

# Beschluss vom 14. Dezember 2011, VIII B 76/11

## Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten

BFH VIII. Senat

FGO § 53 Abs 2, ZPO § 180 S 1, FGO § 115 Abs 2 Nr 3

vorgehend FG München, 26. April 2011, Az: 7 K 3601/10

## Leitsätze

1. NV: Behauptet der Steuerpflichtige, der Postzusteller habe vor Durchführung der Ersatzzustellung einen Zustellversuch nicht unternommen, so muss er, um mit dem Einwand durchzudringen, einen Sachverhalt vortragen und gegebenenfalls beweisen, bei dem ein vorheriger Zustellversuch so gut wie ausgeschlossen erscheint.
2. NV: Ein Verfahrensmangel liegt nicht vor, wenn sich das FG die Überzeugung davon, dass der Briefkasten zu der Wohnung oder dem Geschäftsraum gehört, gebildet hat, indem es die in einem anderen Gerichtsverfahren protokollierte Zeugenaussage derselben Zustellerin über einen zeitnahen anderen Zustellvorgang auf demselben Grundstück ausgewertet hat, und wenn die Zustellerin hierzu bekundet hat, sich an den einzelnen Vorgang nicht konkret zu erinnern; unter diesen Umständen bedarf es keiner erneuten Einvernahme der Zeugin zu dem streitigen Zustellvorgang.

## Gründe

- 1 Die Beschwerde ist nicht begründet. Gründe für die Zulassung der Revision (§ 115 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--) liegen nicht vor.
- 2 1. Verfahrensfehlerfrei hat das Finanzgericht (FG) insbesondere angenommen, dass die Kläger und Beschwerdeführer (Kläger) die Unrichtigkeit der in der Postzustellungsurkunde bezeugten Tatsachen nicht erwiesen haben (§ 418 Abs. 2 der Zivilprozessordnung --ZPO--).
- 3 a) Ohne Erfolg rügen die Kläger zunächst die mangelnde Einvernahme der Postzustellerin als Zeugin. Damit können sie schon deshalb nicht durchdringen, weil sie in der mündlichen Verhandlung den Antrag auf Vernehmung der Zeugin nicht ausdrücklich wiederholt und die Nichtvernehmung der Zeugin auch nicht zu Protokoll gerügt haben. Dies geht zu ihren Lasten, denn die Rüge des Übergehens von Beweisanträgen oder der Verletzung der Sachaufklärungspflicht betrifft verzichtbare Verfahrensmängel (Gräber/Ruban, Finanzgerichtsordnung, 7. Aufl., § 115 Rz 101), bei denen das Rügerecht bereits durch das bloße Unterlassen einer rechtzeitigen Rüge verloren geht (Gräber/Ruban, a.a.O., § 115 Rz 103). Das gilt jedenfalls, wenn die Kläger --wie im Streitfall-- professionell vertreten sind.
- 4 Aber auch in der Sache war die Einvernahme der Zeugin nicht geboten (§ 76 Abs. 1, § 81 Abs. 1 FGO). Das FG hat stattdessen die Aussage der Zeugin in einem Parallelverfahren verwertet, in dem ebenfalls die Wirksamkeit einer förmlichen Zustellung bei den Klägern streitig war. Der dortigen Aussage, die einen zeitnahen Zustellungsvorgang betraf, hat das FG für das vorliegende Verfahren entnommen, dass der Briefkasten, in den die Zustellerin die Schriftstücke nach dem Inhalt der Zustellungsurkunde eingelegt hat, eindeutig zum Grundstück der Kläger gehöre. Eine weitere Beweisaufnahme musste sich dem FG bei dieser Sachlage nicht aufdrängen, zumal sich die Zustellerin an den einzelnen Vorgang nicht erinnern konnte.
- 5 b) Das FG hat auch nicht das rechtliche Gehör der Kläger verletzt, indem es entscheidungserheblichen Sachvortrag der Kläger unberücksichtigt gelassen hat. Der Kläger hat insbesondere in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, er sei am Tag der Zustellung den ganzen Tag an seinem häuslichen Arbeitsplatz gewesen, was sich indiziell aus einem Datenübertragungsprotokoll ergebe sowie aus dem Fehlen von Aufzeichnungen des elektronischen Fahrtenbuchs seines Dienstfahrzeugs. Das soll nach Ansicht der Kläger belegen, dass die Zustellerin vor dem Einwurf der zuzustellenden Schriftstücke einen persönlichen Zustellversuch --entgegen der Darstellung in der

Urkunde-- nicht unternommen habe. Indes hat das FG diese Umstände nicht unberücksichtigt gelassen. Im Urteil heißt es dazu vielmehr wörtlich: "Die von ihnen (den Klägern) vorgebrachten Umstände belegen nicht, dass ein entsprechender Zustellversuch nicht unternommen worden ist." Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt deshalb nicht vor.

- 6 Mit der Behauptung, das FG habe die Umstände unrichtig gewertet, kann die Zulassung der Revision ebenfalls nicht erreicht werden, weil der Bundesfinanzhof (BFH) auch im Rahmen eines Revisionsverfahrens an die tatsächlichen Würdigungen des FG grundsätzlich gebunden wäre (§ 118 Abs. 2 FGO) und weil die Wertung des FG zumindest möglich erscheint. Die vom Kläger angeführten Indizien schließen nicht aus, dass die Kläger vorübergehend, z.B. zu Fuß das Haus verlassen hatten und deshalb den Zustellversuch verpasst haben (vgl. BFH-Beschluss vom 10. November 2003 VII B 366/02, BFH/NV 2004, 509).
- 7 c) Ohne Erfolg rügen die Kläger schließlich auch, dass die Zustellungsurkunde keinen Nachweis für den Inhalt des übergebenen Umschlags erbringe. Die Kläger haben insofern nicht ausreichend dargelegt, dass die Bezeichnung des Sendungsinhalts auf dem zugestellten Kuvert den rechtlichen Anforderungen nicht genüge. Die Rechtsansicht der Kläger, dass jedes Schriftstück einzeln zugestellt werden müsse, trifft nicht zu. Die bloße Behauptung, der Sendungsinhalt könne von der Bezeichnung abweichen, ist nicht geeignet, die Beweiskraft der öffentlichen Urkunde (§ 418 Abs. 1 ZPO) zu widerlegen.
- 8 2. Soweit die Kläger die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache behaupten (§ 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO), entspricht ihre Begründung nicht den Anforderungen an die Darlegung von Revisionszulassungsgründen (§ 116 Abs. 3 Satz 3 FGO).

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