

## Vorlagebeschluss vom 07. Februar 2013, VIII R 2/09

### Tatsächlicher Zugang eines zuzustellenden Schriftstücks bei Verstoß gegen zwingende Zustellungs Vorschriften - Fallgruppenbezogene Auslegung von § 189 ZPO - Vorlage an den Großen Senat

BFH VIII. Senat

BGB § 130, ZPO § 85 Abs 2, ZPO § 166, ZPO § 176, ZPO § 177, ZPO § 178, ZPO § 180, ZPO § 189, FGO § 11, FGO § 53 Abs 2, FGO § 56, FGO § 120, FGO § 155, VwZG § 9, ZPO § 182 Abs 2 Nr 6, ZPO §§ 166ff

vorgehend FG München, 15. Dezember 2008, Az: 10 K 4614/05

### Leitsätze

Dem Großen Senat des BFH wird folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt:

Ist im Fall einer zulässigen Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten, die gegen zwingende Zustellungs Vorschriften verstößt, weil der Zusteller entgegen § 180 Satz 3 ZPO auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks das Datum der Zustellung nicht vermerkt hat, das zuzustellende Schriftstück i.S. von § 189 ZPO bereits in dem Zeitpunkt dem Empfänger tatsächlich zugegangen und gilt deshalb als zugestellt, in dem nach dem gewöhnlichen Geschehensablauf mit einer Entnahme des Schriftstücks aus dem Briefkasten und der Kenntnisnahme gerechnet werden kann, auch wenn der Empfänger das Schriftstück erst später in die Hand bekommt?

### Tatbestand

- 1 I. Sachverhalt
- 2 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt) erhöhte aufgrund einer Außenprüfung die Einnahmen der Kläger und Revisionskläger (Kläger) aus Kapitalvermögen wegen bisher nicht erfasster Erträge aus US-amerikanischen Investmentfonds unter Anwendung des § 18 Abs. 3 des Gesetzes über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen. Der Einspruch und die anschließende Klage vor dem Finanzgericht (FG) blieben erfolglos.
- 3 Das FG-Urteil ist dem Prozessvertreter der Kläger, der in Sozietät mit zwei weiteren Rechtsanwälten tätig war, durch Zustellungsurkunde zugestellt worden. Auf der Zustellungsurkunde ist als Tag der Zustellung Mittwoch, der 24. Dezember 2008, nicht aber die Uhrzeit der Zustellung vermerkt.
- 4 Die Revision der Kläger ging beim Bundesfinanzhof (BFH) am Dienstag, den 27. Januar 2009 ein.
- 5 Nachdem die Geschäftsstelle des Senats auf den verspäteten Eingang der Revision hingewiesen hatte, haben die Kläger mit Schriftsatz vom 28. Januar 2009 der Annahme einer Fristversäumnis widersprochen und zugleich (hilfsweise) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt.
- 6 Zur Begründung tragen sie vor, das Urteil sei ihrem Prozessbevollmächtigten erst am 29. Dezember 2008 zugegangen. Die Kanzlei sei vom 24. bis 28. Dezember 2008 nicht besetzt gewesen. Die Fachangestellte B des Prozessbevollmächtigten habe die Sendung erst am 29. Dezember 2008 im Kanzleibriefkasten vorgefunden. Auf dem Briefumschlag, in dem sich das Urteil befunden habe, fehle die Angabe des Tags der Zustellung.
- 7 Im Übrigen komme es für den Fristbeginn auf den Tag an, an dem ihr Prozessbevollmächtigter das zuzustellende Urteil in die Hand bekommen habe. Dies sei der 29. Dezember 2008 gewesen. Danach sei die Revision rechtzeitig eingelegt worden. Hilfsweise sei Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren; ein möglicher Fehler der Frau B bei der Fristberechnung sei den Klägern nicht zurechenbar.
- 8 Zur Glaubhaftmachung ihres Vortrags haben die Kläger einen Briefumschlag des FG für eine förmliche Zustellung übersandt und beziehen sich im Übrigen auf Versicherungen an Eides statt ihres Prozessbevollmächtigten und der

Frau B. Der Briefumschlag enthält im Feld "zugestellt am" keine Eintragung. Handschriftlich ist auf dem Umschlag vermerkt: "Eingang am Montag 29.12.08 laut Frau B... und Frau T...".

- 9 Der vorlegende Senat hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 27. März 2012 durch Vernehmung des Briefzustellers als Zeugen über die Frage, zu welcher Tageszeit das Urteil des FG (am 24. Dezember 2008) in den Briefkasten des Prozessbevollmächtigten der Kläger eingeworfen worden ist. Das Ergebnis der Beweisaufnahme ist in der Sitzungsniederschrift vom 29. Mai 2012 festgehalten worden.

## Entscheidungsgründe

### 10 II. Stellungnahme des beschließenden Senats zu der vorgelegten Rechtsfrage

- 11 Der beschließende Senat bejaht die vorgelegte Rechtsfrage. Sie ist entscheidungserheblich, weil
- nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme das zuzustellende FG-Urteil tatsächlich am Vormittag des 24. Dezember 2008 in den Briefkasten des Bevollmächtigten der Kläger eingeworfen worden ist und
  - nach Auffassung des vorlegenden Senats am 24. Dezember im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) zu Zustellungen an auf einen Werktag fallenden Silvestertagen zumindest bis zum Mittag mit einer Kenntnisnahme von Geschäftspost gerechnet werden kann.

- 12 Dies hätte die Verfristung der Revision zur Folge. Die Voraussetzungen einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sind nach Auffassung des vorlegenden Senats nicht erfüllt (siehe im Einzelnen unter III.).

### 13 1. Maßgebende Rechtsvorschriften

- 14 a) Bei der Zustellung mit Zustellungsurkunde (§§ 176 bis 182 der Zivilprozessordnung --ZPO-- i.V.m. § 53 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--) wird die Zustellung im Regelfall durch die Übergabe des Schriftstücks bewirkt (§§ 176, 177 ZPO); ersatzweise kann sie u.a. durch Einlegen in den Briefkasten (§ 180 ZPO) bewirkt werden. In diesem Fall gilt das Schriftstück mit der Einlegung als zugestellt (§ 180 Satz 2 ZPO). Der Zusteller vermerkt auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks das Datum der Zustellung (§ 180 Satz 3 ZPO) und hat dies ebenfalls in der Zustellungsurkunde gesondert zu beurkunden (§ 182 Abs. 2 Nr. 6 ZPO). Lässt sich die formgerechte Zustellung eines Dokuments nicht nachweisen oder ist das Dokument unter Verletzung zwingender Zustellungs Vorschriften zugegangen, so gilt es in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem das Dokument der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte, tatsächlich zugegangen ist (§ 189 ZPO).

- 15 b) Die Vorschriften über die Zustellung sind durch das Zustellungsreformgesetz vom 25. Juni 2001 (BGBl I 2001, 1206) grundlegend überarbeitet worden.

- 16 aa) Allgemeine Ziele der Reform des Zustellungsrechts waren, das Zustellungsrecht zu vereinfachen, die Auswahlmöglichkeiten zwischen mehreren Zustellungsformen zu erweitern, die Zustellung durch Niederlegung soweit wie möglich zu vermeiden und den zunehmenden Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel angemessen zu berücksichtigen (BRDrucks 492/00, S. 23). Erstmals sollte für das Verfahren der ordentlichen Gerichte sowie das Verfahren der Arbeits-, Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit ein einheitliches Zustellungsrecht geschaffen werden, das dem Grunde nach in der ZPO geregelt ist; nur gerichtszweigspezifische Ausnahmen sollten in den betreffenden Verfahrensordnungen verbleiben (BRDrucks 492/00, S. 27).

- 17 bb) Zustellungsmängel sollen nach der Gesetzesbegründung unbeachtlich bleiben, wenn der Zustellungszweck und damit die Verschaffung einer angemessenen Gelegenheit zur Kenntnisnahme eines Schriftstücks sowie die Dokumentation des Bekanntgabezeitpunktes erreicht waren. Bei fehlendem Nachweis über eine formgerechte Zustellung oder bei Verstoß der Zustellung gegen zwingende Formvorschriften sollte das Schriftstück als zugestellt gelten, wenn der Adressat es erhält und der Zustellungszweck erreicht ist.

- 18 Dies sollte erstmals auch in Fällen gelten, in denen mit der Zustellung Notfristen in Gang gesetzt werden (BRDrucks 492/00, S. 26).

19

cc) § 180 ZPO hat danach folgenden Wortlaut erhalten:

"Ist die Zustellung nach § 178 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 nicht ausführbar, kann das Schriftstück in einen zu der Wohnung oder dem Geschäftsraum gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung eingelegt werden, die der Adressat für den Postempfang eingerichtet hat und die in der allgemein üblichen Art für eine sichere Aufbewahrung geeignet ist. Mit der Einlegung gilt das Schriftstück als zugestellt. Der Zusteller vermerkt auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks das Datum der Zustellung."

- 20** Nach der Einzelbegründung soll durch die Vorschrift unter anderem der Zugang einer Sendung erleichtert, die Zahl der Ersatzzustellungen durch Niederlegung verringert und damit das Zustellungsverfahren beschleunigt werden (BRDrucks 492/00, S. 46).
- 21** Im Hinblick auf den Inhalt der Zustellungsurkunde (§ 182 ZPO) geht die Einzelbegründung davon aus, dass der vorgeschriebene Vermerk über das Datum der Zustellung den Adressaten auf einen möglichen Fristbeginn hinweisen soll. Dies sei wegen der umgehenden Rücksendung der Zustellungsurkunde mit dem vermerkten Zustellungsdatum an den Zustellenden erforderlich.
- 22** Das Fehlen des Datumsvermerks soll dabei nach der Begründung im Regierungsentwurf nicht zur Unwirksamkeit der Zustellung führen, sondern lediglich vom Gericht bei der Prüfung berücksichtigt werden, ob und wann das Schriftstück (i.S. des § 180 Satz 2 ZPO) als zugestellt gilt (BRDrucks 492/00, S. 49).
- 23** dd) § 189 ZPO (Heilung von Zustellungsmängeln) lautet:  
"Lässt sich die formgerechte Zustellung eines Dokuments nicht nachweisen oder ist das Dokument unter Verletzung zwingender Zustellungs Vorschriften zugegangen, so gilt es in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem das Dokument der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte, tatsächlich zugegangen ist."
- 24** Zu dieser Heilungsvorschrift führt die Einzelbegründung aus, für die Formulierung "tatsächlich zugegangen" habe § 9 Abs. 1 des Verwaltungszustellungsgesetzes (VwZG) a.F. als Vorbild gedient. Nach dieser Norm tritt die Heilung eines Zustellungsmangels in dem Zeitpunkt ein, in welchem der Adressat das Schriftstück nachweislich erhalten hat (vgl. BRDrucks 492/00, S. 55).
- 25** 2. Bisherige Rechtsprechung des BFH
- 26** Der BFH hat sich in mehreren Entscheidungen mit den Folgen für den Beginn von Rechtsmittelfristen befasst, wenn bei einer Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten das Datum auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks fehlte (siehe unter II.2.a bis c). Zudem hat er sich mit der Heilungsmöglichkeit im Fall einer Ersatzzustellung durch Übergabe an eine Person im Ladengeschäft beschäftigt (siehe unter II.2.d).
- 27** a) Mit Beschluss vom 19. Januar 2005 II B 38/04 (BFH/NV 2005, 900) hat der II. Senat eine an einem Samstag an eine Anwaltskanzlei förmlich zugestellte und in deren Briefkasten eingelegte finanzgerichtliche Entscheidung wegen fehlenden Vermerks über das Datum der Zustellung auf dem Umschlag des zugestellten Schriftstücks als erst am folgenden Montag bewirkt angesehen. Wegen des fehlenden Datumsvermerks verstoße die Zustellung gegen zwingende Zustellungs Vorschriften. Für den Zeitpunkt der Heilung komme es darauf an, wann das zuzustellende Schriftstück derart in die Hände des Empfängers gelangt sei, dass dieser es habe behalten und von seinem Inhalt habe Kenntnis nehmen können. Dies sei erst am 15. März 2004 der Fall gewesen, da der Empfänger (nach seinen Angaben) erst an diesem Tag das Schriftstück vorgefunden habe.
- 28** b) Ein Beschluss des VI. Senats vom 19. September 2007 VI B 151/06 (BFH/NV 2007, 2332) betraf die Zustellung eines Urteils, das nach der Zustellungsurkunde am 17. November 2006 in den Briefkasten des Klägers eingelegt worden war. Auf dem Umschlag fehlte der Datumsvermerk. Auch der VI. Senat nahm einen Verstoß gegen zwingende Zustellungs Vorschriften an. Für den Zeitpunkt der Heilung komme es darauf an, wann das zuzustellende Schriftstück derart in die Hände des Zustellungsadressaten gelangt sei, dass dieser es habe behalten und von seinem Inhalt Kenntnis nehmen können. Dies sei erst am 23. November 2006 der Fall gewesen, weil der Kläger (nach seinen Angaben) erst an diesem Tag das Schriftstück vorgefunden habe.
- 29** c) Das Urteil des I. Senats vom 21. September 2011 I R 50/10 (BFHE 235, 255, BStBl II 2012, 197) betrifft die Zustellung eines finanzgerichtlichen Urteils durch Zustellungsurkunde (mit Einlegung in den Briefkasten des

Prozessbevollmächtigten am Samstag, den 29. Mai 2010); auf dem zugestellten Umschlag fehlte die Angabe des Datums. Der Prozessbevollmächtigte hatte an Eides statt versichert, das Urteil habe sich nicht in der am Samstagnachmittag aus dem Briefkasten entnommenen Post, sondern erst in der am Montagmorgen entnommenen Post befunden. Der I. Senat ging deshalb (unter Bezugnahme auf den Beschluss des VI. Senats in BFH/NV 2007, 2332) davon aus, dass der tatsächliche Zugang gemäß § 189 ZPO erst am Montag erfolgt sei. Dafür spreche auch, dass das FG-Urteil mit dem Eingangsstempel des Prozessbevollmächtigten vom Montag versehen worden sei.

**30** d) In der Entscheidung des vorliegenden Senats vom 25. Januar 1994 VIII R 45/92 (BFHE 173, 213, BStBl II 1994, 603) wurde die Heilung von Zustellungsmängeln (i.S. des § 9 Abs. 1 VwZG a.F.) verneint, weil das in jenem Verfahren zuzustellende Schriftstück tatsächlich nicht an den Empfänger selbst, sondern an dessen Sohn in dessen Ladengeschäft übergeben worden war und der Empfänger --unwiderlegbar-- vorgetragen hatte, das Schriftstück persönlich nicht erhalten zu haben. Nach dieser Entscheidung kommt es für die Frage der Heilung von Zustellungsmängeln nur darauf an, dass der Empfänger das Schriftstück tatsächlich erhalten hat; der Zugang bei einem --mit dem Adressaten nicht in einer Haushaltsgemeinschaft lebenden-- Empfangsboten genügt danach nicht.

**31** 3. Rechtsprechung des BGH

**32** Der BGH hat sich mit der Heilung von Zustellungsmängeln in den nachfolgenden Entscheidungen befasst.

**33** a) Das Urteil des BGH vom 21. März 2001 VIII ZR 244/00 (Höchststrichterliche Finanzrechtsprechung --HFR-- 2001, 1200) betraf die Bekanntgabe eines Mahnbescheids an einen Beklagten, der in einer Wohngemeinschaft lebte und dem der Postbedienstete den Mahnbescheid nicht ausgehändigt hatte; vielmehr hatte der Postbedienstete den Mahnbescheid einem Mitglied der Wohngemeinschaft übergeben, das den Bescheid auf den Küchentisch der Wohngemeinschaft legte. In dieser Übergabe des Mahnbescheides an einen Mitbewohner sah der BGH einen Zustellungsmangel, der mangels tatsächlichen Zugangs bei dem Empfänger auch nicht geheilt worden sei. Ein tatsächlicher Zugang setze nämlich voraus, dass das Schriftstück so in den Machtbereich des Adressaten gelange, dass er es behalten könne und von seinem Inhalt Kenntnis nehmen könne. Nur dadurch werde dem Empfänger als Ausprägung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör eine zuverlässige Kenntnis von dem zuzustellenden Schriftstück verschafft. Die Ablage des Schriftstücks auf dem Küchentisch der Wohngemeinschaft mit Zugriffsmöglichkeit für sämtliche Mitbewohner gewährleiste dies nicht; vielmehr hätte eine Heilung der Zustellungsmängel nur angenommen werden können, wenn der Adressat das Schriftstück in die Hand bekommen hätte.

**34** b) In dem Urteil vom 15. März 2007 5 StR 536/06 (BGHSt 51, 257) hat der BGH entschieden, es fehle an der für § 4 des Gewaltschutzgesetzes erforderlichen wirksamen vollstreckbaren Anordnung gegenüber dem Angeklagten, da ihm die einstweilige Verfügung nicht wirksam zugestellt worden sei. Durch die mündliche Wiedergabe des Verfügungsinhalts seien die Zustellungsmängel nicht geheilt worden. Eine Heilung hätte nur eintreten können, wenn ihm das Schriftstück ausgehändigt worden wäre.

**35** 4. Schrifttum

**36** Im Schrifttum wird der tatsächliche Zugang i.S. des § 189 ZPO überwiegend bejaht, wenn das zuzustellende Schriftstück derart in den Machtbereich des Adressaten gelangt, dass dieser es behalten kann und Gelegenheit zur Kenntnisnahme von seinem Inhalt hat (Eichele in Saenger, ZPO, 5. Aufl., § 189 Rz 2; Kruse in Tipke/Kruse, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, § 8 VwZG Rz 3 "Herrschaftsbereich"; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 71. Aufl., § 189 Rz 5 "Besitz erhalten"). Nach Auffassung von Wittschier in Musielak, ZPO, 10. Aufl., § 189 Rz 3, unter Verweis auf BGH-Urteil vom 21. März 2001 VIII ZR 244/00, Der Deutsche Rechtspfleger 2001, 360; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 189 Rz 7; Zöller/ Stöber, ZPO, 29. Aufl., § 189 Rz 4; Kessen in Prütting/ Gehrlein, ZPO, 5. Aufl., § 189 Rz 4; Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 34. Aufl., § 189 Rz 8; Schwarz in Hübschmann/ Hepp/Spitaler, § 8 VwZG Rz 5, ist dies dann der Fall, wenn der Adressat das Schriftstück "in die Hand bekommen" hat.

**37** MünchKommZPO/Häublein, 4. Aufl., § 189 Rz 8 lässt die Möglichkeit der Kenntnisnahme als Zugangszeitpunkt nur dann genügen, wenn unter gewöhnlichen Umständen von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen gewesen wäre.

**38** Für Wieczorek/Schütze/Rohe, 4. Aufl., § 189 ZPO Rz 26 sowie Zimmermann, ZPO, 8. Aufl., § 189 Rz 2 setzt der tatsächliche Zugang in § 189 ZPO die gegenständliche Übernahme des Schriftstücks durch den Adressaten selbst voraus. Der bloße Eintritt in den Machtbereich genüge dagegen nicht. Denn das Recht auf rechtliches Gehör müsse tatsächlich und nicht nur potenziell gewahrt werden.

- 39** 5. Auffassung des beschließenden Senats
- 40** a) Mit der --soweit ersichtlich-- einhelligen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur geht der Senat zunächst davon aus, dass § 180 Satz 3 ZPO zu den zwingenden Zustellungsvorschriften gehört, sodass bei seiner Nichtbeachtung § 189 Alternative 2 ZPO erfüllt ist. Rechtsfolge davon ist, dass die in § 180 Satz 2 ZPO angeordnete Zustellungsfiktion nicht eingreift, denn sie setzt eine Ersatzzustellung voraus, die nicht gegen zwingende Zustellungsvorschriften verstößt.
- 41** aa) Diese Interpretation des Gesetzes entspricht zwar nicht der Vorstellung des Gesetzgebers ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs. Danach sollte das Fehlen des Datumsvermerks nicht zur Unwirksamkeit der Zustellung führen. Das hier zugrunde gelegte Verständnis wird der Bedeutung des Datumsvermerks jedoch besser gerecht, die sich auch darin zeigt, dass die Beachtung von § 180 Satz 3 ZPO zum notwendigen Inhalt der Zustellungsurkunde gemacht worden ist (§ 182 Abs. 2 Nr. 6 ZPO).
- 42** bb) Bei dieser Sachlage kann offenbleiben, ob der Zeitpunkt der Zustellung durch die Eintragung in der Zustellungsurkunde bewiesen wird oder ob ihr im Hinblick auf die Verletzung von § 182 Abs. 2 Nr. 6 ZPO insgesamt keine Beweiskraft zukommt.
- 43** b) Für die Frage, ob der Zustellungsmangel geheilt worden ist und zu welchem Zeitpunkt gegebenenfalls die Zustellung als bewirkt gilt, kommt es danach allein auf § 189 ZPO an.
- 44** aa) Es besteht kein Zweifel, dass der Mangel der Zustellung im Streitfall geheilt worden ist, da der Empfänger das Schriftstück unstreitig erhalten hat. Streitig ist nur der für die Heilung maßgebliche Zeitpunkt.
- 45** bb) § 189 ZPO stellt auf den Zeitpunkt ab, in dem das Dokument dem Zustellungsadressaten "tatsächlich zugegangen" ist. Wann dies der Fall ist, lässt sich dem Wortlaut der Vorschrift nicht eindeutig entnehmen. § 189 ZPO ist deshalb auszulegen.
- 46** c) Der Senat legt § 189 ZPO für die vorliegend zu beurteilende Fallgruppe dahin aus, dass das zuzustellende Schriftstück im Zeitpunkt des Einwurfs in den Briefkasten "tatsächlich zugegangen" ist, wenn zu diesem Zeitpunkt mit der Kenntnisnahme unter Beachtung des gewöhnlichen Geschehensablaufs gerechnet werden konnte. Dabei hat sich der Senat von folgenden Überlegungen leiten lassen:
- 47** aa) Der Wortlaut des § 189 ZPO selbst enthält ebenso wenig wie die ZPO im Übrigen eine eigenständige Definition des Zugangs.
- 48** Deshalb ist auf den allgemeinen Zugangsbegriff in § 130 Abs. 1 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) zurückzugreifen. Danach ist eine Erklärung dem Empfänger zugegangen, wenn sie so in seinen Machtbereich gelangt ist, dass er unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen (vgl. BGH-Urteile vom 26. November 1997 VIII ZR 22/97, Neue Juristische Wochenschrift --NJW-- 1998, 976, 977; vom 21. Januar 2004 XII ZR 214/00, NJW 2004, 1320; Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 16. März 1988 7 AZR 587/87, NJW 1989, 606; BGH-Urteil vom 3. November 1976 VIII ZR 140/75, BGHZ 67, 271, 275; MünchKommBGB/Einsele, 6. Aufl., § 130 Rz 9; Staudinger/Rolfs, BGB, 2003, § 542 Rz 29; Palandt/Ellenberger, Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Aufl., § 130 Rz 5).
- 49** Dieser allgemeine Zugangsbegriff enthält sowohl tatsächliche als auch normative Elemente. Normativ wird die Möglichkeit der Kenntnisnahme nicht nach den individuellen, sondern nach den gewöhnlichen Umständen beurteilt. Tatsächlich muss die Erklärung in den Bereich des Empfängers gelangt sein. Vor diesem Hintergrund wirkt der Ausdruck "tatsächlich zugegangen" in § 189 ZPO tautologisch. Jedenfalls ergibt sich aus ihm nicht, ob der tatsächliche Zugang i.S. von § 189 ZPO über die tatsächlichen Elemente des allgemeinen Zugangsbegriffs hinaus zusätzliche tatsächliche Voraussetzungen erfüllen muss und welche dies sind.
- 50** bb) Der Gesetzesbegründung sind Anhaltspunkte für einen abweichenden Zugangsbegriff nicht zu entnehmen.
- 51** Soweit dort auf § 9 VwZG a.F. verwiesen wird, ist nicht erkennbar, welche konkreten Voraussetzungen dadurch in Bezug genommen werden sollen, zumal die Heilung von Zustellungsmängeln nach § 9 VwZG a.F. nicht davon abhängt, dass das zuzustellende Schriftstück "tatsächlich zugegangen" ist, sondern dass es der Empfänger "nachweislich erhalten" hat. Der Gesetzesbegründung lässt sich nicht entnehmen, wie der Gesetzgeber dieses Merkmal in § 9 VwZG a.F. verstanden hat und wie er demnach § 189 ZPO verstanden wissen wollte. Im Übrigen ist

die Heilungsvorschrift ebenfalls neu gefasst worden (jetzt § 8 VwZG) und entspricht nun ihrem Wortlaut nach § 189 ZPO.

- 52** cc) Bei der systematischen Auslegung ist zu bedenken, dass § 189 ZPO für ganz unterschiedliche Fallgruppen fehlerhafter und deswegen unwirksamer Zustellungen Heilungsmöglichkeiten anbieten soll, nämlich zumindest einerseits für die Fälle, in denen sich die formgerechte Zustellung nicht nachweisen lässt sowie andererseits für die Fälle, in denen das Dokument unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zugegangen ist (vgl. § 189 ZPO).
- 53** Dies schließt Fälle ein,  
- in denen der Zustellungsempfänger das Schriftstück zunächst tatsächlich nicht erhalten hat, weil es nicht in seinen, sondern den Machtbereich einer anderen Person gelangt ist  
- wie auch Fälle der vorliegenden Art, in denen das Schriftstück unzweifelhaft sogleich in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist.  
Es liegt auf der Hand, dass diese unterschiedlichen Fallgruppen unterschiedliche Anforderungen an die Heilung der Zustellungsmängel stellen.
- 54** § 189 ZPO ist danach fallgruppenbezogen auszulegen.
- 55** dd) Bei der Auslegung ist maßgeblich vom Zweck der Zustellungsvorschriften auszugehen. Auch nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll die Heilung eintreten, wenn der Zweck der Zustellung erfüllt ist.
- 56** (1) In erster Linie dient die Zustellung dazu, dem Empfänger die sichere Möglichkeit der Kenntnisnahme von einem Schriftstück zu ermöglichen. Das ergibt sich bereits aus der Definition des Begriffs in § 166 Abs. 1 ZPO. Dies ist Voraussetzung für die Gewährung rechtlichen Gehörs und ein rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechendes Verfahren. Darüber hinaus sollen die Zustellungsvorschriften einen sicheren Nachweis für die Zustellung und den Zeitpunkt der Zustellung schaffen. Dies dient allgemein der Rechtssicherheit und gewährleistet die verfahrensrechtliche Chancengerechtigkeit.
- 57** (2) Auch der BFH hat bereits mehrfach hervorgehoben, dass die Zustellungsvorschriften nicht Selbstzweck sind, sondern dazu dienen, die Tatsache des Zugangs eines Schriftstücks und dessen Zeitpunkt sicher nachweisen zu können und dem Adressaten der Zustellung eine zuverlässige Kenntnis von dem zuzustellenden Schriftstück zu vermitteln (vgl. BFH-Urteil vom 12. Januar 2011 II R 30/09, BFH/NV 2011, 755, m.w.N.). Hieran hat sich durch die Neuordnung des Zustellungsrechts nichts geändert.
- 58** (3) Diese Zwecke sind auch bei der Auslegung der Heilungsvorschrift zu beachten, denn § 189 ZPO fingiert als Rechtsfolge die Zustellung.
- 59** Dieser Fiktion kann nur der Regelungswille entnommen werden sicherzustellen, dass dem Adressat das Schriftstück ungeachtet etwaiger Zustellungsmängel auch tatsächlich --in der vom Zustellenden in den Verkehr gegebenen verkörperten Form-- zugänglich gemacht wurde. Dafür spricht, dass der Gesetzgeber ersichtlich im Bereich des Ersatzzustellungsrechts generell keine weitergehenden --über die Regelung des § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB hinausgehenden-- strengeren Anforderungen an den Zugang gestellt hat.
- 60** Dies zeigt schon die für eine fehlerfreie Ersatzzustellung in § 180 Satz 2 ZPO getroffene Regelung, dass das Schriftstück "mit der Einlegung ... als zugestellt (gilt)" und es danach mithin nicht auf eine tatsächliche Kenntnisnahme von dem zuzustellenden Schriftstück, sondern allein auf die mit der Einlegung geschaffene Möglichkeit der Kenntnisnahme ankommt.
- 61** Auf dieser Grundlage kann dem Erfordernis eines tatsächlichen Zugangs in § 189 ZPO lediglich der Regelungswille des Gesetzgebers entnommen werden, die Adressaten fehlerhaft zugestellter Schriftstücke nicht schlechter zu stellen als die Adressaten ordnungsgemäß zugestellter Dokumente. Ein Anlass oder eine Absicht, sie darüber hinaus gegenüber Adressaten verfahrensfehlerfreier Ersatzzustellungen besser zu stellen, indem sie anders als letztere erst ab dem --im Übrigen regelmäßig objektiv kaum verifizierbaren-- Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme die mit der Zustellung verbundenen verfahrens- und materiell-rechtlichen Folgen gegen sich gelten lassen müssten, ist ersichtlich nicht gegeben.
- 62** ee) Bei der Auslegung muss auch berücksichtigt werden, dass die Mitteilung des Zustelldatums auf dem zuzustellenden Umschlag dem Zustellungsempfänger ermöglichen soll, für ihn geltende Fristen bestimmen zu

können. Die Anordnung in § 180 Satz 3 ZPO dient eindeutig dem Schutz des Adressaten. Ihr Gewicht wird dadurch unterstrichen, dass die Mitteilung in der Zustellungsurkunde beurkundet werden muss.

- 63** ff) Vor diesem Hintergrund bewertet der Senat unter den Umständen des Streitfalls die objektiv-rechtlichen Zwecke der Zustellungsvorschriften höher als den Schutz des Adressaten.
- 64** (1) Dafür spricht zunächst, dass der Hauptzweck der Zustellung, dem Empfänger die sichere Möglichkeit der Kenntnisnahme zu verschaffen, unter den Umständen des Streitfalls von Anfang an erfüllt war. Mit dem Einwurf des Schriftstücks in den Kanzleibriefkasten war das Urteil so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass er sicher von seinem Inhalt Kenntnis nehmen konnte. Dementsprechend geht auch das Schrifttum zu Recht davon aus, dass § 189 ZPO die tatsächliche Kenntnisnahme nicht voraussetzt (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O., § 189 Rz 5). Zwar ist der Empfänger durch die fehlende Mitteilung über den Zeitpunkt der Zustellung benachteiligt. Der Hauptzweck der Zustellung, dem Empfänger die Möglichkeit der Kenntnisnahme zu verschaffen, wird dadurch jedoch nicht berührt.
- 65** (2) Für die normative Bestimmung des Heilungszeitpunkts spricht vor allem, dass nur sie dem objektiven Zustellungszweck zum Durchbruch verhilft, den Zeitpunkt der Zustellung auch im Fall der Heilung einer zunächst fehlgeschlagenen Zustellung rechtssicher bestimmen zu können.
- 66** (3) Die Interessen des Zustellungsempfängers sieht der Senat bei dieser Sachlage noch ausreichend gewahrt. Denn ihm obliegt es und er hat es in der Hand, den durch das Fehlen des Datumsvermerks hervorgerufenen Zweifel über das Datum der Zustellung gegebenenfalls durch einen Anruf bei Gericht zu beseitigen (vgl. unten unter III.1.b bb).
- 67** (4) Dieser Auslegung kann nicht entgegengehalten werden, dass § 189 ZPO leer liefe. Bei der wirksamen Ersatzzustellung nach § 180 ZPO tritt die Zustellung bereits mit dem Einwurf in den Briefkasten ein (§ 180 Satz 2 ZPO). Ob die Kenntnisnahme zu diesem Zeitpunkt erwartet werden konnte, ist unerheblich. Demgegenüber kommt es nach der Auffassung des Senats für die Heilung unter den Umständen des Streitfalls zusätzlich darauf an, ob die Kenntnisnahme erwartet werden konnte. Darin liegt ein erheblicher Unterschied. In den Fällen der ursprünglich fehlgeleiteten Zustellung tritt die Heilung ohnehin erst zu einem anderen Zeitpunkt ein als bei wirksamer Ersatzzustellung. Für diese --hier nicht einschlägige Fallgruppe-- führt die Anwendung von § 189 ZPO auch nach Auffassung des Senats zu anderen Ergebnissen.
- 68** gg) Für eine Auslegung von § 189 ZPO, die das Interesse des Empfängers einseitig in den Vordergrund stellt, besteht keine Veranlassung. Soweit im Schrifttum Formulierungen aus den zitierten BGH-Entscheidungen verallgemeinert werden, indem generell für den Zeitpunkt der Heilung auf das physische In-Händen-Halten des Empfängers abgestellt wird, kann sich der Senat dem nicht anschließen. Könnte die Heilung einer fehlerhaften Ersatzzustellung in jedem Fall erst in dem Zeitpunkt eintreten, in dem der Empfänger das zuzustellende Schriftstück nach seinen nicht überprüfbaren Angaben tatsächlich in die Hände genommen hat, wäre ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen des Zustellungsempfängers und des Zustellenden nicht gewährleistet und der objektiv-rechtliche Zweck, den Zeitpunkt der Zustellung rechtssicher bestimmen zu können, würde verfehlt. Nicht zuletzt würde dadurch auch das mit der Neuordnung des Zustellungsrechts verfolgte Ziel des Gesetzgebers verfehlt, die Zustellung zu beschleunigen.
- 69** (1) Käme es für die Heilung über die normativ zu bestimmende Möglichkeit der Kenntnisnahme hinaus darauf an, wann der Empfänger das Schriftstück tatsächlich in die Hand nimmt, hätte er es in der Hand, den Zeitpunkt der Heilung hinauszuzögern und einseitig zu beeinflussen. Denn über den dann maßgeblichen Zeitpunkt könnte allein er Auskunft erteilen. Die Angaben wären für keinen anderen jemals überprüfbar. Das ist jedoch nicht damit zu vereinbaren, dass die Zustellungsvorschriften auch objektiv dazu dienen, den Zeitpunkt der Zustellung --für alle Beteiligten gleichermaßen-- rechtssicher zu bestimmen.
- 70** (2) Dies entspräche auch nicht dem Willen des Gesetzgebers. Zwar sollten die Adressaten von fehlerhaft zugestellten Schriftstücken ersichtlich nicht schlechter gestellt werden als die Empfänger ordnungsgemäß zugestellter Schriftstücke. Der Gesetzgeber hatte aber --wie bereits ausgeführt-- erkennbar weder Anlass noch die Absicht, erstere besser zu stellen.
- 71** (3) Ergänzend ist zu berücksichtigen, dass eine einseitige Bevorzugung des Zustellungsempfängers auch deshalb nicht gerechtfertigt erscheint, weil der Zeitpunkt der Zustellung auch für den Zustellenden von Interesse sein kann. Das gilt jedenfalls, soweit --wie im Streitfall-- weder der Zustellende noch der Zustellungsempfänger das Fehlverhalten des Zustellers zu vertreten haben. Ein Interesse des Zustellenden an der alsbaldigen Heilung der

Zustellung besteht, soweit daran materielle Rechtsfolgen geknüpft sind. Zwar ordnet § 167 ZPO regelmäßig die Rückwirkung der Zustellung an, wenn durch sie eine Frist gewahrt, die Verjährung neu beginnen oder gehemmt werden soll. Ob die Vorschrift auch bei Heilung einer zunächst fehlerhaften Zustellung Anwendung findet, bedarf hier keiner Entscheidung. Zumindest für die Entstehung von Prozesszinsen kommt es aber auf den Zeitpunkt der Zustellung an. Der Beginn der Verzinsung liegt grundsätzlich im Interesse des Zustellenden. Eine alle Interessen berücksichtigende Auslegung muss auch diese Gesichtspunkte in den Blick nehmen, da das Zustellungsrecht nach der Vorstellung des Gesetzgebers in allen Verfahrensordnungen einheitlich ausgestaltet sein soll.

- 72** d) In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH geht der Senat davon aus, dass die Möglichkeit der Kenntnisnahme bei einer Rechtsanwaltskanzlei erwartet werden kann, wenn das zuzustellende Schriftstück am Vormittag des Heiligabends in den Briefkasten eingeworfen wird und wenn dieser Tag ein Werktag ist.
- 73** Dem kann der Zustellungsempfänger nicht mit Erfolg entgegenhalten, er sei an diesem Tag nicht im Büro gewesen. Wenn sich der Zustellungsempfänger während der üblichen Geschäftszeiten nicht in seinem Büro aufhält und den Briefkasten nicht leert, hat er die Folgen zu tragen. Daran ändert das Fehlen des Vermerks gemäß § 180 Satz 3 ZPO nichts. Der Vermerk soll den Empfänger über das Datum der Zustellung unterrichten, nachdem er eine Abschrift der Zustellungsurkunde nicht mehr erhält. Das Fehlen des Vermerks befreit den Zustellungsempfänger aber nicht von der Obliegenheit, diejenigen Schriftstücke, die bereits in seinen Machtbereich gelangt sind, während der üblichen Geschäftszeiten auch zur Kenntnis zu nehmen. Andernfalls muss er sich die nach objektiven Kriterien zu bestimmende Möglichkeit der Kenntnisnahme als für den Fristbeginn maßgeblichen Zeitpunkt entgegenhalten lassen.
- 74** 6. Keine Abweichung von der Rechtsprechung des BGH
- 75** Mit dieser Beurteilung weicht der vorlegende Senat nicht von den Entscheidungen des BGH in HFR 2001, 1200 und in BGHSt 51, 257 ab. Die Sachverhaltskonstellationen, über die der BGH zu entscheiden hatte, betrafen jeweils andere Arten der Ersatzzustellung, welche zudem die Mitwirkungshandlung weiterer Personen erforderten. Sie unterscheiden sich damit wesentlich von der Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten.
- 76** Ist nämlich --anders als im Streitfall-- der tatsächliche Erhalt eines Schriftstücks als solcher bestritten und haben zudem dritte Personen, die keine Vertreter des Adressaten sind, Zugriff auf das zuzustellende Schriftstück, kann es letztlich für eine Heilung von Zustellungsmängeln nur auf den Zeitpunkt ankommen, in welchem der Adressat das Schriftstück physisch erlangt. Denn die Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks an Mitbewohner oder Empfangsboten kann für die Annahme eines "tatsächlichen" Zugangs i.S. des § 189 ZPO nicht genügen, weil die Mitwirkung dritter Personen für die mit der Heilung einer fehlerhaften Zustellung unterstellte Möglichkeit der Kenntnisnahme des Zustellungsempfängers nicht hinreichend sicher zu bejahen ist. Ob der BGH die Formel vom "In-den-Händen-halten" in diesen Fällen deshalb nur als Verbildlichung für das nach § 130 BGB erforderliche Gelangen in den Machtbereich verstanden wissen wollte, dass das zunächst fehlgeleitete Schriftstück tatsächlich in den Zugriffsbereich des Adressaten gelangt sein muss, kann hier auf sich beruhen. Der Streitfall liegt in tatsächlicher Hinsicht anders. Wenn der Empfänger --wie hier-- den Brief nur aus seinem Briefkasten nehmen muss, steht dem tatsächlichen Zugriff nichts entgegen. Die Möglichkeit der Kenntnisnahme ist damit sicher.
- 77** III. Entscheidungserheblichkeit der vorgelegten Rechtsfrage
- 78** Die dem Großen Senat vorgelegte Rechtsfrage ist für das vom vorlegenden Senat in Aussicht genommene Urteil entscheidungserheblich.
- 79** 1. Entscheidung im Fall der Bejahung der Vorlagefrage
- 80** Bejaht man die Vorlagefrage, ist die Revision der Kläger unzulässig. Die Kläger hätten das Rechtsmittel nicht fristgerecht eingelegt (siehe unter III.1.a). Auch wäre eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zu gewähren (siehe unter III.1.b).
- 81** a) Die Revision der Kläger wäre verspätet beim BFH eingelegt worden.
- 82** aa) Das Urteil des FG wäre dem Prozessbevollmächtigten danach am 24. Dezember 2008 zugestellt worden. Das ergibt sich im Streitfall nicht aus § 180 Satz 2 i.V.m. § 182 Abs. 1 ZPO, sondern aus § 189 ZPO.
- 83** (1) Im Streitfall ist das Schriftstück nach dem Inhalt der Zustellungsurkunde zwar am 24. Dezember 2008 ersatzweise in den Briefkasten des Prozessbevollmächtigten der Kläger eingeworfen worden. Die Ersatzzustellung

war auch zulässig, weil das Büro des Prozessbevollmächtigten am 24. Dezember 2008 nicht besetzt war. Der Senat hat auch keine Zweifel, dass der Umschlag tatsächlich an diesem Tag in den Briefkasten eingelegt worden ist.

- 84** Gleichwohl ist im Streitfall nicht der durch die Zustellungsurkunde nachgewiesene Zeitpunkt der Einlegung in den Briefkasten des Zustellungsempfängers maßgeblich, denn die Zustellung verstieß gegen zwingende Zustellungsvorschriften. Die Regelung des § 180 Satz 3 ZPO, die den Zusteller bei der Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten dazu verpflichtet, auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks einen Vermerk über das Datum der Zustellung anzubringen, gehört auch nach der Reform der ZPO zu den zwingenden Zustellungsvorschriften i.S. des § 189 ZPO (BFH-Beschluss in BFH/NV 2005, 900). Im Streitfall hat der Zusteller das Datum der Einlegung in den Briefkasten auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks nicht vermerkt.
- 85** (2) Nach den dargestellten Maßstäben würde das FG-Urteil gemäß § 189 ZPO als am 24. Dezember 2008 zugestellt gelten. An diesem Tag ist es unstrittig in den Briefkasten des Prozessbevollmächtigten eingelegt und dadurch derart in dessen Machtbereich gelangt, dass er jederzeit von seinem Inhalt Kenntnis nehmen konnte. Mit der tatsächlichen Kenntnisnahme konnte auch am 24. Dezember 2008 noch gerechnet werden, denn nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist der Umschlag bereits am Vormittag in den Briefkasten eingelegt worden.
- 86** (a) Der 24. Dezember (Heiligabend) ist ein Werktag, an dem üblicherweise gearbeitet wird. Nach der Verkehrsanschauung kann deshalb am 24. Dezember bis zur Mittagszeit damit gerechnet werden, dass ein in den Briefkasten einer Anwaltskanzlei gelangtes Schriftstück noch zur Kenntnis genommen wird (vgl. BGH-Urteil vom 5. Dezember 2007 XII ZR 148/05, NJW 2008, 843, zum Zugang von Willenserklärungen am Nachmittag des 31. Dezember in Bürobetrieben). Auf eine abweichende individuelle betriebliche Übung kann es im Interesse der Klarheit der Fristenberechnung nicht ankommen.
- 87** (b) Die Beweisaufnahme hat ergeben, dass der zuzustellende Umschlag am Vormittag des 24. Dezember 2008 in den Briefkasten der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten der Kläger eingelegt worden ist. Der als Zeuge einvernommene Postzusteller, der erkennbar kein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens hatte, hat glaubhaft bekundet, dass die Kanzlei des Klägersvertreters am Beginn seiner täglichen Zustellungstour gelegen habe. Er sei sich deshalb, auch wenn er sich an den einzelnen Vorgang nicht erinnere, ganz sicher, dass er die Post für die Kanzlei des Klägersvertreters stets vormittags in den Briefkasten eingeworfen habe.
- 88** bb) Aufgrund der Zustellungsfiktion am 24. Dezember 2008 hätte die einmonatige Frist für die Einlegung der Revision gemäß § 120 Abs. 1 Satz 1 FGO am 25. Dezember 2008 zu laufen begonnen und wäre, da der 24. Januar 2009 ein Samstag war, am Montag, den 26. Januar 2009 abgelaufen. Die Revision, die erst am 27. Januar 2009 beim BFH einging, wäre verspätet.
- 89** b) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Revisionseinlegungsfrist war nicht zu gewähren.
- 90** aa) War jemand ohne Verschulden verhindert, eine gesetzliche Frist einzuhalten, ist ihm auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren (§ 56 Abs. 1 FGO). Verschuldet ist eine Fristversäumnis, wenn die gebotene und nach den Umständen zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen wird, wobei bereits einfache Fahrlässigkeit die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausschließt (BFH-Beschluss vom 22. August 2011 III B 168/10, BFH/NV 2011, 2086). Ein Verschulden des Prozessbevollmächtigten, das auch in einem Organisationsmangel liegen kann (vgl. BFH-Beschluss vom 19. März 1996 VII S 17/95, BFH/NV 1996, 818), ist dem Rechtsmittelführer nach § 155 FGO i.V.m. § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen. Ein Prozessbevollmächtigter muss insbesondere die Arbeitsabläufe in seinem Büro so organisieren, dass Fehlerquellen bei der Berechnung und der Überwachung von Fristen nahezu ausgeschlossen sind (Urteil des Bundessozialgerichts vom 27. Mai 2008 B 2 U 5/07 R, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 2009, 413).
- 91** bb) Im Streitfall haben die Kläger die Revisionseinlegungsfrist nicht ohne Verschulden versäumt. Denn sie müssen sich ein Verschulden ihres Bevollmächtigten zurechnen lassen. Der Prozessbevollmächtigte der Kläger kann sich im Streitfall auch nicht auf ein Versehen seiner Büroangestellten Frau B berufen.
- 92** (1) Zwar kann der Prozessbevollmächtigte die routinemäßige Berechnung und Kontrolle der in seinem Büro gängigen Fristen einer zuverlässigen, sorgfältig ausgewählten und überwachten Bürokraft übertragen. Er bleibt aber verpflichtet, den Fristablauf eigenverantwortlich nachzuprüfen, wenn ihm die Sache zur Vorbereitung der fristgebundenen Prozesshandlung vorgelegt wird (BFH-Beschluss vom 8. April 1992 II R 73/91, BFH/NV 1992, 829, m.w.N.). Im Falle von Zustellungen von Amts wegen nach §§ 166 ff. ZPO ist es erforderlich, dass der Prozessbevollmächtigte die Fristberechnung anhand des auf dem Zustellungskuverts angebrachten

Zustellungsvermerks des Postbediensteten selbst nachprüft. Fehlt der Datumsvermerk, so muss er sich auf andere Weise, z.B. durch Rückfrage beim FG, über das Zustellungsdatum erkundigen (BFH-Beschluss in BFH/NV 1992, 829; vgl. auch BGH-Beschluss vom 24. April 2007 AnwZ (B) 93/06, NJW 2007, 2186, m.w.N.).

- 93** (2) Nach diesen Grundsätzen hätte der Klägervertreter spätestens am 22. Januar 2009, als er die Akte erneut vorgelegt bekam, die Fristberechnung seiner Angestellten kontrollieren und, weil der Vermerk über den Tag der Zustellung fehlte, eigene Erkundigungen anstellen müssen. Die Zweifel hätten durch einen Anruf beim FG behoben werden können. Dies ist indes unterblieben. Der Klägervertreter durfte auch nicht deshalb von eigenen Aufklärungsbemühungen absehen, weil seine Büroangestellte Frau B auf dem Umschlag den 29. Dezember 2008 als Eingangsdatum vermerkt hatte. Auf die Richtigkeit des Vermerks durfte der Klägervertreter nicht ohne Weiteres vertrauen; zumindest hätte er sich bei Frau B über den Hintergrund des Vermerks erkundigen müssen, da die Kanzlei zwischen dem 24. und dem 28. Dezember 2008 nicht besetzt war und folglich niemand wissen konnte, ob die am 29. Dezember 2008 im Briefkasten vorgefundene Post nicht bereits am 24. oder am 27. Dezember 2008 eingelegt worden war.
- 94** 2. Entscheidung im Fall der Verneinung der Vorlagefrage
- 95** Bei Verneinung der Vorlagefrage wäre die Revision der Kläger zulässig. Der Beginn der Revisionsfrist hätte sich nicht nach dem in der Zustellungsurkunde ausgewiesenen Datum des Einwurfs gerichtet, sondern es wäre auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Zugangs i.S. des § 189 ZPO abzustellen. Die fehlerhafte Zustellung wäre in diesem Fall jedoch erst am Montag, den 29. Dezember 2008, geheilt worden. Denn erst an diesem Tag, an welchem die Kanzlei erstmalig nach dem Weihnachtsurlaub wieder besetzt war, hat der Bevollmächtigte der Kläger das FG-Urteil in den Händen gehalten. Das FG-Urteil ist zudem mit dem Eingangsstempel der Kanzlei vom 29. Dezember 2008 versehen. Die Bürokraft Frau B legte es dem Bevollmächtigten der Kläger nach seinem und ihrem Vortrag, an deren Richtigkeit der Senat keine Zweifel hat, auch an diesem Tag vor. Die Frist zur Revisionseinlegung hätte folglich erst am 30. Dezember 2008 zu laufen begonnen und am 29. Januar 2009 geendet. Die am 27. Januar 2009 beim BFH eingegangene Revision wäre fristgemäß.
- 96** IV. Rechtsgrund der Vorlage
- 97** Die Vorlage ist gemäß § 11 Abs. 2 und Abs. 4 FGO geboten.
- 98** 1. Die Klärung der vorgelegten Rechtsfrage hat grundsätzliche Bedeutung. Wegen der unterschiedlichen Auffassungen der mit der Rechtsfrage bisher befassten BFH-Senate I, II, VI und VIII sowie den verschiedenen Ansichten in der Literatur ist eine Entscheidung durch den Großen Senat erforderlich, um eine einheitliche Rechtsauslegung für die Zukunft zu gewährleisten.
- 99** 2. Mit der oben dargelegten Auslegung des Merkmals "tatsächlich zugegangen" des § 189 ZPO weicht der vorlegende Senat von dem Beschluss des VI. Senats in BFH/NV 2007, 2332 ab. Auf Anfrage des vorlegenden Senats hat der VI. Senat mit Beschluss vom 13. November 2012 VI ER-S 3/12 mitgeteilt, dass er einer Abweichung von seiner Rechtsauffassung nicht zustimme. Der Adressat müsse zur Wahrung seines Rechts auf rechtliches Gehör in die Lage versetzt werden, die Fristberechnung sicher vornehmen zu können. Nur dann sei der Zustellungszweck erreicht. Der Zustellende bedürfe dagegen keines besonderen Schutzes. Denn er könne jederzeit eine erneute --ordnungsgemäße-- Zustellung veranlassen.
- 100** Weitere Anfragen nach § 11 Abs. 3 Sätze 1 und 3 FGO waren mangels Entscheidungserheblichkeit nicht erforderlich.

Quelle: [www.bundesfinanzhof.de](http://www.bundesfinanzhof.de)