Beitragsjahr 2013 sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland eine Erwerbstätigkeit aus.

### **E. 3.1**

Nach der Rechtsprechung stellt das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung einer Streitsache in der Regel auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Entscheides (hier: Einspracheentscheid vom 24. Oktober 2019) eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweisen). Tatsachen, die jenen Sachverhalt seither verändert haben, sollen im Normalfall Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung sein (BGE 130 V 138 E.

2.1).

### **E. 3.2**

Vorbehältlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen sind in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgeblich, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 132 V 215 E. 3.1.1). Deshalb sind vorliegend jene gesetzlichen Bestimmungen anwendbar, welche für den strittigen Beitragszeitraum (hier: Beitragsjahr 2013) Geltung hatten (vgl. BGE 130 V 329 E. 2.3; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts H 115/01 vom 28. September 2001 E. 2 mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7782/2009 vom 24. Mai 2012 E. 3.3). Diese Lösung stellt zufolge ihres allgemein gültigen Bedeutungsgehaltes einen für alle Rechtsverhältnisse - und somit auch für die Beurteilung der Beitragspflicht - geltenden intertemporalrechtlichen Grundsatz auf (BGE 130 V 445 E. 1.2.1; SVR 2010 IV Nr. 59 S. 181 E. 3.1).

#### **E. 3.3.1**

Am 1. Juni 2002 ist das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681) in Kraft getreten. Nach Art. 1 Abs. 1 des auf der Grundlage des Art. 8 FZA ausgearbeiteten und Bestandteil des Abkommens bildenden (Art. 15 FZA) Anhangs II FZA («Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit») in Verbindung mit Abschnitt A dieses Anhangs wenden die Vertragsparteien untereinander insbesondere die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (SR 0.831.109.268.1) und die Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (SR 0.831.109.268.11) oder gleichwertige Vorschriften an. Die beiden genannten gemeinschaftsrechtlichen Verordnungen sind für die Schweiz durch den Beschluss Nr. 1/2012 des Gemischten Ausschusses vom 31. März 2012 zur Ersetzung des Anhangs II des Abkommens über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit per 1. April 2012 in Kraft getreten (AS 2012 2345; vgl. auch BGE 138 V 533 E. 2.1 m.w.H.).

#### **E. 3.3.2**

Vorliegend gelangen die VO 883/2004 in der Fassung vom 1. April 2012 und die VO 987/2009 in der Fassung vom 1. April 2012 zur Anwendung: Es ist ein länderübergreifender Sachverhalt im Jahr 2013 (s. Verfügung vom 5. Dezember 2018, ersetzt durch den Einspracheentscheid vom 24. Oktober 2019) zu beurteilen. Aufgrund der deutschen Staatsangehörigkeit der Beschwerdeführerin, einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft, und ihrer Erwerbstätigkeit in der Schweiz ist der persönliche Geltungsbereich gegeben (Art. 2 Abs. 1 VO 883/2004). Der sachliche Geltungsbereich erstreckt sich auf alle Rechtsvorschriften betreffend die auf Beiträgen beruhenden Systeme der sozialen Sicherheit (Art. 3 Abs. 2 VO 883/2004).

#### **E. 3.4**

Art. 13 VO 883/2004 enthält eine Kollisionsnorm im Falle der Ausübung einer Erwerbstätigkeit in zwei Mitgliedstaaten. Gemäss Art. 13 Abs. 3 unterliegt eine Person, die gewöhnlich in verschiedenen Mitgliedstaaten eine Beschäftigung (unselbständige Tätigkeit)

und eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sie eine Beschäftigung ausübt, oder, wenn sie eine solche Beschäftigung in zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt, den nach Absatz 1 bestimmten Rechtsvorschriften (eingehend E. 5 hiernach).

### **E. 3.5**

Art. 16 VO 987/2009 äussert sich sodann im Speziellen zum Verfahren bei der Anwendung von Art. 13 VO 883/2004 (eingehend E. 6 hiernach). Danach teilt eine Person, die in zwei oder mehreren Mitgliedstaaten eine Tätigkeit ausübt, dies dem von der zuständigen Behörde ihres Wohnmitgliedstaats bezeichneten Träger mit (Abs. 1). Der bezeichnete Träger des Wohnorts legt unter Berücksichtigung von Art. 13 VO 883/2004 und Art. 14 VO 987/2009 unverzüglich fest, welchen Rechtsvorschriften die betreffende Person unterliegt. Diese erste Festlegung erfolgt vorläufig. Der Träger unterrichtet die bezeichneten Träger jedes Mitgliedstaats, in dem die Person eine Tätigkeit ausübt, über seine vorläufige Festlegung (Abs. 2). Die vorläufige Festlegung der anzuwendenden Rechtsvorschriften nach Abs. 2 erhält binnen zwei Monaten, nachdem die von den zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaats bezeichneten Träger davon in Kenntnis gesetzt wurden, endgültigen Charakter, es sei denn u.a., einer der betreffenden Träger setzt den von der zuständigen Behörde des Wohnmitgliedstaats bezeichneten Träger vor Ablauf dieser zweimonatigen Frist davon in Kenntnis, dass er die Festlegung noch nicht akzeptieren kann oder diesbezüglich eine andere Auffassung vertritt (Abs. 3). Ist auf Grund bestehender Unsicherheit bezüglich der Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften eine Kontaktaufnahme zwischen den Trägern oder Behörden zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten erforderlich, so werden auf Ersuchen eines oder mehrerer der von den zuständigen Behörden der betreffenden Mitgliedstaaten bezeichneten Träger oder auf Ersuchen der zuständigen Behörden selbst die geltenden Rechtsvorschriften unter Berücksichtigung von Art. 13 VO 883/2004 und der einschlägigen Bestimmungen von Art. 14 VO 987/2009 einvernehmlich festgelegt (Abs. 4 Abschnitt 1). Sind die betreffenden Träger oder zuständigen Behörden unterschiedlicher Auffassung, so bemühen diese sich nach den vorstehenden Bedingungen um Einigung; es gilt Art. 6 VO 987/2009 (Abs. 4 Abschnitt 2; BGE 144 V 210 E. 6.3.2.1).

### **E. 4**

Vorab ist zu prüfen, ob die Beitragsverfügung rechtsgenügend eröffnet wurde und im gegenteiligen Fall die Beitragsforderung verjährt ist.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Verfügung vom 5. Dezember 2018 sei ihr nicht vor Ablauf der Verjährungsfrist ordnungsgemäss eröffnet worden, weshalb die Verjährung eingetreten sei (B-act. 1.2 f.). Zur Begründung bringt sie replicando vor, sie sei unter Verweis auf die Fahrkarten vom 6. bis 8. Dezember 2018 abwesend gewesen und die Verfügung sei entgegen den Angaben in der Sendungsverfolgung weder an sie noch an eine andere empfangsberechtigte Person gelangt (B-act. 9.1 f.).

#### **E. 4.2**

Dagegen wendet die Vorinstanz ein, die am 5. Dezember 2018 erlassene Verfügung sei gemäss Sendungsnummer RU 361007266CH gleichentags als eingeschriebene Sendung der Post übergeben und am 8. Dezember 2018 der Beschwerdeführerin zugestellt worden (B-act. 6.2; AK 5.4). Sie stellt sich auf den Standpunkt, es sei gestützt auf die Wegleitung

über den Bezug der Beiträge in der AHV, IV und EO des BSV (vgl. N. 5028 < <https://sozialversicherungen.admin.ch/de/d/6923/download> >, abgerufen am 09.07.2021) auf den Zeitpunkt der Postaufgabe abzustellen, um die Verjährungsfrist zu wahren, und nicht auf denjenigen der Postzustellung (B-act. 11.2).

#### **E. 4.3**

Nach Art. 38 Abs. 2bis ATSG und der zum gleichlautenden Art. 20 Abs. 2bis VwVG ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Briefkasten- und Postfachzustellung gilt die Fiktion, dass eine eingeschriebene Sendung spätestens am letzten Tag einer Frist von sieben Tagen ab Eingang bei der Poststelle am Ort des Empfängers als zugestellt zu betrachten ist, sofern tatsächlich ein erfolgloser (Briefkasten- oder Postfach-) Zustellungsversuch (mit entsprechender Abholungseinladung) unternommen wurde und der Adressat mit der fraglichen Zustellung rechnen musste (sogenannte «Zustellfiktion»). Die Beweislast für die Zustellung von Verfügungen und Entscheiden trägt die Behörde. Sie hat auf geeignete Art den Beweis dafür zu erbringen, dass und wann die Zustellung erfolgt ist (Urteil des BGer 2C\_713/2015 vom 13. Dezember 2015 E. 3.3 mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 4.4**

Entgegen dieser allgemeinen Beweislastverteilung gilt bei eingeschriebenen Sendungen eine widerlegbare Vermutung, dass der oder die Postangestellte den Avis ordnungsgemäss in den Briefkasten des Empfängers gelegt hat und das Zustellungsdatum korrekt registriert wurde. Dies gilt namentlich auch dann, wenn die Sendung im elektronischen Suchsystem «Track & Trace» der Post erfasst ist, mit welchem es möglich ist, die Sendung bis zum Empfangsbereich des Empfängers zu verfolgen. Es findet in diesem Fall hinsichtlich der Ausstellung der Abholungseinladung insofern eine Umkehr der Beweislast statt, als im Fall der Beweislosigkeit zuungunsten des Empfängers zu entscheiden ist, der den Erhalt der Abholungseinladung bestreitet. Diese Vermutung kann durch den Gegenbeweis umgestossen werden. Die Vermutung gilt so lange, als der Empfänger nicht den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung erbringt. Da der Nichtzugang einer Abholungseinladung eine negative Tatsache ist, kann dafür naturgemäss kaum je der volle Beweis erbracht werden. Die immer bestehende theoretische Möglichkeit eines Fehlers bei der Poststelle genügt aber nicht, um die Vermutung zu widerlegen, solange nicht konkrete Anzeichen für einen derartigen Fehler vorhanden sind (Urteil 2C\_713/2015 E. 3.3 mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 4.5**

Vorliegend bringt die Beschwerdeführerin keine Anhaltspunkte vor, die eine fehlerhafte Zustellung als überwiegend wahrscheinlich indizieren würden. Sie legt lediglich Fahrkarten ins Recht, woraus ersichtlich wird, dass die Beschwerdeführerin am 6. Dezember um 15.42 Uhr von H. \_\_\_\_\_ nach I. \_\_\_\_\_ (Ankunft: 17:24 Uhr) gereist sei (B-act. 9 Beilage a); am 8. Dezember sei sie um 12:46 Uhr aus I. \_\_\_\_\_ abgereist und um 13:41 Uhr in J. \_\_\_\_\_ angekommen (B-act. 9 Beilage b) und am 9. Dezember sei sie um 17:15 Uhr von J. \_\_\_\_\_ über K. \_\_\_\_\_ nach D. \_\_\_\_\_ (Ankunft: 21:00 Uhr) gereist (B-act. 9 Beilage c). Ob die Reise von ihr tatsächlich angetreten worden ist, bleibt trotz der eingereichten Fahrkarten ungewiss. Es gelingt der Beschwerdeführerin mit der Einreichung von Bahnkarten somit nicht, die Vermutung der erfolgten Postzustellung mittels Gegenbeweis, wonach ein Fehler bei der Zustellung geschehen sei, umzustossen (s. E. 4.4 hiervor). Dies gilt auch für die nicht weiter belegte Aussage, die Verfügung vom 5. Dezember 2018 sei

nicht an eine Person in ihrer Wohnung in D. \_\_\_\_\_ eröffnet worden. Damit bleibt es bei der Vermutung, wonach im Falle der Beweislosigkeit zuungunsten des Empfängers zu entscheiden und damit auf das elektronische Suchsystem «Track & Trace» der Post abzustellen ist. Danach wurde die Sendung mit besagter Verfügung am 5. Dezember 2018 der Post aufgegeben (Aufgabe der Sendung) und am 8. Dezember 2018, nach einem ersten Zustellversuch um 9:41 Uhr, um 10:55 Uhr erfolgreich zugestellt (AK 5.4). Damit erreichte die Sendung den Empfangsbereich der Beschwerdeführerin am 8. Dezember 2018 (s. E. 4.3 hiavor). Die Beschwerdeführerin konnte und musste zudem mit einer Zustellung rechnen (s. E. 4.3 hiavor), zumal sie sich mit der Vorinstanz in reger Korrespondenz betreffend die Beiträge befand (AK 7). Hierzu sind die Aufforderungen vom 23. und vom 25. Juli 2018, die Unterlagen zum Einkommen in Deutschland einzureichen, aktenkundig (s. B.c). Daran ändert nichts, ob die Beschwerdeführerin am späten Abend des 8. Dezember 2018 oder erst am 9. Dezember 2018 von der Verfügung Kenntnis erhalten habe. In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht in seinem Urteil 2C\_298/2015 vom 26. April 2017 präzisiert, dass die Zustellfiktion auch dann greift, wenn gegenüber der Post für eine gewisse Dauer ein Zurückbehaltungsauftrag erteilt wurde und der Betroffene sich dagegen schützen kann, indem er beispielsweise die Behörde auf eine bevorstehende Abwesenheit aufmerksam macht, so dass diese auf eine Zustellung in dieser Zeit verzichtet (E. 3.2 mit Hinweisen). Dass die Beschwerdeführerin rechtzeitig Einsprache erhob, zeigt überdies, dass sie effektiv die Verfügung empfangen hat. Im Ergebnis konnte die Verfügung am 8. Dezember 2018 nachweislich zugestellt und damit rechtsgenügend eröffnet werden.

#### **E. 4.6**

Insoweit die Vorinstanz für den Zustellungsnachweis auf den Zeitpunkt der Postaufgabe (s. E. 4.2 hiavor) abstellt, wird vorliegend klaggestellt, dass damit eine rechtsgenügende Zustellung nicht nachgewiesen ist. Mit Blick auf die Beitragsverjährung gemäss Art. 16 Abs. 1 AHVG mussten die persönlichen Beiträge für die Beitragsperiode 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2013 bis zum 31. Dezember 2018 verfügt werden, wie in der besagten Verfügung vom 5. Dezember 2018 richtigerweise festgehalten wird. Für die Frage der Verjährung ist der Zeitpunkt der Eröffnung ausschlaggebend (vgl. bspw. Urteil des BGer H 60/01 vom 19. November 2001 E. 4). Mit Verfügung vom 5. Dezember 2018, eröffnet am 8. Dezember 2018, wurden somit die Beiträge für das Jahr 2013 vor dem 31. Dezember 2018 rechtzeitig festgesetzt und die Beitragsforderung der Vorinstanz ist damit nicht verjährt.

#### **E. 5**

Weiter ist strittig und vorliegend zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin für das Beitragsjahr 2013 für ihre gesamten Erwerbseinkünfte in der Schweiz beitragspflichtig war.

#### **E. 5.1**

Art. 13 VO 833/2004 (s. dazu auch E. 3.4 hiavor) wird in der Literatur als «die kollisionsrechtliche Grundnorm der Verordnung» bezeichnet, welche ein Grundprinzip des zwischenstaatlichen und supranationalen Sozialrechts darstellt, wonach für Personen, die der Verordnung unterliegen, die Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats gelten (s. Urteile des BGer 9C\_560/2015 vom 15. April 2016 E. 3.2 und 9C\_342/2013 vom 6. August 2013 E. 2.1.2 mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 5.2**

Für Personen, die nur in einem Vertragsstaat eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, gilt der Grundsatz, dass die Rechtsvorschriften dieses Vertragsstaates anwendbar sind (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VO 833/2004; siehe zur *lex loci laboris* Andreas Schneuwly, Die Koordinierung der Sozialversicherung im Verhältnis Schweiz - EU per 1. Januar 2015, Konsequenzen für Verwaltungsräte, StR 70/2015 S. 198, 201 Fn. 23).

### **E. 5.3**

Bei Personen, die gewöhnlich in zwei oder mehr Vertragsstaaten eine Tätigkeit ausüben, gelten jedoch gewisse Sonderregeln, die in Art. 13 Abs. 3 VO 883/2004 aufgenommen sind. Die Unterstellung hängt hier davon ab, ob eine Person gewöhnlich in zwei oder mehr Vertragsstaaten eine Beschäftigung, eine selbständige Erwerbstätigkeit oder eine Beschäftigung und eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt (Andreas Schneuwly, a.a.O., S. 201). Ob für die Zwecke der Koordinierung der Sozialversicherungsunterstellung eine Tätigkeit als Beschäftigung oder als selbständige Erwerbstätigkeit gilt, bestimmt sich nach dem Recht desjenigen Staates, in dem diese Tätigkeit ausgeübt wird (Art. 1 Bst. a und b VO 883/2004; vgl. auch Urteil des BGer 9C\_326/2013 E. 3.1 als *obiter dictum* sowie E. 3.4.1, BGE 139 V 297 E. 2.3.1 und BGE 138 V 533 E. 5.2 mit Verweis auf EuGH-Rechtsprechung), d.h. vorliegend für das Verwaltungsratsmandat in der F. \_\_\_\_\_ nach schweizerischem Recht.

### **E. 5.4**

Sodann verlangt Art. 13 Abs. 3 VO 833/2004, dass diese Erwerbstätigkeiten gewöhnlich verrichtet werden. Dabei werden gemäss Art. 14 Abs. 5b VO 987/2009, in seiner ab dem 1. Januar 2015 geltenden Fassung, für die Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften nach Art. 13 der Grundverordnung marginale Tätigkeiten nicht berücksichtigt. Somit werden unbedeutende Tätigkeiten bei der Versicherungsunterstellung nach neuem Recht nicht berücksichtigt (Art. 14 Abs. 5b VO 987/2009, vgl. dazu Andreas Schneuwly, a.a.O., S. 201). Allerdings schweigt die bis 31. Dezember 2014 geltende (und vorliegend einschlägige) Fassung der VO 987/2009 dazu. Auch Art. 14 Abs. 8 VO 987/2009 in der vorliegend anwendbaren Fassung äussert sich nur zur Wesentlichkeit im Falle der Anwendung von Art. 13 Abs. 1 und 2 VO 883/2004.

### **E. 5.5.1**

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist unbestritten, dass es sich bei der Erwerbstätigkeit in Deutschland um eine selbständige Tätigkeit handelt (Bst. B.a). Im verwaltungsinternen Verfahren kam die Qualifizierung der Erwerbstätigkeit in der Schweiz zur Sprache (AK 7.7). Bei Unklarheiten hinsichtlich dieser Qualifikationsfrage kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Feststellungsverfügung verlangt werden (vgl. BGE 132 V 263). Vorliegend wurde eine solche Verfügung nicht verlangt, die nach deren Erlass hätte angefochten und überprüft werden können. Festzuhalten ist, dass diese (Vor-)Frage nach schweizerischem Recht zu beurteilen ist (s. E. 5.3 hiervor) und nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Mandat als Verwaltungsrätin als unselbständige Tätigkeit gilt (vgl. dazu statt vieler: BGE 133 V 498 E. 3.1.2). Das Bundesgericht weicht im Einzelfall von dieser Praxis ab (BGE 105 V 113 E. 3), ein solcher Einzelfall ist hier jedoch wegen des fehlenden Unternehmensrisikos und Eingebundenseins in das Unternehmen in Form von regelmässigen Verwaltungsratssitzungen in Zürich nicht gegeben. Vorliegend wurde das Mandatsverhältnis als Verwaltungsrätin in der Schweiz für die F. \_\_\_\_\_ zu

Recht als unselbständige Tätigkeit qualifiziert, zumal auch keine Elemente einer selbständigen Tätigkeit, wie das Unternehmensrisiko (Tragen der Unkosten und des Verlustrisikos) oder das selbständige Festlegen der Arbeitszeiten in einer frei gewählten Arbeitsorganisation, geltend gemacht werden (vgl. zur Abgrenzung: Urteil des BGer 9C\_64/2019 vom 25. April 2019 E. 3.2). Gleichzeitig war die Beschwerdeführerin in Deutschland in ihrem Unternehmen unbestrittenermassen als Selbständigerwerbende tätig. Damit bleibt es vorliegend bei dieser Qualifizierung, wonach die Beschwerdeführerin zum hier streitigen Zeitpunkt in der Schweiz einer abhängigen Beschäftigung nachging sowie in Deutschland selbständigerwerbend war. Folglich übte die Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 13 Abs. 3 VO 833/2004 in verschiedenen Mitgliedstaaten eine Beschäftigung und eine selbstständige Erwerbstätigkeit aus.

### **E. 5.5.2**

Es bleibt zu prüfen, ob diese (unselbständige) Erwerbstätigkeit als «gewöhnlich» im Sinne von Art. 13 Abs. 3 VO 883/2004 zu beurteilen ist. Art. 14 Abs. 5b VO 987/2009, in seiner Fassung ab dem 1. Januar 2015, präzisiert hierzu, dass marginale Tätigkeiten von der Anwendung von Art. 13 Abs. 3 VO 883/2004 ausgeschlossen werden. Die Vorinstanz stellte sich auf den Standpunkt, dass der einschränkende Art. 14 Abs. 5b VO 987/2009 noch keine Geltung habe und überdies die Leitung eines Unternehmens aufgrund ihrer Eigenart keine marginale Tätigkeit sei, wobei sie auf die Wegleitung über die Versicherungspflicht in der AHV/IV des BSV (WPV, in ihrer Fassung gültig ab 1.1.2013), Rz. 3088 hinwies. Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, sie habe nur eine marginale Tätigkeit für die F.\_\_\_\_\_ ausgeübt. Die Vorinstanz verkenne den Unterschied zwischen einem Verwaltungsrat, der die Geschäfte selbst führe, und einem Verwaltungsrat, der die Geschäftsführung an Dritte übertrage. Bei der F.\_\_\_\_\_ sei das Letztgenannte der Fall, weshalb die Kollisionsnorm nicht anwendbar und die Beitragsfestsetzung rechtswidrig sei (B-act. 1.7). Die Vorinstanz hat zu Recht festgestellt, dass Art. 14 Abs. 5b VO 987/2009 in seiner ab 1. Januar 2015 gültigen Fassung im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung kommt, da einzig die Beitragserhebung für das Jahr 2013 streitig und zu prüfen ist. In ihrer Fassung gültig ab 1. April 2012 enthält die Bestimmung (wiederum) keine Präzisierung für die hier einschlägige Konstellation nach Art. 13 Abs. 3 VO 883/2004 (vgl. E. 5.4 hiervor). Damit erübrigen sich nachfolgend Weiterungen zur Anwendbarkeit dieser Bestimmung in ihrer Fassung ab 1. Januar 2015 und es liegt im Verwaltungsratsmandat für die F.\_\_\_\_\_ aufgrund der Verantwortlichkeit einer Verwaltungsrätin in der AG (s. Art. 754 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR, SR 220]; s. zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit: Jean Nicolas Druey/ Eva Druey Just/ Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Auflage 2021, § 14) aufgrund dessen, dass die Kürze der Tätigkeit und die fehlende aktive Geschäftsführung in der 2013 geltenden Fassung der VO 833/2004 nicht zu berücksichtigen war, eine «gewöhnliche» Tätigkeit im Sinne von Art. 13 Abs. 3 VO 883/2004 vor.

### **E. 5.5.3**

Die Beschwerdeführerin rügt in diesem Zusammenhang, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gemäss Ziff. 12 der Präambel der VO 883/2004 verletzt worden sei. Eine Vorwegnahme der erst ab 1. Januar 2015 in Kraft stehenden Bestimmung in Art. 14 Abs. 5b VO 987/2009 käme jedoch einer unzulässigen Anwendung noch nicht in Kraft stehenden Rechts (sog. positive Vorwirkung; vgl. Urteil des BVer C-1545/2020 vom 29.

Januar 2021 E. 5.4) gleich. Das Verhältnismässigkeitsprinzip stellt auch keine der bisher in der Praxis dazu anerkannten Ausnahmen dar (vgl. C-1545/2020 E. 5.4.2; Urteil des BVGer C-4592/2019 vom 18. Juni 2021 E. 6.4.2.2). Auch der Umstand, dass die im Jahre 2013 in der Schweiz erzielten Einkünfte wegen Erreichens des Pensionsalters nicht mehr rentenbildend sind, entbindet die Beschwerdeführerin (unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit) nicht von ihrer gesetzlichen Beitragspflicht (vgl. BGE 118 V 129 E. 4b mit Hinweis auf BGE 107 V 195).

### **E. 5.6**

Damit ist Art. 13 Abs. 3 der VO 883/2004 einschlägig, der für die sozialversicherungsrechtliche Unterstellung an den Beschäftigungsstaat anknüpft und dessen Recht für anwendbar erklärt. Vorliegend war die Beschwerdeführerin bei der F. \_\_\_\_\_ als Verwaltungsrätin angestellt und es ist für die Beitragsfestsetzung und -erhebung Schweizer Recht anwendbar.

### **E. 6**

Selbst wenn von der gerichtlichen Überprüfbarkeit einer Ausnahmevereinbarung gemäss Art. 16 VO 883/2004 auszugehen wäre, was in der Rechtspraxis verneint wird (vgl. E. 6.2 hiernach) kann dazu Folgendes festgehalten werden:

#### **E. 6.1**

Art. 16 Abs. 1 VO 883/04 (s. dazu auch E. 3.5 hiervor) sieht vor, dass zwei oder mehr Mitgliedstaaten, die zuständigen Behörden dieser Mitgliedstaaten oder die von diesen Behörden bezeichneten Einrichtungen im Interesse bestimmter Personen oder Personengruppen im gemeinsamen Einvernehmen Ausnahmen von den Artikeln 11-15 vorsehen können (vgl. Bettina Kahil-Wolff, *Droit social européen, Union européenne et pays associées*, 2017, S. 391 mit Verweis auf Urteile des EuGH).

#### **E. 6.2**

Ob eine Ausnahme im Sinne von Art. 16 Abs. 1 VO 883/2004 zu gewähren ist, liegt nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung nicht in der Kompetenz einer einzelnen Ausgleichskasse, sondern der beiden Verbindungsstellen in der Schweiz und in Deutschland. Zuständig für die Schweiz ist im konkreten Fall das BSV (vgl. Art. 1 Bst. m VO 883/2004) im Einvernehmen mit dem GKV-Spitzenverband, Deutsche Verbindungsstelle Krankenversicherung - Ausland. Zwar hat die Ausgleichskasse unter bestimmten Voraussetzungen offene Vorfragen aus einem anderen Rechtsgebiet zu beantworten; zu denken ist etwa an Fragen aus dem Zivil- resp. Strafrecht, wenn Schadenersatz nach Art. 52 AHVG resp. eine Rückforderung nach Art. 25 ATSG zur Diskussion steht. Hier geht es indessen um eine innerhalb der Kollisionsvorschriften von Art. 11 ff. VO 883/2004 spezialgesetzlich geregelte Zuständigkeit, wobei dem BSV in der Anwendung von Art. 16 VO 883/2004 ein erheblicher Ermessensspielraum verbleibt, vermittelt doch die Bestimmung mit der «Kann-Formulierung» keinen Anspruch auf Freistellung von den grundsätzlich anwendbaren Rechtsvorschriften (Urteil des BGer 9C\_603/2019 vom 17. Februar 2020 E. 3.5.3.1). Damit liegt der Abschluss von Ausnahmevereinbarungen im Ermessen der zuständigen Stelle und es besteht kein Anspruch auf einen solchen (vgl. Heinz-Dietrich Steinmeyer, *Europäisches Sozialrecht*, in: Fuchs [Hrsg.], *Europäisches Sozialrecht*, 7. Aufl. 2017, S. 255 f.); der Entscheid kann jedoch angefochten werden (Urteil 9C\_603/2019 E. 3.5.3.1 in fine).

### **E. 6.3**

Vorliegend erliess das BSV zwar keine an die Beschwerdeführerin gerichtete formelle Verfügung, wogegen die Beschwerdeführerin hätte opponieren können. Sie erhielt vom Nichtzustandekommen der Ausnahmereinbarung am 4. Oktober 2018 (AK 6.19) jedoch spätestens mit Verfügung vom 5. Dezember 2018 Kenntnis und hätte gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung damit innerhalb Jahresfrist eine anfechtbare Verfügung verlangen müssen (Urteile des BGer 9C\_603/2019 E. 3.5.4, 8C\_485/2018 vom 11. Februar 2019 E. 4.2 m.w.H.). Die Beschwerdeführerin hat jedoch nach Kenntnisnahme des BSV-Schreibens vom 4. Oktober 2018 innert Jahresfrist keine solche Verfügung verlangt, weshalb das BSV-Schreiben unterdessen Rechtskraft erlangt und es damit jedenfalls sein Bewenden hat.

### **E. 7**

Was die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach die Beschwerdeführerin als ehemalige C.\_\_\_\_\_ eine Beamtenstellung innehatte, anbelangt, ist nachfolgendes festzuhalten:

#### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerin beruft sich auf zwei Normen (Art. 11 Abs. 3 Bst. b und Art. 13 Abs. 4 VO 883/2004), die an die Beamtenstellung anknüpfen und das deutsche Recht für anwendbar erklären. Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. b VO 883/2004 unterliegt ein Beamter den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, dem die ihn beschäftigende Verwaltungseinheit gehört. Ferner statuiert Art. 13 Abs. 4 VO 883/2004, dass eine Person, die in einem Mitgliedstaat als Beamter beschäftigt ist und die eine Beschäftigung und/oder eine selbständige Erwerbstätigkeit in einem oder mehreren anderen Mitgliedstaaten ausübt, den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats unterliegt, dem die sie beschäftigende Verwaltungseinheit angehört. Es stellt sich vorliegend die Frage, ob die Beamtenstellung nur aktive Beamte oder auch Beamte im Ruhestand (Ruhestandsbeamte) erfasst (s. dazu Silvia Bucher, Die sozialrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zum FZA und zu Anhang K des EFTA-Übereinkommens, SZS 2013 S. 215, 229). Das Bundesgericht hat diese Frage in seinem Urteil 9C\_728/2011 vom 26. April 2012 in einem Fall eines deutschen Ruhestandsbeamten entschieden und hat erwogen, dass sich diese Sonderregel nur auf aktive Beamte im Sinne des deutschen Rechts bezieht (vgl. E. 5.3 hiervor). Auch der klare Wortlaut der Verordnung im Präsens deutet auf eine aktive Tätigkeit hin: «als Beamter beschäftigt» (vgl. auch BGer 9C\_728/2011 E. 5.3.3). Die Anwendbarkeit der Rechtsordnung des Dienststaates setzt somit eine aktive Beschäftigung voraus (vgl. BGer 9C\_728/2011 E. 5.3.3).

#### **E. 7.2**

Es kann damit der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, soweit sie vorbringt, dass die deutsche Beamteneigenschaft lebenslänglich bestehe und deshalb Art. 13 Abs. 3 VO 883/2004 nicht zur Anwendung komme (vgl. BGer 9C\_728/2011 E. 5.2). Vorliegend ist die Beschwerdeführerin seit dem 30. Juni 2012 nicht mehr im Amt als C.\_\_\_\_\_. Nach dem Ausscheiden aus dem Amt besteht damit die Beamteneigenschaft im Sinn der VO 883/2004 nicht mehr und es kann folglich nicht an eine Beamtenstellung angeknüpft werden, um das deutsche Recht als anwendbar zu erklären.

### **E. 8**

Nach dem Gesagten führen die vorliegend anwendbaren Kollisionsnormen zu einer sozialversicherungsrechtlichen Unterstellung in der Schweiz und ist Schweizer Recht anwendbar. Nach Massgabe von Art. 4 AHVG hat die Vorinstanz für das Jahr 2013 zu Recht Beiträge auf Grundlage des gesamten Erwerbseinkommens in der Schweiz (Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit) und in Deutschland (Einkommen aus selbständiger Tätigkeit) erhoben.

#### **E. 9**

Der angefochtene Einspracheentscheid vom 24. Oktober 2019 erweist sich damit als rechtens, was zur Abweisung der Beschwerde führt.

#### **E. 10**

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

##### **E. 10.1**

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

##### **E. 10.2**

Der obsiegenden Partei kann von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Als Bundesbehörde ist der SAK jedoch keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der unterliegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario).

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