

# **BVGer C-2457/2018 vom 14. Oktober 2019**

Bundesverwaltungsgericht, 2019-10-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-2457\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-2457_2018)

FR: TAF C-2457/2018 du 14 octobre 2019

IT: TAF C-2457/2018 del 14 ottobre 2019

## **Regeste**

Freiwillige Versicherung

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 VGG (SR 173.32) in Verbindung mit Art. 33 Bst. d VGG und Art. 85bis Abs. 1 des AHVG (SR 831.10) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden von Personen im Ausland gegen Verfügungen bzw. Einspracheentscheide (vgl. Art. 5 Abs. 2 VwVG [SR 172.021]) der SAK. 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 Bst. dbis VwVG findet das VwVG keine Anwendung in Sozialversicherungsrechtssachen, soweit das 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 (insbesondere die in Art. 2 AHVG geregelte freiwillige Versicherung), soweit das AHVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer ist als Adressat des angefochtenen Einspracheentscheids durch diesen besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung, weshalb er zur Erhebung der Beschwerde legitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG; siehe auch Art. 59 ATSG).

### **E. 1.4**

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

## **E. 2**

Angefochten ist der Einspracheentscheid vom 23. März 2018, mit welchem die Vorinstanz auf die vom Beschwerdeführer gegen die Verfügung vom 29. Dezember 2016 erhobene Einsprache nicht eingetreten ist. Da im Rahmen einer Beschwerde gegen einen Nichteintretensentscheid keine Begehren mit Bezug auf die Sache selbst gestellt werden können (vgl. André Moser, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 52 Rz. 3), ist auf das vom Beschwerdeführer in der Beschwerde vom 18. April 2018 gestellte sinngemässe Begehren um Aufnahme in die freiwillige Versicherung nicht einzutreten. Vom Bundesverwaltungsgericht nachfolgend zu prüfen ist damit einzig die Frage, ob die

Vorinstanz zu Recht nicht auf die Einsprache gegen die Verfügung vom 29. Dezember 2016 eingetreten ist (vgl. Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 30 f., Rz. 2.8).

### **E. 3.1**

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

### **E. 3.2**

Gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen ist das Bundesverwaltungsgericht 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. Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., S. 24, Rz. 1.54).

### **E. 3.3**

Das Sozialversicherungsverfahren ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach haben die Verwaltung und im Beschwerdefall das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt. Zum einen findet er sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 193 E. 2, BGE 122 V 157 E. 1a, je mit Hinweisen); zum anderen umfasst die behördliche und richterliche Abklärungspflicht nicht unbesehen 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 (vgl. Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 43 und 273). 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 BGer 8C\_843/2016 vom 8. März 2017 E. 2; zum Ganzen auch BGE 144 V 427 E. 3.2).

### **E. 3.4**

Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosser Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Der Richter und die Richterin haben vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die sie von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigen (BGE 144 V 427 E. 3.2, 138 V 218 E. 6, 126 V 353 E. 5b, 125 V 193 E. 2, je mit Hinweisen). Der Sozialversicherungsträger als verfügende Instanz und - im Beschwerdefall - das Gericht dürfen eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind (Urteil des BGer 8C\_494/2013 vom 22. April 2014 E. 5.4.1, n. publ. in: BGE 140 V 220).

### **E. 3.5**

Im Sozialversicherungsprozess tragen die Parteien in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGE 138 V 218 E. 6 m.H.).

#### **E. 4**

Strittig und zu prüfen ist vorliegend, ob der Beschwerdeführer die Einsprache gegen die Verfügung vom 29. Dezember 2016 fristgerecht erhoben hat. Nach Art. 52 Abs. 1 Satz 1 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 Abs. 1 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). Die Einsprachefrist gemäss Art. 52 Abs. 1 ATSG ist eine gesetzliche Frist. Eine gesetzliche Frist kann nicht erstreckt werden (Art. 40 Abs. 1 ATSG).

#### **E. 5**

Zu prüfen ist zunächst die Frage, zu welchem Zeitpunkt vorliegend die Einsprachefrist zu laufen begonnen hat.

##### **E. 5.1**

Die Eröffnung eines Entscheids ist die wesentlichste Voraussetzung für seine Gültigkeit; sie hat konstitutiven Charakter. Eine Verfügung, welche nie eröffnet wurde, vermag keinerlei Rechtswirkungen zu erzeugen; ihre Unwirksamkeit ist von Amtes wegen zu berücksichtigen (vgl. BGE 142 II 411 E. 4.2; Urteil des BGer 8C\_721/2013 vom 4. März 2014 E. 3.1 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Jürg 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 BVGer A-1514/2006 vom 14. Februar 2008 E. 2.3 und 2.4).

##### **E. 5.2**

Gemäss Rechtsprechung obliegt es grundsätzlich der Vorinstanz, den Beweis der Tatsache sowie des Zeitpunktes der Zustellung einer Verwaltungsverfügung zu erbringen (BGE 136 V 295 E. 5.9, BGE 124 V 400 E. 2a, BGE 117 V 261 E. 3b und BGE 103 V 65 E. 2a; Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 214 ff.). Die Feststellung von Tatsachen, welche für die (den Fristenlauf auslösende) Eröffnung der Verfügung erheblich sind, erfolgt mit Blick auf die Eigenheiten der Massenverwaltung anhand des Beweisgrades der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGE 124 V 400 E. 2b; s. auch Urteil des BVer C-6346/2008 vom 18. Mai 2010 E. 4.3.2 mit Hinweisen). Dieser Beweis kann praktisch vor allem mit einem förmlichen Zustellnachweis erbracht werden (vgl. Urteil des BVer 9C\_348/2009 vom 27. Oktober 2009 E. 2.1) und wird in der Regel durch postalischen Versand der Verfügung/Urteile als Gerichtsurkunde oder in anderer Weise gegen Empfangsbestätigung erbracht (vgl. Urteil des BVer 9C\_753/2007 vom 29. August 2008 E. 3 mit Hinweisen). Wird für die Eröffnung einer Verfügung eine Zustellform gewählt, bei welcher der Eingang beim Adressaten nicht genau nachweisbar ist, obliegt es der Behörde, den Beweis dafür zu erbringen, dass und an welchem Tag ihr Entscheid dem Adressaten zugestellt worden ist (vgl. BGE 122 I 97 E. 3). Da ein Fehler bei der Postzustellung nicht ausserhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegt, genügt die Bescheinigung des Versandes allein noch nicht, um das genaue Datum oder den genauen Zeitraum der Zustellung zu beweisen. Im Zweifel muss vielmehr auf die Darstellung des Empfängers abgestellt werden. Der Nachweis der Zustellung kann aber auch aufgrund von Indizien oder gestützt auf die gesamten Umstände erbracht werden (Urteil des BVer 2C\_430/2009 vom 14. Januar 2010 E. 2.4). Da die verfügende Behörde die materielle Beweislast hinsichtlich der Zustellung sowie ihres Zeitpunktes trägt, ist im Zweifel grundsätzlich auf die Darstellung des Empfängers abzustellen (BGE 124 V 400 E. 2a). Wollte man in einem solchen Fall den Angaben des Empfängers die Glaubwürdigkeit absprechen, wäre hinsichtlich der Zustellungsfrage Beweislosigkeit anzunehmen, deren Folgen die Vorinstanz zu tragen hätte (vgl. E. 3.3 hiervor; vgl. auch BGE 122 I 97 E. 3; 117 V 261 E. 3c und 114 III 51 E. 3c je mit weiteren Hinweisen; siehe auch Urteil des BVer H 170/06 vom 28. Juni 2007 E. 4.2.2).

### **E. 5.3**

Die Vorinstanz macht geltend, die Verfügung vom 29. Dezember 2016 sei dem Beschwerdeführer am 3. Januar 2017 per Einschreiben ordnungsgemäss an dessen Schweizer Adresse zugestellt worden, während der Beschwerdeführer angibt, die Verfügung nicht erhalten zu haben. Ein Beleg für die Zustellung der Verfügung findet sich in den Akten nicht. Die Vorinstanz kann gemäss eigener Aussage keinen Zustellbeleg vorlegen, da eine Sendungsverfolgung bzw. Nachforschung durch die Post nur innert 360 Tagen nach Versanddatum möglich sei. Das von der Vorinstanz mit der Duplik ins Recht gelegte Foto des an den Beschwerdeführer adressierten Briefes versehen mit einer "Einschreiben (R)"-Etikette genügt gemäss dargestellter Rechtslage für sich allein noch nicht, um eine Zustellung an den Beschwerdeführer mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen. Es erscheinen auch andere Geschehensabläufe möglich, namentlich, dass der Brief gar nie versendet wurde, oder dass er verloren ging, zumal - wie sich anhand des Fotos zeigt - eine falsche Postleitzahl angegeben wurde ("[...] " statt "[...]", vgl. Beilage zu BVer-act. 23). Nach dem Gesagten kann die Vorinstanz die Zustellung der Verfügung vom 29. Dezember 2016 an die Schweizer Adresse des Beschwerdeführers somit nicht rechtsgenügend nachweisen. Folglich ist zugunsten des Beschwerdeführers davon auszugehen, dass er die an die Adresse in der Schweiz (angeblich) verschickte Verfügung

nicht erhalten hat und demnach durch die Handlungen der Vorinstanz kein Fristenlauf gemäss Art. 52 Abs. 1 ATSG ausgelöst werden konnte.

#### **E. 5.4**

Zu prüfen ist folgend, ob das E-Mail der Vorinstanz vom 26. September 2017, mit welcher sie dem Beschwerdeführer eine Kopie der Verfügung vom 29. Dezember 2016 zugestellt und gleichzeitig eine neue 30-tägige Einsprachefrist (bis 26. Oktober 2017) angesetzt hat, eine den Fristenlauf auslösende Verfügungseröffnung darstellt.

##### **E. 5.4.1**

Nach Art. 55 Abs. 1bis ATSG kann der Bundesrat vorsehen, dass die Bestimmungen des VwVG über den elektronischen Verkehr mit Behörden auch für Verfahren im Bereich des ATSG gelten. Der Bundesrat hat aber von der ihm in Art. 55 Abs. 1bis ATSG übertragenen Kompetenz keinen Gebrauch gemacht. Da das ATSG mit Art. 55 Abs. 1bis 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 Bereich des Sozialversicherungsrechts somit nicht vorgesehen (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2015, Art. 55 Rz. 25 - 27; Urteil des BVGer C-947/2011 vom 27. November 2012 E. 7.3). Vor diesem Hintergrund stellt die dem Beschwerdeführer per E-Mail vom 26. September 2017 übermittelte Kopie der Verfügung vom 29. Dezember 2016 unter Ansetzung einer neuen Einsprachefrist eine mangelhafte Verfügungseröffnung dar.

##### **E. 5.4.2**

Aus einer mangelhaften Eröffnung einer Verfügung darf der betroffenen Person grundsätzlich kein Nachteil erwachsen (Art. 49 Abs. 3 ATSG; BGE 112 V 87 f.; Ueli Kieser, a.a.O., Art. 49 Rz. 59 ff.). Nach der Rechtsprechung ist nicht jede mangelhafte Eröffnung schlechthin nichtig mit der Konsequenz, dass die Rechtsmittelfrist nicht zu laufen beginnen könnte. Aus dem Grundsatz, dass den Parteien aus mangelhafter Eröffnung keine Nachteile erwachsen dürfen, 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 132 I 249; 122 V 189 E. 2; 111 V 149 E. 4c mit Hinweisen; BGE 114 Ib 112 E. 2a; ZAK 1989 S. 176 E. 2a). Damit kann grundsätzlich auch eine fehlerhaft eröffnete Verfügung rechtsbeständig werden, nämlich dann, wenn der Verwaltungsakt nicht innert vernünftiger Frist seit jenem Zeitpunkt in Frage gestellt wird, da der Verfügungsadressat Kenntnis vom Verfügungsinhalt hat. Der Zeitraum der vernünftigen Frist, innert welcher das Zuwarten berücksichtigt wird, bemisst sich praxismässig nach den besonderen Umständen des Einzelfalles, wobei vor allem darauf abgestellt wird, ob der von der fehlerhaften Verfügungseröffnung Betroffene Anlass hatte, sich bei der Verwaltung nach dem Verfügungserlass zu erkundigen (BGE 134 V 306 E. 4.2; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [seit 1. Januar 2007: Bundesgericht] C\_168/00 vom 13. Februar 2001 E. 3b; Urteile des BVGer C-1097/2014 vom 9. Oktober

2014 E. 5.3, C-1068/2013 vom 4. Mai 2014 E. 5.5, C-647/2011 vom 14. Juni 2013 E. 4.3 sowie Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., Rz. 641; Lorenz Kneubühler, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, Rz. 10 ff. zu Art. 38 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 5.4.3**

Vorliegend stellt sich somit die Frage, ob der Beschwerdeführer, nachdem er sich am 26. September 2017, mithin knapp zwei Jahre nach Unterzeichnung des Beitrittsgesuchs, telefonisch an die Vorinstanz gewendet und dabei offenbar auch erklärt hatte, keine Verfügung erhalten zu haben, durch die daraufhin erfolgte mangelhafte Verfügungseröffnung per E-Mail tatsächlich irreführend worden ist. Die E-Mail vom 26. September 2017 wurde von der Vorinstanz gemäss Aktennotiz gleichentags an die E-Mail-Adresse des Beschwerdeführers versendet (act. 6). Der Beschwerdeführer bestreitet denn auch nicht, dass ihm die E-Mail am 26. September 2017 zugestellt wurde. Soweit er in der Replik mit Blick auf die neue Einsprachefrist bestreitet, die Verfügung am 26. September 2017 zur Kenntnis genommen zu haben (BVGer-act. 19, S. 4, Ziff. 5), ist daran zu erinnern, dass es rechtsprechungsgemäss auf den Zeitpunkt der effektiven Kenntnisnahme oder gar Lektüre nicht ankommt (vgl. E. 5.1 hiervor). Entscheidend ist, dass das E-Mail am 26. September 2017 in das E-Mail-Postfach des Beschwerdeführers und damit in dessen Machtbereich gelangt ist. Der Beschwerdeführer hatte somit ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit, vom Inhalt der Verfügung vom 29. Dezember 2016 sowie von der gleichzeitig durch die Vorinstanz neu angesetzten bis 26. Oktober 2017 dauernden 30-tägigen Einsprachefrist rechtzeitig Kenntnis zu nehmen. Auch die Behauptung des Beschwerdeführers in der Beschwerde vom 18. April 2018, er habe das E-Mail vom 27. Oktober 2017 bereits am 26. Oktober 2017 versendet, dieses sei jedoch aus "unerklärlichen Gründen" erst am 27. Oktober 2017 aus seinem Postfach gegangen (vgl. BVGer-act. 1), zeigt, dass ihm der neu angesetzte Fristenlauf bis 26. Oktober 2017 offensichtlich bekannt war. Nach dem Gesagten erscheint es nicht wahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer durch den vorliegenden Eröffnungsmangel tatsächlich irreführend und dadurch benachteiligt worden ist. Folglich ist das Datum des E-Mails vom 26. September 2017, mit welchem die Verfügung vom 29. Dezember 2016 zugestellt und eine neue Einsprachefrist angesetzt wurde, als fristenauslösendes Eröffnungsdatum massgebend.

### **E. 6**

Weiter steht fest und wird vom Beschwerdeführer nicht bestritten, dass er die am 26. September 2017 ausgelöste und folglich am 26. Oktober 2017 abgelaufene 30-tägige Einsprachefrist mit seiner E-Mail-Eingabe vom 27. Oktober 2017 nicht gewahrt hat. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die vom Beschwerdeführer in der Beschwerde vom 18. April 2018 sinngemäss geltend gemachte, jedoch in keiner Weise belegte Schwierigkeit im Umgang mit dem Informatiksystem, wodurch das E-Mail vom 27. Oktober 2017 zwar rechtzeitig am 26. Oktober 2017 versendet, jedoch erst einen Tag später das Postfach verlassen habe, gemäss geltender Praxis nicht als Fristwiederherstellungsgrund anerkannt wird (vgl. Urteil des BGer 2C\_699/2012 vom 22. Oktober 2012 E. 4.2 m.w.H.). Die E-Mail-Eingabe vom 27. Oktober 2017 ist somit verspätet im Sinne von Art. 52 Abs. 1 ATSG erfolgt. Angesichts des weiteren Vorgehens der Vorinstanz stellt sich vorliegend jedoch die Frage, ob gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben zu Gunsten des Beschwerdeführers von einer zusätzlichen Möglichkeit, Einsprache gegen die Verfügung vom 29. Dezember 2016 zu erheben, auszugehen ist. Der Beschwerdeführer rügt in diesem

Zusammenhang (vgl. insbesondere E-Mail vom 13. Februar 2018, telefonische Rückfrage vom 20. Februar 2018) eine Verletzung des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (Art. 5 Abs. 3 BV) und des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV).

### **E. 6.1**

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes und das Verbot widersprüchlichen Verhaltens bilden Ausprägungen des in Art. 9 und Art. 5 Abs. 3 BV verankerten Gebots von Treu und Glauben. Dieses gebietet ein loyales und vertrauenswürdige Verhalten im Rechtsverkehr und verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden, sofern sich dieses auf eine konkrete, den betreffenden Bürger berührende Angelegenheit bezieht. Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens untersagt Behörden, von einem Standpunkt, den sie in einer bestimmten Angelegenheit einmal eingenommen haben, ohne sachlichen Grund abzuweichen. Die Abgrenzung zwischen den beiden Ausprägungen ist zwar umstritten, doch müssen in beiden Fällen die gleichen Voraussetzungen erfüllt sein. Verlangt wird, dass die Person, die sich auf den Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann (BGE 137 I 69 E. 2.5.1). Ferner darf die relevante Rechtslage seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren haben. Keinen Vertrauensschutz geniessen die Rechtsuchenden, wenn sie bzw. ihre Rechtsvertreter den Fehler erkannten oder bei zumutbarer Sorgfalt hätten erkennen müssen. Schliesslich scheidet die Berufung auf Treu und Glauben, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (Urteil des BGer 2C\_706/2018 vom 13. Mai 2019 E. 3.1 m.w.H.; vgl. auch Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, S. 143 ff., Rz. 627 ff.; zu unrichtigen behördlichen Auskünften im Besonderen siehe S. 152 ff., Rz. 667 ff.).

### **E. 6.2**

In der E-Mail-Eingabe vom 27. Oktober 2017 hat der Beschwerdeführer klar seinen Willen, in die freiwillige Versicherung aufgenommen zu werden, zum Ausdruck gebracht und hat unter Verweis auf entsprechende Belege festgehalten, dass alle AHV-Beiträge fristgerecht geleistet worden seien. Damit hat er sinngemäss Bezug genommen auf die Begründung in der Verfügung vom 29. Dezember 2016, worin sein Beitrittsgesuch insbesondere aufgrund fehlender Beitragszahlungen an die obligatorische AHV/IV in den vergangenen fünf Jahren abgelehnt wurde. Es handelt sich folglich um eine Einsprache gegen die Verfügung vom 29. Dezember 2016, auf welche die Vorinstanz aufgrund der um einen Tag verspäteten Eingabe mit einem Nichteintretensentscheid hätte reagieren müssen. Seitens der Vorinstanz folgte auf die Eingabe vom 27. Oktober 2017 hin jedoch weder ein Nichteintretensentscheid noch eine sonstige Reaktion. Auf Nachfrage des Beschwerdeführers per E-Mail vom 1. Februar 2018 betreffend den Stand der Dinge hielt die Vorinstanz mit E-Mail vom 13. Februar 2018 zwar fest, dass gegen die am 29. Dezember 2016 mit eingeschriebener Briefpost versendete Abweisung des Beitrittsgesuchs vom 19. November 2015 innert Frist keine Einsprache erhoben worden sei, fragte aber den Beschwerdeführer zugleich, ob das E-Mail vom 1. Februar 2018 / 27. Oktober 2017 als Antrag auf Wiedererwägung der Verfügung vom 29. Dezember 2016 oder als neues Beitrittsgesuch zu verstehen sei, und setzte ihm für die Antwort eine Frist bis 23. Februar 2018. Sie fügte an, er könne seine Antwort bis am 23. Februar 2018 per Email übermitteln, aber zudem die E-Mail ausdrucken, unterschreiben und mittels Post an die Vorinstanz weiterleiten (act. 11). Diese E-Mail der Vorinstanz ist - insbesondere für eine rechtsunkundige Person wie den Beschwerdeführer - nicht ohne

Weiteres verständlich. Insbesondere ist für den Beschwerdeführer daraus nicht leicht erkennbar gewesen, dass das mit E-Mail vom 26. September 2017 ausgelöste Einspracheverfahren für die Vorinstanz offenbar als (informell) abgeschlossen galt und eine Einsprache aufgrund der am 26. Oktober 2017 abgelaufenen Frist auch künftig gar nicht mehr wirksam möglich war. Anlässlich seiner telefonische Nachfrage bei der Vorinstanz am 20. Februar 2018 wurde dem Beschwerdeführer gemäss seinen Angaben mitgeteilt, er müsse Einsprache erheben, was er auch so in seinem gleichentags verfassten E-Mail an die Vorinstanz festhielt (vgl. act. 15, S. 1). Dass dem Beschwerdeführer diese Auskunft erteilt wurde, wird von der Vorinstanz nicht bestritten und ergibt sich auch aus der Aktennotiz zum Telefonat vom 20. Februar 2018, wonach dem Beschwerdeführer mitgeteilt worden sei, er solle auf die Nachricht der Juristen vom 13. Februar 2018 mit dem Vermerk "Einsprache" antworten (vgl. act. 13). Auf die vom Beschwerdeführer mit E-Mail vom 20. Februar 2018 erhobene Einsprache reagierte die Vorinstanz mit E-Mail vom 27. Februar 2018, indem sie den Beschwerdeführer unter Verweis auf Art. 10 ATSV ersuchte, die Einsprache im Original und per Post bis am 13. März 2018 zuzustellen, ansonsten auf die Einsprache nicht eingetreten werde (act. 15, S. 1). Mit diesem Vorgehen, insbesondere mit der telefonischen Auskunft vom 20. Februar 2018 sowie dem E-Mail vom 27. Februar 2018, hat die Vorinstanz beim Beschwerdeführer die Erwartung ausgelöst, dass eine Einsprache gegen die Verfügung vom 29. Dezember 2016 noch wirksam möglich sei. Die Vorinstanz war für die Erteilung der Auskunft zuständig und diese war konkret auf die Situation des Beschwerdeführers bezogen. Eine geeignete Vertrauensgrundlage ist somit vorhanden. Der Beschwerdeführer konnte als rechtsunkundige Person die Fehlerhaftigkeit des vorinstanzlichen Vorgehens nicht ohne Weiteres erkennen, zumal ihm von der Vorinstanz nie verständlich mitgeteilt wurde, dass eine Einsprache nach dem 26. Oktober 2017 aufgrund der verpassten Einsprachefrist gar nicht mehr wirksam möglich war. Hinsichtlich des Erfordernisses der im Vertrauen auf die behördliche Auskunft getätigten nachteiligen Dispositionen, wozu auch Unterlassungen zählen (BGE 121 V 65 E. 2b), wird rechtsprechungsgemäss vorausgesetzt, dass die behördliche Auskunft für die nachteilige Disposition kausal gewesen ist. An diesen Kausalitätsbeweis sind nicht allzu strenge Anforderungen zu stellen. Er darf deshalb schon als geleistet gelten, wenn es aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung als glaubhaft erscheint, dass sich der Adressat ohne die fragliche Auskunft anders verhalten hätte (BGE 121 V 65 E. 2b; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., S. 157 Rz. 689). Der Beschwerdeführer hat ausgeführt, er hätte sich im Vertrauen darauf, dass eine Einsprache gegen die Verfügung vom 29. Dezember 2016 noch wirksam möglich sei, nicht um eine alternative Vorsorgelösung gekümmert, zumal er die Voraussetzungen für die Aufnahme in die freiwillige Versicherung erfülle und daher vom Erfolg der Einsprache ausgehen dürfen (BVGer-act. 19, S. 6, Ziff. 13; vgl. auch act. 14 i.V.m. act. 15 S. 2). Es erscheint nach der allgemeinen Lebenserfahrung glaubhaft, dass sich der Beschwerdeführer ohne die fehlerhafte Auskunft der Vorinstanz anders verhalten hätte. Da eine alternative Vorsorgelösung rückwirkend nicht mehr nachgeholt werden kann, kann somit vorliegend das Erfordernis der nachteiligen Disposition als erfüllt gelten. Schliesslich stehen dem Schutz des Vertrauens des Beschwerdeführers auch keine Änderung der Rechtslage oder überwiegende öffentliche Interessen entgegen. Da sämtliche Voraussetzungen dafür vorliegen, ist der Beschwerdeführer in seinem Vertrauen auf die Auskunft der Vorinstanz, wonach eine Einsprache gegen die am 26. September 2017 eröffnete Verfügung vom 29. Dezember 2016 noch wirksam möglich sei, zu schützen. Folglich hat die Vorinstanz den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt, soweit sie die

Einsprache des Beschwerdeführers mit der Begründung abgelehnt hat, er habe die bis zum 26. Oktober 2017 laufende Einsprachefrist nicht gewahrt. Der Beschwerdeführer ist in Abweichung vom materiellen Recht (Art. 52 Abs. 1 ATSG) daher so zu behandeln, wie wenn eine Einsprache auch nach dem 26. Oktober 2017 noch möglich gewesen wäre.

## **E. 7**

Zu prüfen ist schliesslich, ob die Einsprache des Beschwerdeführers vom 20. Februar 2018 bzw. 5. März 2018 fristgerecht erfolgt ist.

### **E. 7.1**

Was die per E-Mail erhobene Einsprache vom 20. Februar 2018 angeht, steht fest, dass der Beschwerdeführer damit die gesetzlichen Formvorschriften nicht eingehalten hat. Auch wenn im geschäftlichen Verkehr und im begrenzten Umfang auch zwischen Privaten und Behörden die Kommunikation auf elektronischem Wege durchaus verbreitet ist, vermag das einfache E-Mail bei prozessual relevanten Eingaben wie der Einsprache gemäss Art. 52 Abs. 1 ATSG die in Art. 10 Abs. 4 Satz 1 ATSV für schriftlich erhobene Einsprachen ausdrücklich vorgeschriebene Voraussetzung der Unterschrift nicht zu erfüllen. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind per Fax oder gewöhnlichem E-Mail eingereichte Eingaben nicht fristwährend. Dies gebietet sich nicht zuletzt auch aus Gründen der Rechtssicherheit (BGE 142 V 152 E. 4.6).

### **E. 7.2**

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer deshalb mit E-Mail vom 27. Februar 2018 eine weitere Frist bis am 13. März 2018 gesetzt, um die Einsprache unterschrieben per Post einzureichen. Es handelt sich dabei nicht um eine bei gesetzlichen Fristen unzulässige Fristerstreckung (vgl. Art. 40 Abs. 1 ATSG), sondern um eine Nachfrist im Sinne von Art. 10 Abs. 5 ATSV. Demnach setzt der Versicherer u.a. bei fehlender Unterschrift eine angemessene Frist zur Behebung des Mangels an und verbindet damit die Androhung, dass sonst auf die Einsprache nicht eingetreten werde. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers bedeutet es somit keinen überspitzten Formalismus, dass die Vorinstanz die Einreichung der unterzeichneten Einsprache per Post verlangt hat (vgl. BGE 142 V 152 E. 4.3).

### **E. 7.3**

Es stellt sich folgend die Frage, ob die postalisch eingereichte Einsprache des Beschwerdeführers, datiert vom 5. März 2018, rechtzeitig erfolgt ist.

#### **E. 7.3.1**

Die Frist für eine schriftliche Eingabe ist gewahrt, wenn sie 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; vgl. auch Art. 21 Abs. 1 VwVG). Für die Fristwahrung bei postalischen Eingaben wird die Benutzung der Schweizer Post vorgeschrieben. Demzufolge ist die Frist - wenn die Partei einen anderen Zustelldienst als die Schweizerische Post benutzt - nur eingehalten, wenn die Eingabe am letzten Tag der Frist bei der Behörde eintrifft oder der Schweizerischen Post für die Weiterbeförderung übergeben wird. Die Aufgabe der Eingabe innert Frist bei einer ausländischen Poststelle oder einem ausländischen Kurierdienst genügt grundsätzlich nicht zur Annahme der Rechtzeitigkeit (vgl. betreffend Art. 21 Abs. 1 VwVG Urteil des BVGer A-4166/2010 vom 17. Mai 2011 E. 1.2.1 m.w.H.). Dem diesbezüglich

beweisbelasteten Beschwerdeführer obliegt der Nachweis darüber, dass er die Einsprachefrist eingehalten hat (vgl. Ueli Kieser, a.a.O., Art. 39 Rz. 8).

### **E. 7.3.2**

Der Beschwerdeführer übergab die Einsprache vom 5. März 2018 am 8. März 2018 eingeschrieben der Post in Israel. Gemäss dem vom Beschwerdeführer eingereichten Sendungsverlauf wurde das Einschreiben am 16. März 2018 von der Schweizerischen Post zwecks Weiterbeförderung in Empfang genommen und der Vorinstanz am 19. März 2018 zugestellt (act 18, S. 8). Da die Einsprache somit erst am 16. März 2018 in den Herrschaftsbereich der Schweizerischen Post gelangt ist, hat der Beschwerdeführer die ihm von der Vorinstanz am 27. Februar 2018 bis am 13. März 2018 angesetzte Nachfrist unbestrittenermassen nicht gewahrt. Allerdings hat der Beschwerdeführer am 4. März 2018 und damit vor Ablauf der Frist per E-Mail ein Gesuch um Fristerstreckung bis 6. April 2018 gestellt (act. 16, S. 2).

### **E. 7.3.3**

Nach Art. 40 Abs. 3 ATSG kann eine vom Versicherungsträger angesetzte Frist aus zureichenden Gründen erstreckt werden, wenn die Partei vor Ablauf der Frist darum nachsucht (vgl. auch Art. 22 Abs. 2 VwVG). Behördlich sind diejenigen Fristen, deren Länge nicht durch das Gesetz bestimmt wird, die mithin durch den Versicherungsträger "angesetzt" werden, welcher dabei die Länge der Frist gegebenenfalls auch individualisierend zu bestimmen hat; dazu zählen etwa Nachfristen, und sie sind - im Gegensatz zu den gesetzlichen Fristen - grundsätzlich erstreckbar (Ueli Kieser, a.a.O., Art. 40 Rz. 13; Urteil des BGer I 898/06 vom 23. Juli 2007 E. 3.4; vgl. auch Rz. 2012 des Kreisschreibens über die Rechtspflege in der AHV, der IV, der EO und bei den EL [gültig ab 1. Oktober 2005, Stand: 1. April 2013]). Die Bewilligung der Fristerstreckung setzt das Geltendmachen von zureichenden Gründen voraus. Die Verwaltungspraxis ist diesbezüglich liberal und betrachtet als zureichend etwa das Dartun von Arbeitsüberlastung, den Hinweis auf Ortsabwesenheit oder das Vorbringen der Parteivertretung, es habe mit der Partei noch nicht Kontakt aufgenommen werden können bzw. es habe ein Beweismittel noch nicht beschafft werden können (Ueli Kieser, a.a.O., Art. 40 Rz. 14). Diese offene Praxis steht zwar in einem Spannungsverhältnis zum Gebot des raschen Verfahrens. Indessen liegen sowohl die Bewilligung von Fristerstreckungsgesuchen wie auch der beförderliche Gang des Verfahrens im Interesse der versicherten Person. Weist der Versicherungsträger das Fristerstreckungsgesuch ab, ist eine kurze Nachfrist zu setzen (Ueli Kieser, a.a.O., Art. 40 Rz. 14). Denn wenn im Rahmen des erstinstanzlichen Beschwerdeverfahrens (vgl. Art. 61 Bst. b ATSG; Art. 52 Abs. 2 und 3 VwVG) die angesetzte Nachfrist auf Gesuch hin zu erstrecken oder bei Ablehnung des Gesuchs zumindest eine kurze Nachfrist anzusetzen ist, so gilt dies umso mehr im Einspracheverfahren, da es nicht angeht, im Einspracheverfahren strengere Anforderungen zu stellen als im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren (Ueli Kieser, a.a.O., Art. 52 Rz. 27; Urteil I 898/06 E. 3.4).

### **E. 7.3.4**

Bei der bis 13. März 2018 laufenden Frist handelt es sich - wie erwähnt - um eine von der Vorinstanz angesetzte behördliche (Nach-)Frist, welche grundsätzlich einer Verlängerung zugänglich ist. Der Beschwerdeführer hat mit E-Mail vom 4. März 2018 vor Ablauf der Frist um deren Erstreckung ersucht. Der von ihm geltend gemachte Grund, wonach er nicht

sicher sei, die ihm bis 13. März 2018 gesetzte Frist einhalten zu können, da die Post (in Israel) nicht so schnell sei wie in der Schweiz, erscheint angesichts der liberalen Verwaltungspraxis bei der Gewährung von Fristerstreckungen als hinreichend. Die Antwort der Vorinstanz erfolgte mit E-Mail vom 7. März 2018. Diesem E-Mail ist weder eine Gutheissung noch eine Abweisung des Fristerstreckungsgesuchs zu entnehmen. Selbst bei Nichtgewährung der Fristerstreckung hätte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer, welcher rechtzeitig und begründet um Fristerstreckung ersucht hatte, rechtsprechungsgemäss eine kurze Nachfrist von wenigen Tagen unter Berücksichtigung der konkreten Umstände (vgl. dazu etwa Urteile des BGer 5A\_571/2012 vom 19. Oktober 2012 E. 3.1 und 4A.75/2011 vom 26. Mai 2011 E. 3: Nachfrist von drei resp. fünf Tagen) setzen müssen, um ihm die Einreichung der Einsprache per Post noch zu ermöglichen (vgl. Urteil I 898/06 E. 4). Vor diesem Hintergrund erweist sich die am 16. März 2018 bei der Schweizerischen Post eingetroffene schriftliche Einsprache (vgl. Sendeverlauf act. 18, S. 8 i.V.m. act. 19, S. 17) des Beschwerdeführers als noch rechtzeitig und damit der vorliegend angefochtene Nichteintretensentscheid der Vorinstanz vom 23. März 2018 als unrechtmässig.

## **E. 8**

Im Ergebnis ist die Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist, somit gutzuheissen und der angefochtene Nichteintretensentscheid der Vorinstanz vom 23. März 2018 ist aufzuheben. Die Sache ist an die Vorinstanz zur materiellen Prüfung des Beitrittsgesuchs des Beschwerdeführers vom 19. November 2015 zurückzuweisen. Vor diesem Hintergrund erübrigen sich Ausführungen zu dem vom Beschwerdeführer bei der Vorinstanz gestellten Wiedererwägungsgesuch nach Art. 53 Abs. 2 ATSG bzw. dem Gesuch um prozessuale Revision nach Art. 53 Abs. 1 ATSG (vgl. Beilage zu BVGer-act. 17). Der Vollständigkeit halber ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die durch die Vorinstanz erfolgte Abweisung des Gesuchs um prozessuale Revision (vgl. BVGer-act. 10, S. 3) - im Gegensatz zum Nichteintretensentscheid auf das Wiedererwägungsgesuch, welcher in einfacher Briefform bekannt gegeben werden kann (vgl. Rz. 3013 des Kreisschreibens über die Rechtspflege in der AHV, der IV, der EO und bei den EL) - der Verfügungsform bedurft hätte (Ueli Kieser, a.a.O., Art. 53 Rz. 37 mit Hinweis auf Urteil des BGer 8C\_121/2009 vom 26. Juni 2009 E. 3.7).

## **E. 9**

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

### **E. 9.1**

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

### **E. 9.2**

Der hauptsächlich obsiegende, anwaltlich vertretene Beschwerdeführer hat Anspruch auf eine von der Vorinstanz zu entrichtenden Parteientschädigung (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 und 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173. 320. 2]). Da der Rechtsvertreter keine Kostennote eingereicht hat, ist die Parteientschädigung aufgrund der Akten zu bestimmen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Angesichts des gebotenen und aktenkundigen anwaltlichen Aufwands hält das Bundesverwaltungsgericht ein Honorar von Fr. 2'500.- (inklusive Auslagen, ohne Mehrwertsteuer; vgl. Art. 1 Abs. 2 Bst. a des Bundesgesetzes vom 2. September 1999 über die Mehrwertsteuer [MWSTG, SR 641.20] i.V.m. Art. 8 Abs.

1 MWSTG und Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) für angemessen. (Für das Dispositiv wird auf die nächste Seite verwiesen.)

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