

# Beschluss vom 04. November 2019, X B 70/19

## Anforderungen an einen krankheitsbedingten Terminverlegungsantrag

ECLI:DE:BFH:2019:B.041119.XB70.19.0

BFH X. Senat

FGO § 115 Abs 2 Nr 3, FGO § 119 Nr 3, ZPO § 227 Abs 1, ZPO § 227 Abs 2, GG Art 103 Abs 1

vorgehend FG Düsseldorf, 25. February 2019, Az: 13 K 3082/17 E,F

## Leitsätze

1. NV: Bei einem am Vortag des Terminstages hinreichend vor Dienstschluss beim FG eingegangenen Terminverlegungsantrag handelt es sich --ohne Vorliegen besonderer Umstände-- grundsätzlich nicht um einen "in letzter Minute" gestellten Antrag, so dass keine erhöhten Anforderungen an die sofortige Glaubhaftmachung des erheblichen Grundes gelten.
2. NV: Wenn ein Arzt ausdrücklich die krankheitsbedingte Verhandlungsunfähigkeit eines Verfahrensbeteiligten oder Prozessbevollmächtigten bescheinigt, ist damit in aller Regel ein erheblicher Grund für eine Terminverlegung glaubhaft gemacht .
3. NV: Ein FG darf nicht ohne weitere tatsächliche Anhaltspunkte und ohne Sachaufklärung allein aus dem Umstand, dass ein Prozessbevollmächtigter in zwei unterschiedlichen Verfahren jeweils um eine krankheitsbedingte Terminverlegung ersucht hat, auf eine chronische Erkrankung des Prozessbevollmächtigten schließen, die erhöhte Vorsorgepflichten auslöst und damit keinen erheblichen Grund für eine Terminverlegung darstellt.

## Tenor

Auf die Beschwerde des Klägers wegen Nichtzulassung der Revision wird das Urteil des Finanzgerichts Düsseldorf vom 26.02.2019 - 13 K 3082/17 E,F aufgehoben.

Die Sache wird an das Finanzgericht Düsseldorf zurückverwiesen.

Diesem wird die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens übertragen.

## Tatbestand

I.

- 1 In materiell-rechtlicher Hinsicht streiten die Beteiligten, ob der Kläger und Beschwerdeführer (Kläger) aus der Vermietung eines --schon im Zeitpunkt des Erwerbs funktionsunfähigen-- großen Blockheizkraftwerks negative Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt hat. Verfahrensrechtlich geht es darum, ob das Finanzgericht (FG) aufgrund einer Erkrankung des Prozessbevollmächtigten (P) des Klägers den Termin zur mündlichen Verhandlung hätte aufheben müssen.
- 2 Das FG hatte für Dienstag, den 26.02.2019, 9:30 Uhr, zur mündlichen Verhandlung geladen. Die Ladung wurde P am 07.02.2019 zugestellt. Am 25.02.2019 (Montag) ging um 15:07 Uhr per Telefax ein Terminaufhebungsantrag des --seinerzeit 71-jährigen-- P beim FG ein. Beigefügt war eine "ärztliche Bescheinigung" eines Arztes (Dr. A) für Allgemeinmedizin, Akupunktur, Chirotherapie, Homöopathie und Naturheilverfahren vom 22.02.2019, die den folgenden Wortlaut hat: "Aufgrund der schlechten psycho/physischen Situation des o.g. Patienten und der schweren Erkrankung seiner Ehefrau ist der o.g. Pat. zurzeit nicht in der Lage seine Interessen in oder außerhalb einer Verhandlung vernünftig wahrzunehmen, die Verteidigung in verständiger und verständlicher Weise zu führen und

Prozesserklärungen abzugeben, sowie entgegenzunehmen. Ich halte den o.g. Pat. daher für den 26.02.2019 verhandlungsunfähig." Das FG nahm vor der mündlichen Verhandlung keinen Kontakt mit der Kanzlei des P mehr auf.

- 3 In der mündlichen Verhandlung erschien für den Kläger niemand. Das FG lehnte den Terminaufhebungsantrag im angefochtenen Urteil ab. Es führte aus, wenn ein Terminaufhebungsantrag --wie hier-- in letzter Minute gestellt werde und das Gericht keine Zeit mehr für Maßnahmen nach § 227 Abs. 4 der Zivilprozessordnung (ZPO) habe, müsse ein eingereichtes ärztliches Attest die Verhandlungsunfähigkeit eindeutig und nachvollziehbar beschreiben und sich zur Art und Schwere der Erkrankung äußern. Diese Voraussetzungen seien hier nicht erfüllt, weil Dr. A lediglich vage formuliert habe, er halte P für verhandlungsunfähig. Die erwähnte "schlechte psycho/physische Situation" stelle keine eindeutige und nachvollziehbare Beschreibung der behaupteten Verhandlungsunfähigkeit dar. Im Übrigen habe P bereits in dem auf den 25.01.2019 terminierten Verfahren 13 K 334/18 ein gleichlautendes Attest desselben Arztes eingereicht. Es handele sich daher um eine chronische Erkrankung, die wiederholt in gleicher Weise auftrete. In solchen Fällen müsse ein Prozessbevollmächtigter Vorsorge für die Wahrnehmung von Gerichtsterminen treffen. Unterlasse er diese Vorsorge, sei eine spätere krankheitsbedingte Verhinderung nicht unverschuldet.
- 4 In der Sache selbst wies das FG die Klage ab. Die bloße Nutzungsüberlassung des Blockheizkraftwerks sei keine gewerbliche Tätigkeit, sondern als Vermietung eines Sachinbegriffs anzusehen und falle daher unter § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des Einkommensteuergesetzes. Dem Kläger fehle aber die erforderliche Einkunftserzielungsabsicht, da weder die Möglichkeit eines Totalüberschusses noch ein Konzept für die Erzielung eines Überschusses erkennbar sei.
- 5 Mit seiner Beschwerde begehrt der Kläger die Zulassung der Revision wegen eines Verfahrensmangels.
- 6 Der Beklagte und Beschwerdegegner (das Finanzamt) hält die Beschwerde für unbegründet.

## Entscheidungsgründe

II.

- 7 Die Beschwerde ist begründet. Es liegt ein vom Kläger geltend gemachter Verfahrensmangel vor, auf dem die Entscheidung des FG beruhen kann (§ 115 Abs. 2 Nr. 3 der Finanzgerichtsordnung --FGO--).
- 8 1. Das FG hat den Anspruch des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs (§ 119 Nr. 3 FGO, Art. 103 Abs. 1 des Grundgesetzes) verletzt, indem es die mündliche Verhandlung durchgeführt und eine verfahrensabschließende Entscheidung getroffen hat, obwohl P unter Vorlage eines ärztlichen Attests eine krankheitsbedingte Terminverlegung beantragt hatte.
- 9 a) Einem Verfahrensbeteiligten wird das rechtliche Gehör versagt, wenn das Gericht mündlich verhandelt und in der Sache entscheidet, obwohl der Beteiligte einen Antrag auf Terminverlegung gestellt und dafür erhebliche Gründe geltend gemacht hat (§ 155 Satz 1 FGO i.V.m. § 227 Abs. 1 ZPO). Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung gehört zu diesen erheblichen Gründen auch die krankheitsbedingte Verhinderung eines Prozessbevollmächtigten (vgl. aus jüngerer Zeit nur Beschluss des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 14.12.2017 - V B 57/17, BFH/NV 2018, 345, Rz 3, m.w.N.).
- 10 Grundsätzlich sind die erheblichen Gründe für eine Terminverlegung nur "auf Verlangen" des Vorsitzenden glaubhaft zu machen (§ 227 Abs. 2 ZPO). Strengere Anforderungen gelten allerdings, wenn der Terminverlegungsantrag "in letzter Minute" gestellt wird und dem Gericht keine Zeit bleibt, den Antragsteller zur Glaubhaftmachung aufzufordern. In diesem Fall müssen die Beteiligten von sich aus alles unternehmen, damit ihrem Vortrag auch in tatsächlicher Hinsicht gefolgt werden kann. In derartigen eiligen Fällen ist daher entweder die Vorlage eines ärztlichen Attests erforderlich, aus dem sich eindeutig die Verhandlungsunfähigkeit der erkrankten Person ergeben muss; ersatzweise muss der Beteiligte die Erkrankung so genau schildern und glaubhaft machen, dass das Gericht selbst beurteilen kann, ob sie so schwer ist, dass ein Erscheinen zum Termin nicht erwartet werden kann (vgl. BFH-Beschlüsse vom 10.03.2005 - IX B 171/03, BFH/NV 2005, 1578, unter 1.a, und in BFH/NV 2018, 345, Rz 4).
- 11 Dabei reicht die ärztliche Bescheinigung der "Verhandlungsunfähigkeit" grundsätzlich aus, weil ein Arzt für diese

Beurteilung sachkompetenter ist als ein entsprechend informierter Richter (BFH-Beschluss vom 07.11.2017 - III B 31/17, BFH/NV 2018, 214, Rz 8, m.w.N.). Gleiches gilt, wenn der Arzt unter Nennung eines bestimmten Tages ausdrücklich erklärt, der Patient sei nicht in der Lage, einen Gerichtstermin wahrzunehmen (BFH-Beschluss vom 10.08.2011 - IX B 175/10, BFH/NV 2011, 1912, Rz 2). Demgegenüber genügt die Vorlage einer bloßen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung grundsätzlich nicht (BFH-Beschlüsse vom 05.07.2004 - VII B 7/04, BFH/NV 2005, 64, unter II.2.; vom 19.11.2009 - IX B 160/09, BFH/NV 2010, 454, und vom 08.09.2015 - XI B 33/15, BFH/NV 2015, 1690, Rz 13).

- 12 b) Bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe erweist sich das Vorgehen des FG, die mündliche Verhandlung in Abwesenheit des erkrankten P durchzuführen, als verfahrensfehlerhaft.
- 13 aa) Der Senat hat bereits erhebliche Zweifel daran, ob vorliegend --so das FG-- überhaupt ein "in letzter Minute" gestellter Terminverlegungsantrag anzunehmen ist, bei dem auch ohne Hinweis des Gerichts erhöhte Anforderungen an die sofortige Glaubhaftmachung der erheblichen Gründe gelten.
- 14 Solche Anträge sind in der bisherigen Rechtsprechung vor allem dann angenommen worden, wenn sie erst am Sitzungstag selbst gestellt wurden und dem Gericht keine Zeit blieb, den Antragsteller zur Glaubhaftmachung aufzufordern (vgl. BFH-Beschlüsse vom 14.05.1996 - VII B 237/95, BFH/NV 1996, 902; in BFH/NV 2005, 1578, unter 1.a, und in BFH/NV 2018, 345, Rz 4).
- 15 Wurde der Terminverlegungsantrag hingegen bereits am Vortag des Terminstages gestellt, stellt der BFH grundsätzlich keine erhöhten Anforderungen an die Glaubhaftmachung (vgl. BFH-Beschluss vom 15.02.2013 - IX B 178/12, BFH/NV 2013, 762, Rz 4). Bei am Vortag gestellten Anträgen hat der BFH vielmehr nur beim Vorliegen zusätzlicher Umstände einen "Antrag in letzter Minute" angenommen. Dies war z.B. der Fall bei Anträgen, die erst nach Dienstschluss des Vortags gestellt wurden (BFH-Beschluss vom 08.11.2016 - I B 137/15, BFH/NV 2017, 433, Rz 14: Eingang des Antrags um 19:26 Uhr; BFH-Beschluss vom 26.11.2013 - I B 2/13, BFH/NV 2014, 542: Eingang des Antrags um 16:08 Uhr), oder wenn der Antragsteller für das Gericht nicht erreichbar war (BFH-Beschluss in BFH/NV 2005, 64, unter II.2.: der Kläger gibt weder eine Telefon- noch eine Telefaxnummer an, so dass dem Gericht keine Rückfrage möglich ist; BFH-Beschluss in BFH/NV 2010, 454: das FG hat erfolglos versucht, den Kläger telefonisch zu erreichen).
- 16 Solche besonderen Umstände lagen im Streitfall nicht vor. Der Antrag war an einem Montag um 15:08 Uhr --also vor Dienstschluss-- gestellt worden. Auch lagen dem FG alle Kontaktdaten der Kanzlei des P vor. Das FG war daher nicht daran gehindert, P bzw. dessen Kanzlei noch kurzfristig zur Glaubhaftmachung aufzufordern.
- 17 bb) Letztlich kann dies aber offenbleiben, da P auch die --strengeren-- Maßstäbe an die Glaubhaftmachung des erheblichen Grundes erfüllt hat, die bei Anträgen "in letzter Minute" gelten.
- 18 Das FG hat die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung vorgenommene Grunddifferenzierung zwischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen einerseits und Attesten über die Verhandlungsunfähigkeit andererseits verkannt. Vorliegend hatte P ein ärztliches Attest vorgelegt, in dem ihm ausdrücklich die Verhandlungsunfähigkeit bescheinigt wurde. Zusätzlich enthielt das Attest noch die Aussage, P sei zur Zeit nicht in der Lage, seine Interessen in einer Verhandlung vernünftig wahrzunehmen sowie Prozessklärungen abzugeben und entgegenzunehmen. Schon eine dieser Aussagen hätte zur Glaubhaftmachung ausgereicht (vgl. zur fehlenden Verhandlungsfähigkeit BFH-Beschluss in BFH/NV 2018, 214; zur fehlenden Fähigkeit, einen Gerichtstermin wahrzunehmen, vgl. BFH-Beschluss in BFH/NV 2011, 1912). Demgegenüber hat das FG in seinem Urteil ausschließlich Entscheidungen angeführt, denen Sachverhalte zugrunde lagen, in denen dem Gericht lediglich eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt worden war (vgl. die vom FG zitierten BFH-Beschlüsse in BFH/NV 2010, 454, und in BFH/NV 2015, 1690).
- 19 Anders als das FG meint, ist die Formulierung des von Dr. A ausgestellten Attests, er "halte" P für verhandlungsunfähig, nicht zu "vage". Da der Arzt in Bezug auf die Verhandlungsfähigkeit sachkompetenter ist als ein Richter, ist die auf eine bestimmte Person und einen bestimmten Tag bezogene Aussage eines Arztes, er halte den Patienten für verhandlungsunfähig, regelmäßig gleichbedeutend mit der Aussage, der Patient sei verhandlungsunfähig. Denn auch die letztgenannte Formulierung gäbe erkennbar lediglich die subjektive --allerdings sachverständige-- Sicht des Arztes wieder. Sollte das FG Zweifel an dem Wahrheitsgehalt eines ärztlichen Attests haben, kann es eine amtsärztliche Untersuchung des P fordern, darf aber in aller Regel nicht aus eigener --im angefochtenen Urteil zudem nicht dargelegter-- Fachkompetenz vom genauen Gegenteil des im Attest bescheinigten Sachverhalts ausgehen.

- 20** cc) Das FG durfte aus dem ihm bekannten Sachverhalt auch nicht --unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 22.05.2001 - 8 B 69/01 (Neue Juristische Wochenschrift 2001, 2735)-- ohne vorherigen Hinweis darauf schließen, P sei chronisch erkrankt, so dass ihn entsprechende Vorsorgepflichten träfen und die Erkrankung keinen "erheblichen Grund" i.S. des § 227 Abs. 1 ZPO mehr darstelle.
- 21** Bei wiederholter Vorlage privatärztlicher Atteste, die dem Gericht nicht als ausreichend erscheinen, bleibt es dem Gericht unbenommen, die Vorlage eines amtsärztlichen Attests zu verlangen (BFH-Beschluss in BFH/NV 2018, 214, Rz 8, m.w.N.). Es geht aber nicht an, ohne jeden weiteren tatsächlichen Anhaltspunkt allein aus dem Umstand, dass einem Prozessbevollmächtigten innerhalb von vier Wochen in zwei unterschiedlichen Verfahren ärztlicherseits jeweils die Verhandlungsunfähigkeit attestiert wurde, auf eine chronische Erkrankung zu schließen. P hat im Beschwerdeverfahren hinreichend dargelegt, auf welchen Umständen die beiden --jeweils kurzfristigen-- Erkrankungen beruhen.
- 22** 2. Der Senat hält es für angezeigt, nach § 116 Abs. 6 FGO zu verfahren, das angefochtene Urteil aufzuheben und den Rechtsstreit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückzuverweisen.
- 23** 3. Die Übertragung der Kostenentscheidung auf das FG beruht auf § 143 Abs. 2 FGO.
- 24** 4. Von einer weiteren Darstellung des Sachverhalts sowie einer weiteren Begründung sieht der Senat gemäß § 116 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 FGO ab.

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