

# Beschluss vom 25. Februar 2016, X S 23/15 (PKH)

## Trotz gegebener Verfahrensmängel keine PKH-Gewährung für eine Nichtzulassungsbeschwerde wegen Mutwillens - Zulässigkeit einer öffentliche Zustellung

BFH X. Senat

ZPO § 114 Abs 2, ZPO § 185 Nr 1, ZPO § 188 S 1, FGO § 91 Abs 1 S 1, FGO § 142, FGO § 53 Abs 2, GG Art 103 Abs 1

### Leitsätze

1. NV: Eine öffentliche Zustellung ist nur als letztes Mittel zulässig. Sie ist nur zu rechtfertigen, wenn eine andere Form der Zustellung nicht oder nur schwer durchführbar ist .
2. NV: Gegenüber einem obdachlosen Verfahrensbeteiligten obliegt dem FG eine gesteigerte Prozessfürsorgepflicht. Wenn der Obdachlose postalisch lediglich über die Anschrift einer Beratungsstelle erreichbar ist, diese aber keine förmlichen Zustellungen entgegen nimmt, muss das FG förmlich zuzustellende Schriftstücke zumindest zusätzlich auch mit einfachem Brief an die Anschrift der Beratungsstelle übersenden, damit der Obdachlose die Möglichkeit hat, tatsächlich von dem Schriftstück Kenntnis zu nehmen .
3. NV: Hält das FG die gesetzliche zweiwöchige Ladungsfrist nicht ein, ohne die Ladungsfrist ausdrücklich abzukürzen, ist das gleichwohl auf eine solche mündliche Verhandlung ergehende Urteil auf eine entsprechende Rüge hin aufzuheben, ohne dass es weiterer Darlegungen bedarf .
4. NV: Trotz gegebener Erfolgsaussichten wegen Verfahrensmängeln des erstinstanzlichen Urteils ist die Erhebung einer Nichtzulassungsbeschwerde mutwillig und die Gewährung von PKH daher zu versagen, wenn feststeht, dass es nach einer Zurückverweisung im zweiten Rechtsgang nur zu einer Abweisung der Klage kommen kann .

### Tenor

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Entscheidung ergeht gerichtsgebührenfrei.

### Tatbestand

- 1 I. Die Antragstellerin war im Streitjahr 2008 als Versicherungsvertreterin tätig. Sie ermittelte ihren Gewinn durch Einnahmen-Überschuss-Rechnung. In ihrer Einkommensteuererklärung machte sie u.a. Fahrtkosten mit öffentlichen Verkehrsmitteln in Höhe von 2.979,39 € als Betriebsausgaben geltend. Nachweise waren der Steuererklärung insoweit nicht beigelegt. Der Beklagte und Beschwerdegegner (das Finanzamt --FA--) veranlagte insoweit erklärungsgemäß. Einem aus hier nicht in Streit befindlichen Gründen eingelegten Einspruch half das FA in vollem Umfang ab und setzte die Einkommensteuer mit dem angefochtenen Änderungsbescheid vom 16. März 2011 auf 171 € herab.
- 2 Gegen diesen Bescheid legte die Antragstellerin erneut Einspruch ein und begehrte den Abzug weiterer Fahrtkosten von 2.257 € als Betriebsausgaben. Das FA bat nunmehr um den Nachweis sämtlicher --sowohl der ursprünglich als auch der nachträglich geltend gemachten-- Fahrtkosten. Daraufhin reichte die Antragstellerin eine Aufstellung über die nachträglich geltend gemachten Fahrtkosten von 2.257 € ein. Darin sind die Namen der aufgesuchten Kunden abgekürzt; Angaben zu den Reisetagen fehlen. In der Spalte "Fahrkarten" findet sich jeweils die Angabe "nein". Ferner erläuterte die Antragstellerin, sie habe die angesetzten Kosten der Preisliste 2011 der Deutschen Bahn entnommen.
- 3 Das FA wies den Einspruch zurück. Zur Begründung führte es aus, die Angaben der Antragstellerin seien zu ungenau. Bahnfahrkarten seien trotz Aufforderung nicht vorgelegt worden; zu den bereits mit der ursprünglichen

Gewinnermittlung geltend gemachten Fahrtkosten sei nicht einmal eine Aufstellung eingereicht worden. Eine Preisliste für das Jahr 2011 habe keinen Beweiswert für das Streitjahr 2008.

- 4 Im Klageverfahren erklärte die Antragstellerin, sie habe die Namen ihrer Kunden aus Datenschutzgründen abgekürzt. Die Namen seien für das FA irrelevant. Im Zweifel könne sie alle Unterlagen vorlegen. Das Finanzgericht (FG) forderte die Antragstellerin am 20. September 2012 auf, die weiteren Fahrtkosten von 2.257 € durch geeignete Belege nachzuweisen. Daraufhin reichte die Antragstellerin einzelne Versicherungsvertragsunterlagen ein, in denen sie die persönlichen Daten der Kunden indes zumeist unkenntlich gemacht hatte. Weiter erklärte die Antragstellerin, sie werde "permanent mit oft sinnlosesten Schreiben aller Art überschüttet". Die Anforderung weiterer Daten sei "völlig unakzeptabel bzw. ... irrelevant".
- 5 Mit Beschluss vom 14. Mai 2013 lehnte das FG einen Antrag auf Prozesskostenhilfe (PKH) ab. Die Rechtsverfolgung habe keine hinreichende Aussicht auf Erfolg, weil die Antragstellerin trotz zahlreicher Aufforderungen keine Belege zu den von ihr geltend gemachten Fahrtkosten eingereicht habe. Am 6. Februar 2014 setzte das FG der Antragstellerin gemäß § 79b Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) eine bis zum 21. März 2014 laufende Ausschlussfrist zur Vorlage von Nachweisen für sämtliche geltend gemachten Fahrtkosten.
- 6 Im Februar 2014 wurde die Antragstellerin obdachlos. Ein klageabweisender Gerichtsbescheid vom 6. August 2014 konnte ihr unter einer neuen Anschrift zugestellt werden. Sie beantragte fristgerecht mündliche Verhandlung. Mit einem umfangreichen Hinweisschreiben vom 10. September 2014 erläuterte ihr der Berichterstatter des FG nochmals die Sach- und Rechtslage hinsichtlich des Nachweises der Fahrtkosten. Am 20. September 2014 teilte die Antragstellerin dem FG die Anschrift einer Beratungsstelle mit und erklärte, diese gelte ab sofort für alle Postsendungen.
- 7 Am 10. Dezember 2014 übersandte das FG die Ladung zur mündlichen Verhandlung mittels Postzustellungsurkunde an die Anschrift der Beratungsstelle. Die Zustellung konnte dort nicht ausgeführt werden; der Zusteller leitete die Sendung mit dem Vermerk "unbekannt verzogen" an das FG zurück.
- 8 Auf die Bitte des FG um Mitteilung der aktuellen Anschrift der Antragstellerin erklärte die Beratungsstelle am 10. März 2015, sie biete für Hilfsbedürftige, die dies wünschten, den Service an, Post über die Anschrift der Beratungsstelle empfangen zu können. Zu konkreten Personen könne wegen des Sozialgeheimnisses keine Auskunft erteilt werden. Das FA teilte mit, ihm sei ebenfalls lediglich die Anschrift der Beratungsstelle bekannt; nach Auskunft der Meldebehörde sei die Antragstellerin seit Februar 2014 unbekannt verzogen.
- 9 Am 20. Mai 2015 lud das FG --ohne eine Abkürzung der Ladungsfrist anzuordnen-- für den 3. Juli 2015 zur mündlichen Verhandlung und ordnete in Bezug auf die Antragstellerin die öffentliche Zustellung der Ladung an. Die Benachrichtigung wurde noch am 20. Mai 2015 ausgehängt.
- 10 Zur mündlichen Verhandlung erschien für die Antragstellerin niemand; das FG wies die Klage ab und ordnete in Bezug auf die Antragstellerin die öffentliche Zustellung des Urteils an. Die Benachrichtigung wurde am 7. Juli 2015 ausgehängt.
- 11 Am 10. August 2015 hat die nicht postulationsfähige Antragstellerin --unter Angabe der Anschrift der Beratungsstelle-- Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesfinanzhof (BFH) eingelegt sowie Anträge auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und auf Gewährung von PKH gestellt.
- 12 Auf eine entsprechende Anfrage der Geschäftsstelle des beschließenden Senats erklärte ein Mitarbeiter der Beratungsstelle am 28. August 2015 telefonisch, dass dort für bedürftige Personen nur einfache Briefe, nicht aber förmliche Zustellungen entgegengenommen würden.

## Entscheidungsgründe

- 13 II. 1. Der PKH-Antrag ist zulässig.
- 14 Insbesondere konnte er durch die Antragstellerin persönlich auch ohne Mitwirkung eines Prozessbevollmächtigten wirksam gestellt werden. Denn für PKH-Anträge gilt der in § 62 Abs. 4 FGO angeordnete Vertretungszwang nicht (BFH-Beschluss vom 16. September 2010 XI S 18/10 (PKH), BFH/NV 2010, 2295).

- 15** 2. Gemäß § 142 FGO i.V.m. § 114 der Zivilprozessordnung (ZPO) setzt die Bewilligung von PKH u.a. voraus, dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet. Dies ist hier der Fall.
- 16** a) Dem steht nicht schon entgegen, dass die eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde derzeit wegen der Einreichung durch eine vor dem BFH nicht vertretungsbefugte Person gemäß § 62 Abs. 4 FGO unzulässig wäre. Denn einem Beteiligten, der wegen Mittellosigkeit nicht in der Lage ist, ein dem Vertretungszwang unterliegendes Rechtsmittel wirksam zu erheben, kann gemäß § 56 FGO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden, wenn er noch innerhalb der Rechtsmittelfrist alles ihm Zumutbare unternimmt, um das in seiner Mittellosigkeit liegende Hindernis für die Fristwahrung zu beheben. Insbesondere muss er innerhalb der Monatsfrist alle Voraussetzungen für die Bewilligung der PKH schaffen (Senatsbeschluss vom 25. Juli 2012 X S 14/12 (PKH), BFH/NV 2012, 1821, unter 3.).
- 17** b) Die Antragstellerin hat auch in laienhafter Form einen Verfahrensmangel dargelegt, der --die Erhebung einer zulässigen Nichtzulassungsbeschwerde vorausgesetzt, an der es derzeit noch fehlt-- zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG führen müsste.
- 18** Die Antragstellerin rügt ausdrücklich die öffentliche Zustellung des angefochtenen Urteils. Diese war unwirksam, weil die Voraussetzungen für eine öffentliche Zustellung nicht gegeben waren.
- 19** Gemäß § 53 Abs. 2 FGO i.V.m. § 185 Nr. 1 ZPO kann die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen, wenn der Aufenthaltsort einer Person unbekannt ist und eine Zustellung an einen Vertreter oder Zustellungsbevollmächtigten nicht möglich ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) und aller obersten Bundesgerichte ist im Hinblick auf den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 des Grundgesetzes) eine öffentliche Zustellung nur als letztes Mittel zulässig. Sie ist nur zu rechtfertigen, wenn eine andere Form der Zustellung nicht oder nur schwer durchführbar ist (BVerfG-Beschluss vom 26. Oktober 1987 1 BvR 198/87, Neue Juristische Wochenschrift 1988, 2361; Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19. Dezember 2001 VIII ZR 282/00, BGHZ 149, 311, unter II.1.; Senatsbeschluss vom 14. April 2011 X B 112/10, BFH/NV 2011, 1376, unter 1.b).
- 20** Vorliegend hatte die Antragstellerin mitgeteilt, sie sei obdachlos, und die Anschrift einer Beratungsstelle angegeben. Einfache Briefe haben die Antragstellerin über die Beratungsstelle stets erreicht. Im Hinblick auf die Obdachlosigkeit der Antragstellerin war das FG zu einer gesteigerten Wahrnehmung seiner Prozessfürsorgepflicht gehalten. Es durfte sich daher nach nur einem einzigen vergeblichen Zustellversuch nicht damit zufrieden geben, dass die Beratungsstelle sich auf die entsprechende Anfrage des FG hin unter Hinweis auf das Sozialgeheimnis weigerte, eine aktuelle zustellungsfähige Anschrift der Antragstellerin anzugeben, zumal infolge der Obdachlosigkeit ohnehin unwahrscheinlich war, dass eine solche Anschrift bestand. Dem FG musste bewusst sein, dass eine vorschnell angeordnete öffentliche Zustellung in aller Regel dazu führen wird, dass der Empfänger tatsächlich keine Kenntnis von dem zuzustellenden Schriftstück erlangt, und daher eine gravierende Einschränkung des Rechtsschutzes darstellt.
- 21** Wie die Anfrage des BFH bei der Beratungsstelle gezeigt hat, ist diese stets bereit, einfache Briefsendungen anzunehmen und an die Antragstellerin weiterzuleiten. Lediglich förmliche Zustellungen werden nicht entgegengenommen. Unter diesen Umständen und angesichts seiner gesteigerten Prozessfürsorgepflicht war das FG gehalten, für die Bekanntgabe förmlich zuzustellender Schriftstücke einen Weg zu wählen, der --zumindestens zusätzlich-- die Übersendung mittels einfachen Briefs an die dem FG bekannte Anschrift der Beratungsstelle vorsah, so dass die Antragstellerin tatsächlich von dem Schriftstück Kenntnis nehmen konnte.
- 22** c) Aus denselben Gründen war auch die --öffentlich zugestellte-- Ladung zur mündlichen Verhandlung unwirksam. Das FG hätte daher nicht ohne die Antragstellerin verhandeln und eine Entscheidung treffen dürfen.
- 23** Hinzu kommt, dass das FG --selbst dann, wenn die öffentliche Zustellung der Ladung als wirksam anzusehen wäre-- die in § 91 Abs. 1 Satz 1 FGO vorgesehene zweiwöchige Ladungsfrist nicht eingehalten hat. Gemäß § 188 Satz 1 ZPO gilt eine öffentliche Zustellung als bewirkt, wenn seit dem Aushang der Benachrichtigung ein Monat vergangen ist. Die Ladung (Aushang der Benachrichtigung am 20. Mai 2015) gilt daher als am 20. Juni 2015 (Samstag) zugestellt. Da die mündliche Verhandlung schon am 3. Juli 2015 (Freitag) stattfinden sollte, konnte die zweiwöchige Ladungsfrist nicht eingehalten werden. In solchen Fällen ist das Urteil auf eine entsprechende Rüge des Rechtsmittelführers aufzuheben, ohne dass es weiterer Darlegungen bedarf (BFH-Beschluss vom 17. September 2014 IX B 37/14, BFH/NV 2015, 52).

- 24** 3. Trotz der danach gegebenen Erfolgsaussichten einer --noch in zulässiger Weise zu erhebenden-- Nichtzulassungsbeschwerde kann der Antragstellerin unter den besonderen Umständen des Streitfalls keine PKH gewährt werden, weil eine solche Rechtsverfolgung mutwillig wäre.
- 25** a) Gemäß § 114 Abs. 2 ZPO in der ab dem 1. Januar 2014 geltenden Fassung i.V.m. § 142 Abs. 1 FGO ist die Rechtsverfolgung mutwillig, wenn eine Partei, die keine PKH beansprucht, bei verständiger Würdigung aller Umstände von der Rechtsverfolgung absehen würde, obwohl eine hinreichende Aussicht auf Erfolg besteht.
- 26** Der Senat hat bereits entschieden, dass Mutwilligkeit auch dann anzunehmen ist, wenn eine zu erhebende Nichtzulassungsbeschwerde zwar vorläufig erfolgreich wäre und zur Aufhebung des angefochtenen Urteils sowie zur Zurückverweisung der Sache an das FG führen würde, zugleich aber feststünde, dass die Klage im zweiten Rechtsgang als unbegründet abzuweisen wäre (Senatsbeschluss vom 24. März 2014 X S 4/14 (PKH), BFH/NV 2014, 1067; Verfassungsbeschwerde mit Beschluss des BVerfG vom 11. Dezember 2014 1 BvR 1911/14 nicht zur Entscheidung angenommen). Da in einem solchen Fall die gesamten Prozesskosten (einschließlich des --bei isolierter Betrachtung erfolgreichen-- Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde vor dem BFH und der beiden Rechtszüge vor dem FG) von demjenigen zu tragen wären, der letztlich erfolglos das Klageverfahren geführt hätte, würde ein Beteiligter, der die Prozesskosten selbst tragen müsste, von der Einleitung eines solchen Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde absehen.
- 27** b) Vorliegend hat die Antragstellerin --trotz ungewöhnlich vieler Bemühungen des FA und FG-- im Verwaltungs- und Klageverfahren keine Nachweise für die von ihr nachträglich geltend gemachten höheren Fahrtkosten vorlegen können. Bei dieser Sachlage und der insgesamt weitestgehend verweigerten Mitwirkung der Antragstellerin im Verwaltungs- und Klageverfahren ist ausgeschlossen, dass es im zweiten Rechtsgang --ohne Vorlage von Nachweisen-- zur Anerkennung der Fahrtkosten und damit zu einem Erfolg der Klage kommen könnte.
- 28** Auch das Vorbringen der Antragstellerin im PKH-Verfahren sowie dem Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde deutet nicht darauf hin, dass sie bereit wäre, in einem zweiten Rechtsgang die erforderlichen Belege vorzulegen. Sie hat vielmehr erklärt, aus ihrer Sicht biete die beabsichtigte Rechtsverfolgung schon deshalb hinreichende Aussicht auf Erfolg, weil sie gesetzlich verpflichtet gewesen sei, ihre Kunden persönlich zur Beratung aufzusuchen. Diese --bereits im Klageverfahren aufgestellte-- Behauptung ersetzt aber nicht den Nachweis konkret angefallener Kosten für die Reisen zu ihren Kunden.
- 29** 4. Der Senat stellt die Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde bis einen Monat nach Bekanntgabe dieses Beschlusses zurück. Der Antragstellerin wird damit Gelegenheit zur Prüfung einer Rücknahme des von ihr persönlich eingelegten --und daher unzulässigen-- Rechtsmittels gegeben. Im Vergleich zu einer förmlichen Entscheidung, mit der die Nichtzulassungsbeschwerde verworfen würde, wäre die Rücknahme mit einer Ermäßigung der Gerichtsgebühren auf die Hälfte verbunden (vgl. Nr. 6501 des Kostenverzeichnisses, Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes --GKG--).
- 30** 5. Eine Kostenentscheidung war nicht zu treffen. In Ermangelung eines Gebührentatbestands nach dem Kostenverzeichnis zum GKG werden keine Gerichtskosten erhoben (§ 3 Abs. 2 GKG). Kosten, die dem Gegner entstanden sind, werden nicht erstattet (§ 142 FGO i.V.m. § 118 Abs. 1 Satz 4 ZPO).

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