

# Beschluss vom 06. December 2011, XI B 64/11

## Aufhebung eines Termins bei gegenwärtiger zahnärztlicher Notfallbehandlung des nicht vertretenen Klägers

BFH XI. Senat

FGO § 65 Abs 2 S 2, FGO § 79b Abs 1, FGO § 79b Abs 2, FGO § 104 Abs 1, FGO § 116 Abs 6, FGO § 155, ZPO § 227 Abs 1, ZPO § 227 Abs 2

vorgehend FG Köln, 12. May 2011, Az: 1 K 3245/07

## Leitsätze

NV: Beantragt ein nicht durch einen Prozessbevollmächtigten vertretener Kläger kurz vor Beginn der mündlichen Verhandlung, diese aufgrund einer gegenwärtigen zahnärztlichen Notfallbehandlung zu verlegen, und teilt er gleichzeitig mit, eine zahnärztliche Bescheinigung schnellstmöglich nachzureichen, ist das FG grundsätzlich verpflichtet, den Termin aufzuheben .

## Tatbestand

- 1** I. Zwischen den Beteiligten ist in der Sache streitig, ob der Beklagte und Beschwerdegegner (das Finanzamt --FA--) die vom Kläger und Beschwerdeführer (Kläger) in den Streitjahren 2000 bis 2002 geltend gemachten Vorsteuerbeträge zu Recht nicht zum Abzug zugelassen hat.
- 2** Der Kläger legte gegen die nach einer Betriebsprüfung ergangenen Änderungsbescheide für die Streitjahre vom 21. Oktober 2005 Einspruch ein. Im Verlauf des Einspruchsverfahrens gab er berichtigte bzw. erstmalige Umsatzsteuererklärungen ab. Das FA setzte mit Einspruchsentscheidung vom 18. Juli 2007 die Umsatzsteuern für die Streitjahre herab. Es ging von den nunmehr erklärten Umsätzen aus und schätzte die Vorsteuern anhand der von der Betriebsprüfung ermittelten Betriebsausgaben.
- 3** Hiergegen erhob der Kläger Klage und kündigte an, die vollständigen Unterlagen dem FA vorzulegen. Nachdem das FA dem Finanzgericht (FG) gegenüber mitgeteilt hatte, dass der Kläger die Unterlagen nicht eingereicht habe, und ihm, dem Kläger, wiederholt Fristverlängerung zur Stellungnahme gewährt worden war, wurde er gemäß § 65 Abs. 2 Satz 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) aufgefordert, innerhalb eines Monats den Gegenstand seines Klagebegehrens durch Bezifferung der streitigen Vorsteuerbeträge zu bezeichnen. Das FG forderte ihn gleichzeitig gemäß § 79b Abs. 1 FGO auf, innerhalb dieser Frist die begehrten Vorsteuerbeträge durch geeignete Unterlagen nachzuweisen. Daraufhin bezifferte der Kläger innerhalb der ihm vorgegebenen Frist die Vorsteuerbeträge, ohne jedoch entsprechende Belege vorzulegen. Im weiteren Verlauf des finanzgerichtlichen Verfahrens reichte der Kläger nochmals berichtigte Umsatzsteuererklärungen für die Streitjahre ein. Nachdem das Verfahren auf die Berichterstatterin als Einzelrichterin zur Entscheidung übertragen worden war, forderte das FG (die Einzelrichterin) den Kläger im Dezember 2010 gemäß § 79b Abs. 2 FGO auf, sämtliche Vorsteuerbelege für die Streitjahre vorzulegen. Daraufhin stellte der Kläger innerhalb der gesetzten Frist einen Antrag auf Fristverlängerung, da die angeforderten Unterlagen im vorläufigen Insolvenzverfahren "in Verwendung" seien. Auf Nachfrage des FG teilte der vorläufige Insolvenzverwalter mit, dass ihm außer einigen Steuerbescheiden keinerlei Geschäftsunterlagen des Klägers vorliegen würden.
- 4** Aufgrund Terminsbestimmung vom 26. April 2011 wurde der Kläger zur mündlichen Verhandlung am 13. Mai 2011 geladen. Am Tag der mündlichen Verhandlung ging um 09:23 Uhr beim FG ein von der Ehefrau des Klägers unterschriebenes Telefax ein. Sie teilte im Namen und Auftrag des Klägers mit, dass er, der Kläger, "derzeit zur zahnärztlichen Notfallbehandlung abwesend" sei, eine "entsprechende ärztliche Bescheinigung ... schnellstmöglich nachgereicht" werde und beantragte, die mündliche Verhandlung zu vertagen. Daraufhin antwortete das FG mit einem dem Kläger um 09:44 Uhr zugegangenen Telefax, dass eine Verlegung des Termins nur in Betracht komme, wenn bis 10:00 Uhr ein ärztliches Attest vorliege, aus dem sich die Verhandlungsunfähigkeit und die Gründe hierfür im Einzelnen ergäben.

- 5 Das FG führte die mündliche Verhandlung in Abwesenheit des nicht vertretenen Klägers durch und wies die Klage mit am 13. Mai 2011 um 10:40 Uhr verkündeten Urteil als unbegründet ab.
- 6 Um 12:51 Uhr desselben Tags übermittelte der Kläger dem FG eine zahnärztliche Bescheinigung, nach der der Kläger "aufgrund einer kurzfristigen und aufwendigen kieferchirurgischen Maßnahme den Gerichtstermin in ... nicht wahrnehmen konnte"; der Kläger sei von 09:25 Uhr bis 10:55 Uhr zur Notfallbehandlung in der zahnärztlichen Praxis gewesen. Der Kläger teilte gleichzeitig mit, er habe das Telefax des FG vom heutigen Tag, 09:44 Uhr, erst nach seiner Rückkehr um 11:50 Uhr zur Kenntnis nehmen können. Hilfsweise beantrage er Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, weil es "gänzlich unmöglich" gewesen sei, die gesetzte Frist von 15 Minuten einhalten zu können.
- 7 Das FG führte in seinem Urteil aus, dem Antrag des Klägers auf Terminsaufhebung sei nicht stattzugeben gewesen, weil der Kläger seine Verhandlungsunfähigkeit nicht glaubhaft gemacht habe. Ein ärztliches Attest --dessen Vorlage möglich gewesen sei-- sei dem Vertagungsantrag nicht beigelegt gewesen. Unabhängig davon habe dem Antrag des Klägers auch deshalb nicht entsprochen werden können, weil nach Aktenlage eine eindeutige Prozessverschleppungsabsicht zu erkennen gewesen sei. Das FG habe davon ausgehen können, dass der Vertagungsantrag ein weiterer Versuch gewesen sei, den Prozess zu verzögern.
- 8 Die Klage sei unbegründet. Der vom Kläger beantragte weitere Vorsteuerabzug stehe ihm nicht zu.
- 9 Das FG ließ die Revision gegen sein Urteil nicht zu. Hiergegen wendet sich der Kläger mit der vorliegenden Nichtzulassungsbeschwerde. Er macht geltend, das FG sei verpflichtet gewesen, den Termin zur mündlichen Verhandlung zu verlegen. Das angefochtene Urteil leide deshalb an einem erheblichen Rechtsfehler, der geeignet sei, das Vertrauen in die Rechtsprechung zu beschädigen, und verletze seinen Anspruch auf rechtliches Gehör.

## Entscheidungsgründe

- 10 II. Die Beschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG (§ 116 Abs. 6 FGO). Das FG-Urteil beruht auf einem Verfahrensmangel. Das FG hat dem Kläger durch die Nichtaufhebung bzw. Nichtverlegung des Termins zur mündlichen Verhandlung das rechtliche Gehör versagt.
- 11 1. Nach § 155 FGO i.V.m. § 227 der Zivilprozessordnung (ZPO) kann ein Termin aus erheblichen Gründen aufgehoben oder verlegt werden. Liegen erhebliche Gründe vor, verdichtet sich die in dieser Vorschrift eingeräumte Ermessensfreiheit zu einer Rechtspflicht. Der Termin muss dann zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs aufgehoben oder verlegt werden, selbst wenn das Gericht die Sache für entscheidungsreif hält und die Erledigung des Rechtsstreits durch die Aufhebung oder Verlegung des Termins verzögert wird (vgl. z.B. Beschlüsse des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 3. Juli 2001 II B 132/00, BFH/NV 2002, 30; vom 23. November 2001 V B 224/00, BFH/NV 2002, 520; vom 28. April 2009 VIII B 103/08, nicht veröffentlicht --n.v.--, juris, m.w.N.).
- 12 a) Welche Gründe i.S. von § 227 Abs. 1 ZPO als erheblich anzusehen sind, richtet sich nach den Verhältnissen des Einzelfalles. Der Prozessstoff und die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten und ihrer Prozessbevollmächtigten sind dabei ebenso zu berücksichtigen wie der Umstand, dass das FG im finanzgerichtlichen Verfahren die einzige Tatsacheninstanz ist und die Beteiligten ein Recht darauf haben, ihre Sache in einer mündlichen Verhandlung vorzutragen (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 10. April 2007 XI B 58/06, BFH/NV 2007, 1672, m.w.N.).
- 13 b) Eine kurzfristige, überraschende Erkrankung eines nicht vertretenen Klägers, die dessen Erscheinen zum Verhandlungstermin entgegensteht, ist regelmäßig ein erheblicher Grund für eine Änderung des Termins (vgl. BFH-Beschlüsse vom 21. Januar 2004 V B 25-26/03, BFH/NV 2004, 962; vom 30. Juni 1988 VI S 10/87, VI S 8-9/88, BFH/NV 1989, 234; vom 28. April 2009 VIII B 103/08, n.v., juris, jeweils m.w.N.; zur plötzlichen Erkrankung eines Prozessbevollmächtigten, vgl. z.B. BFH-Beschluss in BFH/NV 2002, 520, m.w.N.).
- 14 Das FG ist aber nicht verpflichtet, einem Antrag auf Terminsverlegung, der "in letzter Minute" gestellt und mit einer plötzlichen Erkrankung begründet wird, stattzugeben, wenn die Gründe für die Terminsverlegung nicht ausreichend dargelegt und mit der Antragstellung glaubhaft gemacht werden. Ob im Einzelfall eine Verlegung des Termins gerechtfertigt ist, muss das FG anhand der ihm bekannten Umstände beurteilen (vgl. BFH-Beschluss vom 26. April 2005 VIII B 14/02, BFH/NV 2005, 1821; Senatsbeschluss in BFH/NV 2007, 1672, jeweils m.w.N.). Dazu muss es in der Lage sein, sich über das Vorliegen eines Verlegungsgrundes ein eigenes Urteil zu bilden. Die Voraussetzungen hierfür zu schaffen, ist Aufgabe desjenigen, der die Verlegung beantragt (vgl. BFH-Beschlüsse in BFH/NV 2004, 962;

vom 28. April 2009 VIII B 103/08, n.v., juris). Dies erfordert im Falle einer kurzfristigen, überraschenden Erkrankung regelmäßig die Vorlage eines ärztlichen Attests, aus dem sich die Verhandlungsunfähigkeit des Beteiligten ergibt, oder eine so genaue Schilderung der Erkrankung samt Glaubhaftmachung, dass das FG selbst beurteilen kann, ob die Erkrankung so schwer ist, dass ein Erscheinen zum Termin nicht erwartet werden kann (vgl. Senatsbeschluss in BFH/NV 2007, 1672, m.w.N.).

- 15 c) Ausnahmsweise kann die Änderung eines Termins gleichwohl abgelehnt werden, wenn die Absicht einer Prozessverschleppung offensichtlich ist oder wenn der Kläger seine prozessualen Mitwirkungspflichten in anderer Weise erheblich verletzt hat (vgl. BFH-Beschlüsse vom 29. Juni 1992 V B 9/91, BFH/NV 1993, 180; vom 4. Mai 1994 XI R 104/92, BFH/NV 1995, 46; vom 4. Mai 1994 XI R 105/92, BFH/NV 1995, 46; in BFH/NV 2007, 1672, jeweils m.w.N.).
- 16 2. In Anwendung dieser Rechtsgrundsätze war das FG (die Einzelrichterin) im Streitfall verpflichtet, die mündliche Verhandlung wegen der geltend gemachten gegenwärtigen "zahnärztlichen Notfallbehandlung" des nicht vertretenen Klägers auf dessen Antrag hin aufzuheben bzw. zu verlegen.
- 17 a) Dass der Kläger seinem Vertagungsantrag kein ärztliches Attest beigefügt hatte, rechtfertigt es nicht, den Antrag des Klägers abzulehnen (vgl. BFH-Beschlüsse in BFH/NV 1995, 46; in BFH/NV 1995, 46; in BFH/NV 2002, 520).
- 18 Die Ehefrau des Klägers hatte das FG vor Beginn der Sitzung mit Telefax um 09:23 Uhr über eine gegenwärtige zahnärztliche Notfallbehandlung des Klägers informiert und die "schnellstmögliche" Nachreichung einer entsprechenden ärztlichen Bescheinigung angekündigt.
- 19 Es gab keine objektiven Anhaltspunkte für eine Unrichtigkeit dieser Darstellung. Das FG (die Einzelrichterin) war zwar grundsätzlich berechtigt, vom Kläger gemäß § 155 FGO i.V.m. § 227 Abs. 2 ZPO die Glaubhaftmachung der geltend gemachten erheblichen Gründe für die Aufhebung bzw. Verlegung des Termins zu verlangen. Dementsprechend hat das FG den Kläger aufgefordert, binnen 15 Minuten ein entsprechendes Attest vorzulegen. Es musste aber damit rechnen, dass der Kläger, der sich --wie vorgetragen-- in ärztlicher Notfallbehandlung befand, dem nicht würde nachkommen können.
- 20 Soweit das FG in seinem Urteil ausgeführt hat, da der Kläger nach eigenen Angaben bereits um 09:25 Uhr --also vor Beginn der auf 10 Uhr anberaumten mündlichen Verhandlung-- zur Notfallbehandlung in der Zahnarztpraxis gewesen sei, hätte die Möglichkeit bestanden, das Attest direkt aus der Zahnarztpraxis an das Gericht zu senden, kann offenbleiben, ob dem gefolgt werden kann. Hierzu hat der Kläger vorgetragen, ein Arzt könne nicht gleichzeitig einen Notfall behandeln und ein Attest erstellen.
- 21 Jedenfalls --und das ist im Streitfall entscheidend-- bestand kein hinreichender Grund, das Urteil bereits am Sitzungstag um 10:40 Uhr --vor dem Eingang des angekündigten Attests-- gemäß § 104 Abs. 1 FGO zu verkünden (vgl. auch BFH-Beschlüsse in BFH/NV 2002, 520, unter II.2.c; in BFH/NV 2007, 1672, unter II.2.b, m.w.N.). Durch die Verkündung wurde das Urteil wirksam; eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung kam nun nicht mehr in Betracht (vgl. z.B. Gräber/von Groll, Finanzgerichtsordnung, 7. Aufl., § 104 Rz 7; Lange in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 104 FGO Rz 6 ff.).
- 22 b) Entgegen dem FG war im Zeitpunkt des Antrags auf Vertagung die Absicht einer Prozessverschleppung nicht offensichtlich.
- 23 Das FG musste aufgrund des um 09:23 Uhr eingegangenen Telefax damit rechnen, dass der Kläger tatsächlich kurzfristig erkrankt war, sich zu der Zeit, zu der die mündliche Verhandlung anberaumt worden war, in zahnärztlicher Notfallbehandlung befand und nicht zum Termin erscheinen konnte (vgl. auch BFH-Beschluss in BFH/NV 2002, 520, unter II.2.c). Es durfte deshalb --auch unter Berücksichtigung des bisherigen Verhaltens des Klägers während des Vorverfahrens und während des Klageverfahrens-- nicht davon ausgehen, "dass der ohne Glaubhaftmachung gestellte Antrag auf Terminaufhebung lediglich ein weiterer Versuch war, den Prozess zu verzögern".
- 24 3. Entgegen der Auffassung des FA erfordert die schlüssige Rüge der Verletzung des Rechts auf Gehör keine Ausführungen darüber, was bei ausreichender Gewährung des rechtlichen Gehörs noch vorgetragen worden wäre und dass dieser Vortrag die Entscheidung des Gerichts hätte beeinflussen können, wenn das Gericht --wie hier-- verfahrensfehlerhaft in Abwesenheit des Rechtsmittelführers aufgrund mündlicher Verhandlung entschieden hat

(vgl. BFH-Beschlüsse vom 3. September 2001 GrS 3/98, BFHE 196, 39, BStBl II 2001, 802; in BFH/NV 2002, 520, m.w.N.).

- 25** 4. Die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Zurückverweisung des Rechtsstreits an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung beruht auf § 116 Abs. 6 FGO.

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