

# Beschluss vom 15. November 2021, VIII B 2/21

## Behandlung eines Beweisantrags zu einer Verfahrensrüge im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren

ECLI:DE:BFH:2021:B.151121.VIII B2.21.0

BFH VIII. Senat

FGO § 65 Abs 2 S 2, FGO § 81, FGO § 82, FGO § 116 Abs 3 S 1, FGO § 116 Abs 3 S 4, FGO § 118 Abs 2, FGO § 115 Abs 2 Nr 3, FGO § 56, FGO § 79b

vorgehend FG Köln, 03. November 2020, Az: 7 K 2087/19

## Leitsätze

NV: Der BFH muss im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren einem unsubstantiierten Beweisantrag, der im Hinblick auf einen rechtzeitig gerügten Verfahrensfehler gestellt wird, nicht nachkommen.

## Tenor

Die Beschwerde der Klägerin wegen Nichtzulassung der Revision gegen das Urteil des Finanzgerichts Köln vom 04.11.2020 - 7 K 2087/19 wird als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

## Tatbestand

I.

- 1** Der Klägerin und Beschwerdeführerin (Klägerin), die als Steuerberaterin zugelassen ist und sich selbst vertritt, wurde das angefochtene Urteil des Finanzgerichts (FG) am 11.11.2020 zugestellt. Sie erhob vor dem Ablauf der Rechtsbehelfsfrist am 11.12.2020 fristgerecht die vorliegende Nichtzulassungsbeschwerde.
- 2** Bis zum 11.01.2021, dem Tag des Ablaufs der Begründungsfrist für die Beschwerde gemäß § 116 Abs. 3 Satz 1 der Finanzgerichtsordnung (FGO), ging beim Bundesfinanzhof (BFH) weder ein Antrag auf Verlängerung der Begründungsfrist noch eine Beschwerdebegründung ein.
- 3** Mit Schreiben der Senatsgeschäftsstelle vom 03.02.2021, das der Klägerin am 04.02.2021 zugestellt wurde, wurde ihr mitgeteilt, dass die Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde bislang nicht vorliege und die Begründungsfrist am 11.01.2021 abgelaufen sei. Auf die Möglichkeit, einen Wiedereinsetzungsantrag gemäß § 56 FGO stellen zu können, wurde die Klägerin hingewiesen.
- 4** Die Klägerin beantragte mit einem am 04.03.2021 beim BFH eingegangenen Schriftsatz die Wiedereinsetzung in die Begründungsfrist zur Nichtzulassungsbeschwerde. In diesem Schriftsatz legte sie dar, einen Antrag auf Verlängerung der Begründungsfrist am 06.01.2021 verfasst zu haben, der von einer zuverlässigen Kanzleimitarbeiterin noch am selben Tag in einen näher bezeichneten Briefkasten eingeworfen worden sei. Zum Nachweis fügte die Klägerin Kopien des Postausgangsbuchs, des Fristenbuchs, einen Screenshot des Schriftsatzes vom 06.01.2021 mit Speicherangaben und eine eidesstattliche Versicherung der Mitarbeiterin bei. Bis zum Fristablauf der regulären Begründungsfrist erkundigte sich die Klägerin nicht nach dem Schicksal des Fristverlängerungsantrags vom 06.01.2021 beim BFH. Ferner legte sie im Schriftsatz vom 04.03.2021 dar, dass die Revision wegen verschiedener Verfahrensfehler des FG gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO zuzulassen sei.
- 5** Die Klägerin beantragt, ihr Wiedereinsetzung in die abgelaufene Begründungsfrist zur Nichtzulassungsbeschwerde zu gewähren und die

Revision zuzulassen.

- 6** Der Beklagte und Beschwerdegegner (das Finanzamt) beantragt, die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen.

## Entscheidungsgründe

II.

- 7** Die Beschwerde ist bei Zweifeln an ihrer Zulässigkeit jedenfalls als unbegründet zurückzuweisen.
- 8** 1. Ob der Klägerin wegen des (behaupteten) Untergangs des Fristverlängerungsantrags auf dem Postweg gemäß § 56 FGO die Wiedereinsetzung in die versäumte Beschwerdebegründungsfrist zu gewähren ist oder ob die Wiedereinsetzung zu versagen ist, weil die Klägerin sich bis zum Ablauf der regulären Begründungsfrist beim BFH nicht nach dem Eingang des Fristverlängerungsantrags erkundigt hat (s. zum Streitstand BFH-Beschluss vom 18.05.2010 - IX B 8/10, BFH/NV 2010, 1481, Rz 3; zustimmend Beschluss des Bundessozialgerichts vom 27.11.2020 - B 9 V 21/20 B, juris; Werth in Gosch, FGO § 116 Rz 52, 55; anderer Ansicht zur Beschwerdebegründungsfrist s. BFH-Beschluss vom 14.02.2002 - I B 29/01, BFH/NV 2002, 1033; zur Revisionsbegründungsfrist BFH-Urteil vom 11.12.2014 - II R 24/14, BFHE 248, 202, BStBl II 2015, 340, Rz 13; Lange in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 116 FGO Rz 151, 152; Gräber/Stapperfend, Finanzgerichtsordnung, 9. Aufl., § 56 Rz 46; vermittelnd Seer in Tipke/Kruse, § 116 FGO Rz 22), kann dahinstehen. Denn die Beschwerde ist unabhängig davon, ob der Klägerin die Wiedereinsetzung in die versäumte Begründungsfrist zu gewähren ist, jedenfalls unbegründet und zurückzuweisen. Die geltend gemachten Verfahrensfehler (§ 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO) liegen nicht vor.
- 9** a) Die Rüge der Klägerin, dem FG sei ein Verfahrensfehler gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO unterlaufen, da es zu Unrecht durch Prozessurteil entschieden habe, indem es seine Entscheidung auf eine fehlende Bezeichnung des Klagebegehrens innerhalb der gesetzten Ausschlussfrist gemäß § 65 Abs. 2 Satz 2 FGO gestützt habe, ist unbegründet.
- 10** aa) Wird dem Kläger zur Bezeichnung des Gegenstands des Klagebegehrens zu Unrecht oder nicht wirksam eine Ausschlussfrist nach § 65 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 FGO gesetzt oder bezeichnet er im Falle rechtmäßiger Ausschlussfristsetzung das Klagebegehren durch weitere, fristgerecht erfolgte Darlegungen, dann führen die unterbliebene Berücksichtigung des weiteren Klagevorbringens und die Abweisung der Klage als unzulässig zu einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und damit zu einem Verfahrensfehler gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO (vgl. z.B. BFH-Beschlüsse vom 23.06.2017 - X B 11/17, BFH/NV 2017, 1440, Rz 12; vom 14.11.2017 - IX B 66/17, BFH/NV 2018, 216, Rz 5).
- 11** bb) Ein solcher Verfahrensfehler ist dem FG jedoch nicht unterlaufen.
- 12** aaa) Soweit die Klägerin geltend macht, die Ausschlussfrist sei aufgrund eines Telefonats mit dem Berichterstatter über den 23.04.2020 hinaus "auf unbestimmte Zeit" verlängert worden, ist ihr Sachvortrag un schlüssig.
- 13** Zum einen hat die Klägerin nicht dargelegt, zu welchem Zeitpunkt das behauptete Telefonat mit dem Berichterstatter stattgefunden hat und wann die zur Glaubhaftmachung dienenden Unterlagen dem FG vorgelegt wurden. Dies wäre jedoch erforderlich gewesen, denn eine wirksame Fristverlängerung kommt nur in Betracht, wenn sowohl der Verlängerungsantrag vor Fristablauf gestellt worden ist als auch die Glaubhaftmachung dem Gericht vor Ablauf der Ausschlussfrist vorgelegen hat (vgl. Gräber/Herbert, a.a.O., § 65 Rz 63, m.w.N.).
- 14** Zum anderen behauptet die Klägerin einen atypischen Geschehenslauf, dessen schlüssige Darlegung eine weitergehende Substantiierung des Vortrags erfordert hätte. So ist die telefonische Gewährung einer Fristverlängerung durch den zuständigen Berichterstatter des FG "auf unbestimmte Zeit" --die letztlich der Aufhebung der Ausschlussfrist gleichkommt-- atypisch, zumal wenn Unterlagen zur Glaubhaftmachung des Gesuchs nicht vorgelegt werden. Warum es gleichwohl zu einer Verlängerung der --bereits großzügig auf drei Monate bestimmten-- Ausschlussfrist gekommen ist, ergibt sich aus dem Vortrag der Klägerin nicht. Atypisch erscheint auch, dass die Fristverlängerung weder in den Akten des FG vermerkt noch gegenüber der Klägerin schriftlich bestätigt worden ist. Warum die Klägerin --trotz der ihr bekannten verfahrensrechtlichen Bedeutung der Fristverlängerung-- auf eine entsprechende schriftliche Bestätigung verzichtet bzw. eine solche nicht angefordert

hat, legt sie ebenfalls nicht dar. Ferner erläutert sie nicht, warum sie erstmals im Beschwerdeverfahren behauptet, ihr sei eine Fristverlängerung telefonisch gewährt worden, während sie diesen Umstand im Rahmen ihres gegen den zuvor bereits ergangenen Gerichtsbescheid gerichteten Antrags auf mündliche Verhandlung nicht erwähnt.

- 15** bbb) Dem Beweisantrag der Klägerin im Beschwerdeverfahren, den zuständigen Berichterstatter im 7. Senat des FG zu der behaupteten telefonisch ausgesprochenen Verlängerung der Ausschlussfrist über den 23.04.2020 hinaus auf "unbestimmte Zeit" als Zeugen zu vernehmen, musste der Senat nicht entsprechen, denn ebenso wie ihr Sachvortrag hierzu ist auch der Beweisantrag selbst unsubstantiiert. Zwar hat das Revisionsgericht im Wege des Freibeweises die Tatsachen festzustellen, die zur Beurteilung erforderlich sind, ob ein rechtzeitig gerügter Verfahrensmangel vorliegt (zur Anwendbarkeit des § 76 FGO im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren vgl. BFH-Beschlüsse vom 30.04.1987 - V B 86/86, BFHE 149, 437, BStBl II 1987, 502, unter II.; vom 18.08.2015 - III B 112/14, BFH/NV 2015, 1595, Rz 13). Beweisermittlungs- oder -ausforschungsanträgen, die so unbestimmt sind, dass im Grunde erst die Beweiserhebung selbst die entscheidungserheblichen Tatsachen und Behauptungen aufdecken kann, muss das Gericht jedoch regelmäßig nicht nachkommen (vgl. z.B. BFH-Beschluss vom 29.03.2016 - I B 99/14, BFH/NV 2016, 1282, Rz 9; BFH-Urteil vom 18.06.2015 - VI R 10/14, BFHE 250, 145, BStBl II 2015, 940, Rz 33). Unsubstantiiert ist u.a. ein Beweisantrag, der die unter Beweis gestellte Tatsache so ungenau bezeichnet, dass ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann (BFH-Urteil in BFHE 250, 145, BStBl II 2015, 940, Rz 33).
- 16** Aufgrund des unsubstantiierten Sachvortrags der Klägerin zum Zeitpunkt des Telefonats sowie zu den zur Glaubhaftmachung vorzulegenden Unterlagen kann der Senat nicht erkennen, ob der Beweisantrag der Klägerin für die rechtliche Beurteilung überhaupt von Bedeutung ist. Erst durch die Beweiserhebung selbst könnten die entscheidungserheblichen Tatsachen aufgedeckt werden.
- 17** cc) Die Ausschlussfristsetzung durch das FG gemäß § 65 Abs. 2 Satz 2 FGO war wirksam und ermessensgerecht.
- 18** aaa) Die Ausschlussfrist wurde nicht ermessenswidrig nach einer zu kurzen Laufzeit des Klageverfahrens gesetzt, sondern erst nach viermonatiger Verfahrensdauer. Ihr war zudem eine einfache Fristsetzung nach § 65 Abs. 2 Satz 1 FGO vorausgegangen.
- 19** bbb) Die Ausschlussfrist ist auch der Länge nach ermessensgerecht. Das FG ist auch und gerade in Schätzungsfällen befugt, Maßnahmen zur Verfahrensbeschleunigung i.S. von § 65 Abs. 2 Satz 2 FGO zu treffen, wobei die Rechtsprechung bei Überschreiten der Fristen zur Abgabe der Einkommensteuererklärungen um drei bzw. vier Jahre selbst eine dreiwöchige Frist noch als ermessensgerecht angesehen hat (BFH-Beschluss vom 10.09.2002 - X B 46/02, BFH/NV 2003, 71, unter 1.a). Die im Hinblick auf die Erkrankung der Klägerin vom FG gewählte und im Januar 2020 gesetzte dreimonatige Ausschlussfrist ist danach nicht zu beanstanden. Nach der Einspruchsentscheidung vom 17.07.2019 war letzter fristgemäßer Abgabezeitpunkt für die Steuererklärungen 2016 der 31.05.2017 und für die Steuererklärung 2017 der 31.05.2018.
- 20** ccc) Die --auch formal wirksam gesetzte-- Ausschlussfrist war danach mit Ablauf des 23.04.2020 verstrichen, ohne dass die Klägerin den Gegenstand ihres Klagebegehrens angegeben hätte. Die Klage war damit unheilbar unzulässig (BFH-Beschluss vom 11.11.2019 - IX B 61/19, BFH/NV 2020, 228, Rz 11). Das FG hat die Klage ohne Rechtsfehler durch Prozessurteil abgewiesen.
- 21** b) Soweit die Klägerin rügt, die angefochtene Entscheidung verstoße gegen den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 des Grundgesetzes i.V.m. § 96 Abs. 2, § 119 Nr. 3 FGO, weil das FG über ihren nicht in den Akten enthaltenen (aus Sicht der Klägerin mutmaßlich beim FG verloren gegangenen) Terminverlegungsantrag vom 19.10.2020 nicht entschieden habe, liegt kein Verfahrensfehler i.S. des § 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO vor. Dem FG lag ein solcher Verlegungsantrag der Klägerin, über den es hätte entscheiden müssen, nicht vor.
- 22** Selbst wenn dieser Antrag --wie die Klägerin vorträgt-- von ihr gestellt, aber im FG verloren gegangen sein sollte, läge in der Durchführung der mündlichen Verhandlung am 04.11.2020 und der anschließenden Entscheidung des FG kein Gehörsverstoß.
- 23** Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist nicht verletzt, wenn der Beteiligte nicht jede zumutbare Gelegenheit wahrnimmt, sich Gehör zu verschaffen. Denn der Anspruch wird durch die prozessualen Mitwirkungspflichten des Beteiligten begrenzt. Dieser hat alles in seinen Kräften Stehende und nach Lage der Dinge Erforderliche zu tun, um sein Recht auf Gehör zu verwirklichen. Wird ein Antrag auf Terminverlegung nicht beschieden, hat sich der Antragsteller rechtzeitig durch Rückfrage beim FG über die Entscheidung seines Antrags zu informieren. Solange

ihm eine Terminaufhebung nicht mitgeteilt worden ist, muss er davon ausgehen, dass die mündliche Verhandlung, zu der er ordnungsgemäß geladen worden war, auch stattfinden wird (BFH-Beschlüsse vom 20.09.2012 - VIII B 119/11, BFH/NV 2013, 215, Rz 2; vom 10.06.2013 - X B 147/11, BFH/NV 2013, 1440, Rz 11). Danach hätte die Klägerin sich rechtzeitig vor der mündlichen Verhandlung nach einer Entscheidung über den Terminverlegungsantrag erkundigen und diesen wiederholen müssen, um sich Gehör zu verschaffen. Solche Bemühungen der Klägerin sind nicht erkennbar und werden auch von ihr selbst nicht behauptet.

- 24** Auch die als Gehörsverstoß von der Klägerin gerügte rücksichtslose Terminbestimmung der Senate des FG, bei denen sie Termine in eigener Sache und für Mandanten wahrzunehmen hatte, hätte die Klägerin danach rechtzeitig vor der mündlichen Verhandlung anbringen müssen.
- 25** c) Die Rüge, das angefochtene Urteil sei gemäß § 119 Nr. 5 FGO auf eine mündliche Verhandlung hin ergangen, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden seien, ist nicht schlüssig dargelegt, denn die nicht zur mündlichen Verhandlung erschienene Klägerin spekuliert lediglich über eine Beschränkung der Öffentlichkeit und meint, während der bestehenden Kontaktsperren aufgrund der Coronaschutzverordnung NRW könne "eine Verletzung der Öffentlichkeit der mündlichen Verhandlung" vorliegen. Im Übrigen kommt der Niederschrift zur mündlichen Verhandlung gemäß §§ 165 Satz 1, 160 Abs. 1 Nr. 5 der Zivilprozessordnung i.V.m. § 94 FGO eine Beweiskraft für die Förmlichkeiten des Verfahrens und damit auch hinsichtlich des Umstands zu, dass die mündliche Verhandlung beim FG als öffentliche Verhandlung stattgefunden hat.
- 26** d) Die Rüge, das FG habe den Grundsatz des fairen Verfahrens verletzt, weil es die Klage trotz der gewährten Fristverlängerung der Ausschlussfrist abgewiesen habe, greift nicht durch, denn es kann --wie dargelegt-- von einer Verlängerung der Ausschlussfrist über den 23.04.2020 hinaus nicht ausgegangen werden.
- 27** 2. Der Senat sieht von einer weiteren Begründung gemäß § 116 Abs. 5 Satz 2 FGO ab. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

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