



---

Abteilung III  
C-947/2011

## **Urteil vom 27. November 2012**

---

Besetzung

Richterin Franziska Schneider (Vorsitz),  
Richter Francesco Parrino, Richter Beat Weber,  
Gerichtsschreiber Tobias Merz.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Beitragsverfügung 2009.

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

Der 1963 geborene Schweizer Staatsangehörige A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer oder Versicherter) hat Wohnsitz in Peru. Aufgrund seiner Beitrittserklärung vom 25. April 2000 (Akten der Vorinstanz [*im Folgenden*: act.] 1) wurde er mit Wirkung ab 1. Mai 2000 der freiwilligen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung für Personen im Ausland unterstellt (act. 3).

In seiner Erklärung über Einkommen und Vermögen zwecks Festsetzung der Beiträge für das Beitragsjahr 2008 (act. 9) deklarierte der Versicherte kein Einkommen aus selbständiger oder unselbständiger Erwerbstätigkeit. Nach entsprechender Nachfrage (act. 10) teilte der Versicherte der Schweizerischen Ausgleichskasse (SAK; Vorinstanz) mit Brief vom 14. Dezember 2009 (act. 13) sinngemäss mit, dass er seine unselbständige Erwerbstätigkeit per Ende 2006 aufgegeben habe und seinen Lebensunterhalt durch informelle Wettspiele (vorwiegend Poker) verdiene. In seiner Erklärung über Einkommen und Vermögen zwecks Festsetzung der Beiträge für das Beitragsjahr 2009 (act. 12) deklarierte der Versicherte pro 2009 ein Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit (Gewinne aus informellen Wettspielen) in der Höhe von USD 15'300.-. Mit Beitragsverfügung vom 16. April 2010 (act. 24) legte die SAK (gestützt auf die Angaben für das Jahr 2009) das beitragspflichtige Einkommen für das Jahr 2008 auf den Betrag von CHF 16'300.- fest und stellte einen AHV/IV-Beitrag von CHF 1'597.40 sowie einen Verwaltungskostenbeitrag von CHF 47.90, total CHF 1'645.30 in Rechnung. Die Beitragsverfügung für das Jahr 2008 blieb unangefochten und erwuchs in Rechtskraft.

Die Erklärung über Einkünfte und Vermögen zwecks Festsetzung der Beiträge für das Jahr 2009 (act. 12) datiert vom 2. Januar 2010 und ist bei der Vorinstanz am 14. Januar 2010 eingegangen. Mit Schreiben vom 3. Februar 2010 ersuchte die Vorinstanz den Versicherten um Einreichung von Belegen über das Einkommen und die Vermögensverhältnisse für das Jahr 2009 (act. 16). In seiner E-Mail vom 5. Februar 2010 (act. 18) und mit Schreiben vom 8. Februar 2010 (übermittelt am 8. Februar 2010 per FAX; act. 19 [vgl. auch act. 26]) teilte der Versicherte der SAK mit, es sei nicht möglich, Dokumente einzureichen, da die Gewinne der Wettspiele in bar ausbezahlt würden, und da sein Vermögen in der Form von Bargeld aufbewahrt werde. Mit Schreiben vom 15. April 2010 (act. 22) mahnte die Vorinstanz den Versicherten unter An-

drohung einer amtlichen Verfügung und verlangte die Einreichung der zur Festsetzung der Beiträge notwendigen Belege innerhalb einer Frist von 30 Tagen. Mit E-Mail vom 30. April 2010 (act. 26 und 27) übermittelte der Versicherte das Schreiben vom 8. Februar 2010 (act. 19) erneut, da er zuvor die telefonische Auskunft erhalten habe, der FAX vom 8. Februar 2010 (act. 19) sei bei der SAK nicht eingetroffen.

Mit Verfügung vom 23. Juni 2010 (act. 30) setzte die SAK das beitragspflichtige Einkommen für das Jahr 2009 auf CHF 21'100.– fest und stellte einen AHV/IV-Beitrag von CHF 2'067.80 sowie einen Verwaltungskostenbeitrag von CHF 62.05, total CHF 2'129.85 in Rechnung. Die Verfügung wurde dem Versicherten mit normaler Post an seine Adresse in Perù zugesandt.

Mit Schreiben vom 30. August 2010 stellte die SAK dem Versicherten einen Kontoauszug über bezahlte und offene Beiträge zu und mahnte die Bezahlung der ausstehenden Beitragszahlungen (act. 31). In seiner E-Mail vom 10. September 2010 (act. 32) teilte der Versicherte der SAK mit, er habe die Beitragsverfügung für das Jahr 2009 nie erhalten, und ersuchte um Zustellung einer Kopie per E-Mail. Am 14. September 2010 wurde die Beitragsverfügung vom 23. Juni 2010 an den Versicherten per E-Mail übermittelt (act. 32).

## **B.**

Mit Eingabe vom 9. Oktober 2010 (eingegangen bei der Vorinstanz am 22. Oktober 2010; act. 34) erhob der Versicherte gegen die Beitragsverfügung vom 23. Juni 2010 Einsprache und beantragte sinngemäss die Aufhebung der Verfügung und erneute Festsetzung des beitragspflichtigen Einkommens. Zur Begründung machte er geltend, im Jahr 2009 habe er bei informellen Wettspielen ca. USD 12'500.- eingenommen. Es sei nicht möglich, dafür Belege beizubringen. Die Beitragsverfügung für das Jahr 2009 habe er am 11. September 2010 erhalten.

Mit Einspracheentscheid vom 11. Januar 2011 (act. 35) verfügte die Vorinstanz, dass auf die Einsprache nicht eingetreten werde. Zur Begründung wurde geltend gemacht, die Verfügung sei dem Beschwerdeführer am 23. Juni 2010 per Post und – auf Wunsch des Versicherten - am 14. September 2010 erneut per E-Mail zugeschickt worden. Die am 22. Oktober 2010 eingegangene Einsprache sei nicht innerhalb der 30-tägigen Einsprachefrist erhoben worden.

**C.**

Mit Eingabe vom 29. Januar 2011 (eingegangen beim Bundesverwaltungsgericht am 9. Februar 2011; Akten im Beschwerdeverfahren [*im Folgenden: BVGer-act.*] 1) erhob der Versicherte gegen die Einspracheverfügung Beschwerde und beantragte sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheides und die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz. Zur Begründung machte er sinngemäss geltend, die Beitragsverfügung für das Jahr 2009 habe er erstmals am 14. September 2010 in elektronischer Form per E-Mail erhalten. Die gedruckte Beitragsverfügung sei am 30. September 2010 bei ihm eingetroffen. Gemäss der Rechtsmittelbelehrung habe die angefochtene Verfügung der Einsprache beigelegt werden müssen. Dies sei erst nach Empfang der Verfügung in Briefform möglich gewesen, weshalb für den Beginn des Fristenlaufs auf den Erhalt der gedruckten Verfügung abzustellen sei.

Nach entsprechender Einladung gab der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 1. März 2011 ein Zustellungsdomizil in der Schweiz bekannt (BVGer act. 4).

In ihrer Vernehmlassung vom 25. März 2011 (BVGer act. 6) beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des Einspracheentscheides. Zur Begründung wird geltend gemacht, dem Beschwerdeführer sei die Beitragsverfügung für das Jahr 2009 am 23. Juni 2010 zugeschickt worden. Am 14. September 2010 sei ihm die Beitragsverfügung per E-Mail im PDF-Format nochmals geschickt worden. Der Empfang der E-Mail werde vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Das per E-Mail versandte Dokument gebe die Verfügung im Original wieder. Der Beschwerdeführer habe damit über alle Informationen verfügt, um eine Einsprache begründen zu können. Den Versand per E-Mail habe er selbst beantragt. Der 14. September 2010 sei das für die Zustellung massgebende Datum. Mit der am 22. Oktober 2010 eingetroffenen Einsprache sei die 30-tägige Einsprachefrist nicht eingehalten worden, weshalb auf sie zu Recht nicht einzutreten sei.

Mit Instruktionsverfügung vom 15. April 2011 (BVGer act. 8) schloss die Instruktionsrichterin den Schriftenwechsel unter Vorbehalt weiterer Instruktionsmassnahmen.

Mit Instruktionsverfügung vom 20. September 2012 (BVGer act. 9) ersuchte die Instruktionsrichterin die Parteien um ergänzende Stellung-

nahmen und Ergänzung der Akten. Die Vorinstanz wurde ersucht, den Briefumschlag zur Einsprache vom 9. Oktober 2010 einzureichen und mitzuteilen, auf welchem Weg die Einsprache bei der SAK eingereicht worden sei. Der Beschwerdeführer wurde um ergänzende Stellungnahme zum Zeitpunkt des Empfangs der schriftlichen Einspracheverfügung vom 23. Juni 2010 und zu Zeitpunkt und Versandart seiner Einsprache vom 9. Oktober 2010 ersucht.

Mit Eingabe vom 24. September 2012 (BVGer act. 10) teilte der Beschwerdeführer mit, er habe die Beitragsverfügung vom 23. Juni 2010 am 30. September 2010 mit nicht eingeschriebener Post erhalten. In elektronischer Form habe er die Beitragsverfügung per E-Mail am 11. September 2010 erhalten. Die Einsprache habe er der SAK auf dem Postweg mit eingeschriebenem Brief zugestellt und der peruanischen Post am 9. Oktober 2010 übergeben.

Mit Eingabe vom 5. Oktober 2012 (BVGer act. 11) teilte die SAK mit, der angeforderte Briefumschlag habe nicht gefunden werden können. Es erscheine wahrscheinlich, dass die Einsprache per Briefpost geschickt und der Briefumschlag versehentlich weggeworfen worden sei.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) sofern kein Ausnahmetatbestand erfüllt ist (Art. 31, 32 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 172.32]). Zulässig sind Beschwerden gegen Verfügungen von Vorinstanzen gemäss Art. 33 VGG. Die SAK ist eine Vorinstanz im Sinn von Art. 33 Bst. d VGG (vgl. auch Art. 85<sup>bis</sup> Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG, SR 831.10]). Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

#### **2.**

Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat an dessen Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges

Interesse (Art. 48 Abs. 1 VwVG; vgl. auch Art. 59 ATSG). Er ist zur Beschwerde legitimiert.

### 3.

Die Beschwerde ist innerhalb von 30 Tagen nach Eröffnung der Verfügung oder des Einspracheentscheides einzureichen (Art. 60 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG, SR 830.1], vgl. auch Art. 50 Abs. 1 VwVG). Der angefochtene Einspracheentscheid vom 11. Januar 2011 wurde dem Versicherten per Einschreiben mit Rückschein zugeschickt und am 27. Januar 2011 zugestellt. Die am 29. Januar 2011 datierte Eingabe ist beim Bundesverwaltungsgericht am 9. Februar 2011 eingegangen. Die Beschwerde erfolgte fristgerecht. Da die Beschwerde im Übrigen auch formgerecht eingereicht wurde (Art. 52 VwVG), ist auf sie einzutreten.

### 4.

Vorab ist zu prüfen, welche Rechtsnormen im vorliegenden Verfahren zur Anwendung gelangen.

**4.1** Nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht in der Regel diejenigen Rechtssätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2), unter Vorbehalt der spezialgesetzlichen Übergangsbestimmungen.

Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt. Das VwVG findet aufgrund von Art. 3 Bst. d<sup>bis</sup> VwVG jedoch keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das ATSG anwendbar ist. Nach Art. 2 des ATSG sind die Bestimmungen des ATSG anwendbar, soweit die einzelnen Sozialversicherungsgesetze des Bundes dies vorsehen. Nach 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.

**4.2** In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtsvorschriften anwendbar, die bei Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (BGE 134 V 315 E. 1.2; BGE 130 V 329 E. 2.3).

**4.3** Zwischen der Schweiz und Peru besteht kein Abkommen im Bereich des Sozialversicherungsrechts oder des Verfahrensrechtes im Bereich der Sozialversicherung, so dass das schweizerische Recht zur Anwendung kommt.

**5.**

Anfechtungsobjekt der Beschwerde ist der Einspracheentscheid vom 11. Januar 2011. Streitig und im Folgenden zu prüfen ist, ob die Vorinstanz zu Recht auf die Einsprache des Beschwerdeführers nicht eingetreten ist.

**6.**

Nach Art. 52 ATSG kann gegen Verfügungen innerhalb von 30 Tagen bei der verfügenden Stelle Einsprache erhoben werden. Die nach Tagen berechnete, mitteilungsbedürftige Frist beginnt an dem auf ihre Mitteilung an die Partei folgenden Tag zu laufen (Art. 38 ATSG; vgl. auch Art. 20 Abs. 1 VwVG). Fällt der letzte Tag einer Frist auf einen Samstag, einen Sonntag oder einen am Wohnsitz oder Sitz der Partei oder ihres Vertreters vom kantonalen Recht anerkannten Feiertag, so endet die Frist am nächsten Werktag (Art. 38 Abs. 3 ATSG). Die Frist für eine schriftliche Eingabe ist gewahrt, wenn sie spätestens am letzten Tag der Frist dem Versicherungsträger eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben wird (Art. 39 Abs. 1 ATSG).

**7.**

Zu prüfen ist somit die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Fristenlauf begonnen hat.

**7.1** Damit eine Verfügung überhaupt wirksam werden kann, bedarf es der Eröffnung, der Bekanntgabe des Inhalts an die Verfügungsadressaten. Die nicht eröffnete Verfügung vermag keine Rechtswirkung zu entfalten (vgl. JÜRGEN STADELWIESER, Die Eröffnung von Verfügungen, St. Gallen 1994, S. 10). Unter Eröffnung der Verfügung ist die gehörige Bekanntgabe der Verfügung zu verstehen. Dies geschieht bei mittelbarer Bekanntgabe, d. h. bei Abwesenheit des Verfügungsadressaten, durch individuelle Zustellung der Verfügung an dessen Zustelladresse. Der Vorgang der Zustellung ist lediglich Teilhandlung des Eröffnungsvorgangs (vgl. STADELWIESER, a.a.O., S. 12). Massgebend für die ordnungsgemässe Eröffnung ist das Datum der Zustellung. Eine Sendung gilt grundsätzlich in dem Moment als zugestellt, in welchem sie dem Adressaten tatsächlich

übergeben wird. Gemäss einem allgemeinen Rechtsgrundsatz genügt allerdings, wenn sie in den Machtbereich der betreffenden Person gelangt, indem sie etwa von einer anderen empfangsberechtigten Person entgegengenommen wird (BGE 122 III 316 E. 4b); effektive Kenntnisnahme oder gar Lektüre ist nicht vorausgesetzt (BGE 109 Ia 15 E. 4; vgl. zum Ganzen auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1514/2006 vom 14. Februar 2008, E. 2.3 und 2.4). Der Beweis der Eröffnung, insbesondere der Zustellung einer Verfügung und deren Zeitpunkt, obliegt der Behörde (BGE 101 Ia 9; ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 123).

**7.2** Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in seinem Urteil A-1529/2008 vom 5. Mai 2008 E. 2.3 mit der Eröffnung von Verfügungen im Ausland auseinandergesetzt: Diese unterliegt besonderen Regeln, da sie einen hoheitlichen Akt darstellt, deren Ausführung grundsätzlich ausschliesslich den territorial zuständigen, d. h. inländischen Behörden zusteht (vgl. BGE 124 V 47 E. 3a, BGE 105 Ia 307 E. 3b, BGE 103 III 1 E. 2). Deshalb hat die Zustellung einer Verfügung ins Ausland auf diplomatischem oder konsularischem Weg zu erfolgen (vgl. BGE 103 III 1 E. 2). Von dieser Regel kann nur abgewichen werden, wenn ein Staatsvertrag dies ausdrücklich vorsieht (JEAN FRANCOIS POUDRET, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire*, Band I, Bern 1990, S. 170 f.). Die direkte postalische Zustellung eines amtlichen Schriftstücks ins Ausland ist ein Hoheitsakt auf fremdem Staatsgebiet, der nicht ohne Zustimmung des fremden Staates vorgenommen werden darf (BGE 105 Ia 307 E. 3b in initio, BGE 103 III 1 E. 2b). Eine Zustellung ohne Zustimmung des fremden Staates ist rechtswidrig, da sie das grundlegende völkerrechtliche Prinzip der Souveränität der Staaten verletzt (RENÉ A. RHINOW / BEAT KRÄHENMANN, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband*, Basel 1990, Nr. 84 I k mit weiteren Hinweisen); sie stellt eine Verletzung der Gebietshoheit des Territorialstaats dar.

**7.3** Die Eröffnung der Verfügung erfolgt grundsätzlich schriftlich (Art. 49 Abs. 1 ATSG). Nach Art. 55 Abs. 1<sup>bis</sup> ATSG kann der Bundesrat vorsehen, dass die Bestimmungen des VwVG über den elektronischen Verkehr mit Behörden auch für Verfahren im Bereich des ATSG gelten. Demnach könnte die Eröffnung von Verfügungen unter gewissen Voraussetzungen und mit dem Einverständnis der Partei auf dem elektronischen Weg erfolgen (Art. 34 Abs. 1<sup>bis</sup> VwVG). Der Bundesrat hat aber von der ihm in Art. 55 Abs. 1<sup>bis</sup> ATSG übertragenen Kompetenz keinen Gebrauch gemacht

(vgl. UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009, hiernach: Kieser, ATSG-Kommentar, N. 15 - 17 zu Art. 55). Da das ATSG mit Art. 55 Abs. 1<sup>bis</sup> für den elektronischen Verkehr eine Regelung enthält, finden die Bestimmungen des VwVG auch keine direkte Anwendung auf der Grundlage der Verweisungsnorm von Art. 55 Abs. 1 ATSG. Die Eröffnung einer Verfügung in elektronischer Form ist im Beitragsrecht der Sozialversicherung somit nicht vorgesehen.

**7.4** Nach der Rechtsprechung ist nicht jede mangelhafte Eröffnung schlechthin nichtig mit der Konsequenz, dass die Rechtsmittelfrist nicht zu laufen beginnen könnte. Nach Art. 49 Abs. 2 ATSG darf einer Person aus der mangelhaften Eröffnung einer Verfügung kein Nachteil erwachsen. Aus diesem Grundsatz folgt vielmehr, dass dem beabsichtigten Rechtsschutz schon dann Genüge getan wird, wenn eine objektiv mangelhafte Eröffnung trotz ihres Mangels ihren Zweck erreicht. Das bedeutet nichts anderes, als dass nach den konkreten Umständen des Einzelfalles zu prüfen ist, ob die betroffene Partei durch den gerügten Eröffnungsmangel tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt worden ist. Richtschnur für die Beurteilung dieser Frage ist der auch in diesem prozessualen Bereich geltende Grundsatz von Treu und Glauben, an welchem die Berufung auf Formmängel in jedem Fall ihre Grenze findet (BGE 98 V 278 f.). So lässt sich mit den Grundsätzen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit nicht vereinbaren, dass ein Verwaltungsakt wegen mangelhafter Rechtsmittelbelehrung jederzeit an das Gericht weitergezogen werden kann; vielmehr muss ein solcher Verwaltungsakt innerhalb einer vernünftigen Frist in Frage gestellt werden (BGE 111 V 149 E. 4c, 132 I 249 E. 6, 106 V 97 Erw. 2a, BGE 104 V 166 Erw. 3, vgl. auch BGE 105 V 111 Erw. 3 in fine).

**7.5** Der Versicherte machte in der Beschwerde geltend, er habe angenommen, für den Beginn des Fristenlaufs sei auf den Erhalt der gedruckten Verfügung abzustellen. Er begründet dies insbesondere mit dem Hinweis in der Rechtsmittelbelehrung, wonach die angefochtene Verfügung der Einsprache beigelegt werden müsse, was erst nach Empfang der Verfügung in Briefform möglich gewesen sei. Es stellt sich damit die Frage, ob der Beschwerdeführer durch den Eröffnungsmangel irregeführt worden ist.

**7.5.1** Bezüglich des Empfangs der schriftlichen Verfügung sind die Angaben des Beschwerdeführers in seiner Einsprache und Beschwerde widersprüchlich. In der Einsprache vom 9. Oktober 2010 (act. 34) führte er aus,

die Beitragsverfügung für das Jahr 2009 habe er am 11. September 2010 erhalten. Die beigelegte Verfügung trägt oben rechts den handschriftlichen Vermerk «11.09.10». In der Beschwerde vom 29. Januar 2011 (BVGer-act. 1) machte er demgegenüber geltend, die Verfügung sei am 30. September 2010 bei ihm eingetroffen. In seiner ergänzenden Stellungnahme vom 24. September 2012 (BVGer act. 10) führte der Beschwerdeführer aus, die Angabe in der Einsprache beziehe sich auf den Empfang der Verfügung in elektronischer Form. Die Einspracheverfügung in schriftlicher Form sei ihm am 30. September 2010 per Post zugestellt worden. Auch nach der Nachinstruktion bleibt bezüglich des Datums der Übermittlung der Verfügung per E-Mail ein Widerspruch zwischen der Angabe des Beschwerdeführers in seiner Beschwerdeschrift (14. September 2010; BVGer act. 1) einerseits und den Angaben in seiner Einsprache vom 9. Oktober 2010 und in der Eingabe vom 24. September 2012 (11. September 2010; act. 34 und BVGer act. 10) andererseits. Tatsächlich wurde die Verfügung in elektronischer Form am 14. September 2010 übermittelt (act. 32). Ein weiterer Widerspruch besteht darin, dass sich der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde darauf berief, der Einsprache hätte die Originalverfügung beigelegt werden müssen, dieser jedoch ein Exemplar beilegte, welches nach seinen Angaben mit dem Datum der elektronischen Übermittlung versehen ist («11.09.10»)

**7.5.2** Bezüglich der unterschiedlichen Nennungen des Empfangsdatums ist zu vermerken, dass die erste Angabe in der Einsprache erfolgt war, bevor der Beschwerdeführer im Einspracheentscheid erstmals mit der Fristproblematik konfrontiert wurde. Die Angabe des späteren Empfangsdatums erfolgte demgegenüber in Kenntnis der drohenden Rechtsfolgen einer Fristversäumnis. Bei der Beweiswürdigung kann der nach dem Einspracheentscheid, in Kenntnis der Fristproblematik, erhobenen Behauptung nicht der gleiche Beweiswert zuerkannt werden wie der ersten, von rechtlichen Überlegungen unbeeinflussten Aussage in der Einsprache (vgl. BGE 121 45 E. 2 b; BGE 115 V 133 E 8 c; Urteil U 236/03 vom 19. Mai 2004 E. 3.3.4).

**7.6** Unter Berücksichtigung der widersprüchlichen Angaben zum Empfangsdatum erscheint es nicht wahrscheinlich, dass der Versicherte, der die elektronische Übermittlung der Verfügung selbst beantragt hat, durch den gerügten Eröffnungsmangel tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt worden ist. Demnach ist das Datum der elektronischen Übermittlung der Verfügung am 14. September 2010 als Zustelldatum massgebend.

**8.**

Zu prüfen ist in der Folge, ob die Einsprachefrist mit der Eingabe vom 9. Oktober 2010 (act. 34) gewahrt wurde.

**8.1** Die Einsprache erfolgte auf dem Postweg und ging bei der Vorinstanz am 22. Oktober 2010 ein (act. 34, 35, BVGer-act 6 und BVGer act. 11). Aufgrund der Zustellung am 14. September 2010 (Dienstag) endete die Einsprachefrist am 11. Oktober 2010 respektive am 15. Oktober 2010.

**8.2** Nach Art. 39 Abs. 1 ATSG ist zur Wahrung der Frist alternativ die Einreichung beim Versicherungsträger oder die Übergabe an die schweizerische Post massgebend. Art. 39 Abs. 1 ATSG entspricht der Formulierung von Art. 21 Abs. 1 VwVG, so dass die zu dieser Bestimmung ergangene Rechtsprechung ebenfalls massgebend ist (KIESER, ATSG-Kommentar, N. 2 zu Art. 39). Damit der Partei eine nicht eingehaltene Frist entgegengehalten werden kann, ist massgebend, dass die entsprechende Fristansetzung korrekt erfolgte. Um sich gegenüber einer im Ausland wohnhaften versicherten Person auf die in Art. 21 Abs. 1 VwVG enthaltene Regel berufen zu können, wonach eine Beschwerdeschrift der schweizerischen Post zu übergeben ist, muss die Verwaltung diese Gesetzesbestimmung in der Rechtsmittelbelehrung wörtlich wiedergeben (BGE 125 V 65 E. 4). In der Rechtsmittelbelehrung der Verfügung vom 23. Juni 2010 (act. 30) ist kein Hinweis auf die Massgeblichkeit der Übergabe an die Schweizerische Post enthalten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann sich die Vorinstanz somit nicht darauf berufen, die Übergabe an die Schweizerische Post sei zu spät erfolgt. Die Frist wäre auch mit Übergabe der Eingabe spätestens am letzten Tag der Frist an die peruanische Post gewahrt.

**8.3** Der Beschwerdeführer führte in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 24. September 2012 (BVGer act. 10) aus, er habe die Einsprache am 9. Oktober 2010 der peruanischen Post übergeben. Als Beweismittel nannte er den bei der SAK zu edierenden Briefumschlag. In der Regel genügt der Poststempel als Nachweis für die rechtzeitige Postaufgabe (URS PETER CAVELTI, in Christoph Auer, Markus Müller, Benjamin Schindler, Hrsg., Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich / St. Gallen 2008, hiernach Kommentar VwVG, N. 5 zu Art. 21). Der Briefumschlag, mit welchem die Einsprache der Vorinstanz zugestellt wurde, befindet sich jedoch nicht bei deren Akten und konnte auch mit der Nachinstruktion vom 20. September 2012 nicht ediert werden.

**8.4** Grundsätzlich obliegt die Beweislast für die Fristwahrung dem Beschwerdeführer (Kieser, ATSG-Kommentar, N. 5 zu Art. 39). Für jedes Sozialversicherungsverfahren sind alle Unterlagen, die massgeblich sein können, vom Versicherungsträger systematisch zu erfassen (Art. 46 ATSG). Zu den von der Aktenführungspflicht erfassten Unterlagen zählen in einem Einsprache- oder Beschwerdeverfahren auch die vollständigen Briefumschläge, die rechtserhebliche Aktenstücke enthalten haben. Diesen kann unter Umständen eine entscheidende Bedeutung zukommen, nicht nur hinsichtlich der Rechtzeitigkeit. Wird bei rechtserheblichen Aktenstücken der Briefumschlag nicht oder nur zum Teil zu den Akten genommen, können möglicherweise wichtige Tatsachen nachträglich nicht mehr bewiesen werden. Dies zeigt gerade der vorliegende Fall, in welchem der Beschwerdeführer geltend macht, er habe die am 9. Oktober 2010 datierte Eingabe noch gleichentags der peruanischen Post übergeben. Es widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben im Prozess, in Verletzung der aufgrund von Art. 46 ATSG bestehenden Aktenführungspflicht den Briefumschlag nicht zu den Akten zu nehmen und hernach dem Beschwerdeführer entgegenzuhalten, er könne den Beweis für die Rechtzeitigkeit der Postaufgabe nicht erbringen. Daraus folgt, dass der Beschwerdeführer die Nachteile der Beweislosigkeit nicht zu tragen hat (vgl. BGE 124 V 372 E. 3a). In dieser Situation ist auf die Darstellung des Beschwerdeführers abzustellen, wonach die Einsprache am 9. Oktober 2010 eingereicht worden sei (vgl. KIESER, ATSG-Kommentar, N. 6 zu Art. 46 mit Hinweisen).

**8.5** Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die bis zum 15. Oktober 2010 dauernde Einsprachefrist mit der Eingabe vom 9. Oktober 2010 gewahrt wurde. Die Vorinstanz hätte auf die Einsprache eintreten müssen. Der Nichteintretensentscheid ist somit aufzuheben. Die Sache ist zur Prüfung und Festsetzung der Beiträge für das Jahr 2009 an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## **9.**

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 85<sup>bis</sup> Abs. 2 erster Satz AHVG). Dem nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer sind keine unverhältnismässig hohen Kosten entstanden, weshalb ihm keine Parteientschädigung zuzusprechen ist. Als Bundesbehörde hat die Vorinstanz ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 3 und 4 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 11. Januar 2011 wird aufgehoben.

**2.**

Die Sache wird zur Prüfung und Festsetzung der Beiträge für das Jahr 2009 an die Vorinstanz überwiesen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben, und es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

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

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Franziska Schneider

Tobias Merz

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden. Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und 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: