

# Beschluss vom 23. November 2016, IV B 39/16

## Beweiskraft einer nachträglich berichtigten Zustellungsurkunde - Ersatzzustellung bei vorhandenem Briefkasten

ECLI:DE:BFH:2016:B.231116.IVB39.16.0

BFH IV. Senat

ZPO § 419, ZPO § 180 S 1, ZPO § 181 Abs 1 S 1, ZPO § 181 Abs 1 S 2, ZPO § 181 Abs 1 S 3, FGO § 53 Abs 2, FGO § 96 Abs 2, FGO § 119 Nr 3, GG Art 103 Abs 1

vorgehend FG Münster, 13. April 2016, Az: 6 K 531/13 G,F

## Leitsätze

1. NV: Hat der Postbedienstete die Zustellungsurkunde nachträglich berichtet, entscheidet das Gericht gemäß § 419 ZPO nach freier Überzeugung, ob die Beweiskraft der Urkunde dadurch ganz oder teilweise aufgehoben oder gemindert ist.
2. NV: Eine Ersatzzustellung durch Niederlegung bei der Post (§ 181 Abs. 1 Satz 2 ZPO) ist regelmäßig unwirksam, wenn die Mitteilung über die Niederlegung in den Briefkasten eingeworfen wird. Denn ist ein solcher vorhanden, muss das zuzustellende Schriftstück selbst in den Briefkasten eingelegt werden (§ 180 Satz 1 ZPO); die Ersatzzustellung durch Niederlegung scheidet aus.

## Tenor

Auf die Beschwerde der Klägerin wegen Nichtzulassung der Revision wird das Urteil des Finanzgerichts Münster vom 14. April 2016 6 K 531/13 G,F aufgehoben.

Die Sache wird an das Finanzgericht Münster zurückverwiesen.

Diesem wird die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens übertragen.

## Tatbestand

- 1 I. Die Klägerin und Beschwerdeführerin (Klägerin), eine GmbH & Co. KG, betreibt ein Transportunternehmen sowie Baustoffhandel. Kommanditisten waren zunächst die Eheleute P, ab dem Streitjahr 2005 auch deren Sohn. Dieser führte daneben einen eigenen Transportbetrieb. Der Beklagte und Beschwerdegegner (das Finanzamt --FA--) erkannte eine von der Klägerin vorgenommene Forderungsabschreibung mit der Begründung nicht an, dass der der Forderung zugrunde liegende Vertrag mit dem Betrieb des Sohnes einem Fremdvergleich nicht standhalte.
- 2 Nach insoweit erfolglosem Einspruch erhob die Klägerin Klage. In der mündlichen Verhandlung am 21. Januar 2016 vertagte das Finanzgericht (FG) die Sache. Anschließend gab es der Klägerin auf, näher bezeichnete Unterlagen vorzulegen. Nach fruchtlosem Ablauf der hierfür gesetzten Frist erneuerte es seine Aufforderung und setzte eine Frist gemäß § 79b Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) bis zum 23. März 2016. Das entsprechende Schreiben vom 2. März 2016 war an die damalige Prozessbevollmächtigte der Klägerin --eine Steuerberatungsgesellschaft-- gerichtet. Ebenfalls am 2. März 2016 beraumte das FG eine mündliche Verhandlung auf den 14. April 2016 an. Die Ladung an die Prozessbevollmächtigte enthielt den Hinweis, dass beim Ausbleiben eines Beteiligten auch ohne diesen verhandelt und entschieden werden könne. Mit der Zustellung der Ladung und des weiteren Schreibens vom 2. März 2016 durch Zustellungsurkunde --zusammen in einem Briefumschlag-- wurde die Deutsche Post beauftragt. Die Klägerin wurde nicht gesondert geladen.
- 3 Am 21. März 2016 ging dem FG die von einer Postbediensteten am 4. März 2016 unterzeichnete Zustellungsurkunde zu. Danach hatte die Zustellerin den Umschlag zu übergeben versucht. Ursprünglich hatte sie weiter beurkundet, dass sie das Schriftstück, weil eine Übergabe nicht möglich gewesen sei, in den zum

Geschäftsraum gehörenden Briefkasten oder eine ähnliche Vorrichtung eingelegt habe. Das Kreuz in dem entsprechenden Feld 10.2 wurde jedoch durchgestrichen. Daneben findet sich der von der Zustellerin unterzeichnete Vermerk "berichtigt am 17.03.". Weiter ist in der Urkunde angegeben, dass der Umschlag, weil auch die Einlegung in einen Briefkasten oder eine ähnliche Vorrichtung nicht möglich gewesen sei, bei der hierfür bestimmten Stelle --der "Shop in Shop Filiale im A-Markt, X-Straße 12"-- niedergelegt worden sei. Die schriftliche Mitteilung über die Niederlegung habe die Zustellerin in der bei gewöhnlichen Briefen üblichen Weise abgegeben, nämlich in den Geschäftsbriefkasten eingeworfen.

- 4 In der mündlichen Verhandlung am 14. April 2016 erschien für die Klägerin niemand. Das FG stellte die ordnungsgemäße Ladung der Prozessbevollmächtigten fest und wies die Klage ab. Die Revision ließ es nicht zu. Am 7. Juni 2016 erhielt es den in Rede stehenden Umschlag mit den Vermerken "Zugestellt am 04.03.2016" --unterzeichnet von der Zustellerin-- und "Lagerfrist abgelaufen" zurück.
- 5 Mit ihrer Nichtzulassungsbeschwerde rügt die Klägerin eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Ihre Prozessbevollmächtigte habe weder die Ladung noch das weitere Schreiben vom 2. März 2016 erhalten. Auch eine Benachrichtigung über die Niederlegung sei ihr nicht zugegangen. Von der mündlichen Verhandlung habe sie erst durch die Zustellung des Urteils am 28. April 2016 erfahren. Zur Glaubhaftmachung hat die Klägerin eine eidesstattliche Versicherung des Geschäftsführers der Prozessbevollmächtigten übersandt. Weiter trägt sie vor, dass die Zustellungsurkunde nicht geeignet sei, den Beweis über die Zustellung zu erbringen. Ihr Inhalt sei widersprüchlich und falsch. Die Angaben der Zustellerin ließen nicht erkennen, was mit dem Umschlag wann geschehen sei. Zudem existiere die angegebene Niederlegungsstelle bereits seit April 2014 nicht mehr. Die Niederlegungsstelle der Post befinde sich seitdem im "B-Shop" in der X-Straße 6. Zum Nachweis hat die Klägerin einen undatierten Ausdruck der Internetseite der Post übersandt.
- 6 Die Klägerin beantragt, die Revision gegen das Urteil des FG Münster vom 14. April 2016 6 K 531/13 G,F zuzulassen.
- 7 Das FA hat keinen Antrag gestellt und räumt ein, dass es das Vorgehen der Zustellerin nicht nachvollziehen könne.

## Entscheidungsgründe

- 8 II. Die Beschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 116 Abs. 6 FGO).
- 9 1. Das Urteil des FG beruht auf einem Verfahrensfehler i.S. von § 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO; es verletzt den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 des Grundgesetzes, § 96 Abs. 2, § 119 Nr. 3 FGO).
- 10 a) Die Pflicht des Gerichts zur Gewährung rechtlichen Gehörs erfordert es u.a., den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zu geben, sich zu entscheidungserheblichen Tatsachen und Beweisergebnissen zu äußern und ihre für wesentlich gehaltenen Rechtsansichten vorzutragen (Beschluss des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 6. November 2007 IX B 64/07, BFH/NV 2008, 242). Hieran fehlt es, wenn ein Beteiligter zu der vom FG angesetzten mündlichen Verhandlung nicht ordnungsgemäß geladen worden ist (BFH-Beschluss vom 18. Januar 2011 IV B 53/09). Auf diesem Mangel kann das Urteil beruhen.
- 11 b) Die Klägerin ist nicht wirksam zur mündlichen Verhandlung am 14. April 2016 geladen worden.
- 12 aa) Gemäß § 53 Abs. 1 und Abs. 2 FGO i.V.m. § 176 der Zivilprozessordnung (ZPO) kann die Ladung zur mündlichen Verhandlung durch die Post mit Zustellungsurkunde bewirkt werden. Ist die Übergabe der Ladung nach § 177 oder § 178 Abs. 1 Nrn. 1 oder 2 ZPO nicht möglich, kann sie in einen Briefkasten oder eine ähnliche Vorrichtung, die der Adressat für den Postempfang eingerichtet hat und die in der allgemein üblichen Art für eine sichere Aufbewahrung geeignet ist, eingelegt werden (§ 180 Satz 1 ZPO). Ist auch das nicht ausführbar, hat der Zusteller die Ladung bei einer von der Post bestimmten Stelle niederzulegen (§ 181 Abs. 1 Sätze 1 und 2 ZPO). Über die Niederlegung ist eine schriftliche Mitteilung in der bei gewöhnlichen Briefen üblichen Weise abzugeben oder, wenn das nicht möglich ist, an der Tür anzuheften (§ 181 Abs. 1 Satz 3 ZPO). Eine fehlerhafte Annahme der Zustellungsvoraussetzungen führt zur Unwirksamkeit der Zustellung (vgl. Beschluss des Bundesgerichtshofs --BGH-- vom 12. März 1968 X ZB 12/67; BFH-Urteil vom 11. April 1986 VI R 22/85, BFH/NV 1986, 545).

- 13** bb) Nach § 182 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 418 Abs. 1 ZPO, der auch im finanzgerichtlichen Verfahren gilt (BFH-Beschluss vom 18. Januar 2011 IV B 53/09), begründet die Zustellungsurkunde vollen Beweis des darin bezeugten Zustellungsvorgangs. Inwiefern Durchstreichungen die Beweiskraft der Urkunde ganz oder teilweise aufheben oder mindern, entscheidet das Gericht gemäß § 419 ZPO nach freier Überzeugung. Eine nachträgliche Berichtigung, etwa durch einen von dem Zusteller unterzeichneten Vermerk auf der Urkunde, ist möglich (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Juni 1984 9 CB 1092/81; Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl., § 182 Rz 20) und ebenfalls nach § 419 ZPO zu würdigen (BGH-Urteil vom 19. Juli 2007 I ZR 136/05). Die Beweiskraft einer Zustellungsurkunde kann nicht durch die bloße Behauptung, das Schriftstück nicht erhalten zu haben, beseitigt werden (BFH-Beschluss vom 21. August 2002 VIII B 58/02, BFH/NV 2003, 176). Ein Gegenbeweis erfordert vielmehr den Beweis der Unrichtigkeit der in der Zustellungsurkunde bezeugten Tatsachen (BFH-Urteil vom 20. Februar 1992 V R 39/88, BFH/NV 1992, 580, m.w.N.; BFH-Beschluss vom 18. Januar 2011 IV B 53/09). Das Gericht hat die Beweiskraft der Zustellungsurkunde und die Beweiskraft etwaiger Gegenbeweismittel gegeneinander abzuwägen (BFH-Urteil vom 28. Juli 2015 VIII R 50/13).
- 14** cc) Nach diesen Maßstäben ist die Klägerin nicht wirksam zur mündlichen Verhandlung am 14. April 2016 geladen worden. Denn die Postbedienstete hat die Zustellung durch Niederlegung bewirkt, obwohl die Voraussetzungen hierfür nicht vorlagen.
- 15** (1) Dass die Zustellerin von der Möglichkeit der Niederlegung Gebrauch gemacht hat, folgt bereits aus dem Umstand, dass das FG den die Ladung enthaltenden Briefumschlag mit den Vermerken "Zugestellt am 04.03.2016" und "Lagerfrist abgelaufen" zurück erhalten hat. Auch die Zustellungsurkunde lässt keinen anderen Schluss zu.
- 16** (2) Eine Ersatzzustellung durch Niederlegung bei der Post setzt voraus, dass die Zustellung nicht nach § 180 ZPO durch Einlegen der Ladung in einen Briefkasten oder eine ähnliche Vorrichtung ausführbar ist (§ 181 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Unmöglichkeit der Einlegung in den Briefkasten o.Ä. ist Wirksamkeitsvoraussetzung der Ersatzzustellung durch Niederlegung (Beschluss des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 21. Oktober 2002 II-66/02, 1 Ss 131/02). Das ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut des § 181 Abs. 1 Satz 1 ZPO, sondern auch aus dem mit der Regelung verfolgten Zweck, die für den Adressaten oft umständliche Zustellung durch Niederlegung soweit wie vertretbar zu vermeiden (Begründung des Regierungsentwurfs des Zustellungsreformgesetzes in BTDrucks 14/4554, S. 13). Vor diesem Hintergrund darf die Benachrichtigung über eine Niederlegung nicht in den Briefkasten eingeworfen werden. Denn wenn der Adressat über einen solchen verfügt, scheidet die Ersatzzustellung nach § 181 ZPO von vornherein aus (Gräber/Stapperfend, Finanzgerichtsordnung, 8. Aufl., § 53 Rz 102; Neumann in Beermann/Gosch, FGO § 53 Rz 39; Zöller/Stöber, a.a.O., § 181 Rz 4; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 23. Aufl., § 181 Rz 7).
- 17** dd) Das hat die Zustellerin im Streitfall verkannt. Ausweislich der Zustellungsurkunde hat sie die Mitteilung über die Niederlegung in den Geschäftsbriefkasten der Prozessbevollmächtigten der Klägerin eingeworfen. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass in diesen nicht die Ladung selbst hätte eingelegt werden können. Zwar mag es Ausnahmefälle geben, in denen ein Briefkasten nicht den Anforderungen des § 180 ZPO genügt, aber --wie von § 181 Abs. 1 Satz 3 ZPO verlangt-- zur Entgegennahme von gewöhnlichen Briefen regelmäßig verwendet wird (MünchKommZPO/Häublein, 5. Aufl., § 181 Rz 7, nennt den unverschlossenen Briefkasten). Dafür, dass es sich bei dem Geschäftsbriefkasten der Prozessbevollmächtigten der Klägerin --einer Steuerberatungsgesellschaft-- um einen solchen Fall handelt, bestehen jedoch keine Anhaltspunkte.
- 18** 2. Der Senat macht von der Möglichkeit Gebrauch, das angefochtene Urteil durch Beschluss aufzuheben und den Rechtsstreit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückzuverweisen (§ 116 Abs. 6 FGO). Von einer weiteren Darstellung des Sachverhalts und einer weiteren Begründung sieht der Senat nach § 116 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 FGO ab.
- 19** 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 143 Abs. 2 FGO.

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