

# Beschluss vom 19. Februar 2020, V S 23/19 (PKH)

**Verfahrensfehler, Anspruch auf rechtliches Gehör; Grundsatz der Vorherigkeit, effektiver Rechtsschutz**

ECLI:DE:BFH:2020:B.190220.VS23.19.0

BFH V. Senat

GG Art 103 Abs 1, FGO § 96 Abs 2, FGO § 115 Abs 2 Nr 3, FGO § 142 Abs 1, FGO § 142 Abs 2, ZPO § 114 Abs 1, ZPO § 121 Abs 1

vorgehend Niedersächsisches Finanzgericht , 21. August 2019, Az: 5 K 41/16

## Leitsätze

1. NV: Die Entscheidung über einen Antrag auf PKH muss grundsätzlich vor der Endentscheidung in der Hauptsache getroffen werden (Grundsatz der Vorherigkeit).
2. NV: Ausnahmen davon sind in Einzelfällen zulässig, wenn die Effektivität des Rechtsschutzes hierunter nicht leidet.
3. NV: Das ist insbesondere der Fall bei einem PKH-Antrag für eine offensichtlich unzulässige Nichtzulassungsbeschwerde, bei einem in Verschleppungsabsicht gestellten PKH-Antrag, bei rechtsmissbräuchlicher Wiederholung eines inhaltsgleichen PKH-Antrags sowie dann, wenn die Beiordnung eines Bevollmächtigten wegen eindeutiger Rechtslage ohnehin nichts ändern könnte oder wenn bereits ein Prozessbevollmächtigter sowohl den PKH-Antrag gestellt als auch die Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt und begründet hat.

## Tenor

Der Klägerin wird für ihre beabsichtigte Nichtzulassungsbeschwerde gegen das Urteil des Niedersächsischen Finanzgerichts vom 28.03.2019 - 5 K 41/16 Prozesskostenhilfe bewilligt und ihr ein Rechtsanwalt oder Steuerberater als Prozessbevollmächtigter beigeordnet.

## Tatbestand

I.

- 1 Mit Urteil vom 28.03.2019 - 5 K 41/16 wies das Finanzgericht (FG) die Klage der Klägerin und Antragstellerin (Klägerin) auf Herabsetzung der Umsatzsteuer für das Streitjahr (2013) entsprechend ihren Angaben in der Umsatzsteuererklärung 2013 ab.
- 2 Vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung übersandte der Bevollmächtigte der Klägerin dem FG am 19.03.2019 die per Ausschlussfrist nach § 79b der Finanzgerichtsordnung (FGO) angeforderten "Originalausdrucke der Ausgangsrechnungen zu 2013" sowie am 26.03.2019 "Unterlagen PKH" und beantragte "vorsorglich" die Verlegung des für den 28.03.2019 angesetzten Termins zur mündlichen Verhandlung. Das FG lehnte den Antrag ab, da keine Gründe dargelegt worden seien, die eine Verlegung des Termins rechtfertigten. Hierauf antwortete die Klägerin am 27.03.2019, "dass die ausstehende Entscheidung in Sachen PKH sehr wohl ein Grund ist, den Termin zu verlegen. Ich sehe hier derzeit vielmehr die Verletzung des rechtlichen Gehörs gegeben (...)". Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 28.03.2019 erschien die Klägerin mit ihrem Bevollmächtigten und verhandelte zur Sache.
- 3 Das FG führte in seinem --der Klägerin am 29.08.2019 zugestellten-- Urteil aus, die zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 28.03.2019 noch nicht getroffene Entscheidung über den Antrag der Prozesskostenhilfe (PKH) der Klägerin vom 25.03.2019 stelle keinen erheblichen Grund für eine Verlegung des Termins dar. Sie habe nach der Ablehnung ihres ersten PKH-Antrags durch Beschluss vom 04.05.2016 und des zweiten PKH-Antrags durch Beschluss vom 27.12.2017 nicht bis zum 25.03.2019 mit der Stellung eines erneuten Antrags warten müssen. Im

Übrigen hätten die Klägerin und ihr Prozessbevollmächtigter an der mündlichen Verhandlung auch ohne vorherige Bescheidung des PKH-Antrags teilnehmen können.

- 4 Mit ihrem am 30.09.2019 beim Bundesfinanzhof (BFH) eingegangenen Fax beantragte die Klägerin --unter Beifügung einer "Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse bei Prozess- oder Verfahrenskostenhilfe"-- die Gewährung von "PKH für die Zulassung der Revision" und machte u.a. geltend, das rechtliche Gehör sei verletzt worden. Es sei verhandelt worden, ohne dass sie von einem fachkundigen Rechtsanwalt vertreten wurde. Der PKH-Beschluss hätte vor Verhandlungstermin vorliegen müssen, er sei jedoch erst Monate nach dem Termin beschlossen worden. Damit sei ihr auch verwehrt geblieben, eventuell die Klage zurückzunehmen. Sie sei daher finanziell nachteilig gestellt worden.
- 5 Den Antrag der Klägerin auf PKH lehnte das FG mit Beschluss vom 22.08.2019 ab und verwies dabei hinsichtlich der fehlenden Erfolgsaussichten auf sein Urteil aufgrund mündlicher Verhandlung vom 28.03.2019.

## Entscheidungsgründe

II.

- 6 Der Antrag auf PKH ist zulässig und begründet.
- 7 1. Der Antrag auf Gewährung von PKH ist formell ordnungsgemäß gestellt und damit zulässig.
- 8 a) Die beabsichtigte Rechtsverfolgung ist nicht bereits deshalb erfolglos, weil die Beschwerde nicht innerhalb der Frist des § 116 Abs. 2 Satz 1 FGO durch eine vor dem BFH vertretungsberechtigte Person oder Gesellschaft i.S. des § 62 Abs. 4 FGO erhoben worden ist. Denn für PKH-Anträge gilt der in § 62 Nr. 4 FGO angeordnete Vertretungszwang nicht (BFH-Beschlüsse vom 16.09.2010 - XI S 18/10 (PKH), BFH/NV 2010, 2295; vom 18.01.2012 - X S 27/11 (PKH), BFH/NV 2012, 758; Loose in Tipke/Kruse, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, § 62 FGO Rz 44a).
- 9 b) Der Antrag auf PKH vom 30.09.2019 ist auch noch fristgerecht eingelegt worden. Die Frist zur Einlegung der Beschwerde wegen der Nichtzulassung der Revision (§ 116 Abs. 2 Satz 1 FGO) und damit auch die PKH-Antragsfrist (vgl. BFH-Beschluss vom 18.03.2014 - III S 35/13 (PKH), BFH/NV 2014, 893) begann mit Zustellung des Urteils des FG am 29.08.2019 und endete grundsätzlich mit Ablauf des 29.09.2019, verlängerte sich im Streitfall jedoch auf den Ablauf des 30.09.2019, da es sich bei dem Datum 29.09.2019 um einen Sonntag handelte (§ 54 FGO i.V.m. § 222 Abs. 2 der Zivilprozessordnung --ZPO--).
- 10 2. Der Antrag auf PKH ist auch begründet.
- 11 a) Nach § 142 Abs. 1 FGO i.V.m. § 114 Abs. 1 ZPO erhält ein Beteiligter, der nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann, auf Antrag PKH, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Dem beim Prozessgericht zu stellenden Antrag (§ 117 Abs. 1 Satz 1 ZPO) sind eine Erklärung des Beteiligten über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse (Familienverhältnisse, Beruf, Vermögen, Einkommen und Lasten) sowie entsprechende Belege beizufügen (§ 117 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Wird PKH für die Durchführung eines Rechtsmittelverfahrens beantragt und wird --wie hier-- nicht zugleich innerhalb der Rechtsmittelfrist durch eine vor dem BFH postulationsfähige Person oder Gesellschaft Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision eingelegt, kann die beabsichtigte Rechtsverfolgung nur dann Aussicht auf Erfolg haben, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, eine Entscheidung des BFH zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung erforderlich ist oder das FG-Urteil auf einem Verfahrensmangel beruht (BFH-Beschluss vom 30.03.2006 - III S 6/06 (PKH), BFH/NV 2006, 1486).
- 12 b) Nach diesen Maßstäben ist der Klägerin die beantragte PKH zu bewilligen. Die von ihr angestrebte Nichtzulassungsbeschwerde bietet --bei der gebotenen summarischen Prüfung-- hinreichende Aussicht auf Erfolg wegen eines Verfahrensfehlers des FG (§ 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO). Den Ausführungen der Klägerin lässt sich entnehmen, dass das FG das rechtliche Gehör der Klägerin verletzt haben könnte, indem es die mündliche Verhandlung --trotz eines Verlegungsantrags-- durchführte, ohne zuvor über den Antrag auf PKH zu entscheiden.
- 13 aa) Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 des Grundgesetzes --GG--, § 96 Abs. 2 FGO) ist verletzt,

wenn das FG einem Antragsteller in rechtswidriger Weise PKH vorenthält und er damit um die Möglichkeit eines anwaltlichen Beistandes in der mündlichen Verhandlung gebracht wird (vgl. BFH-Beschluss vom 12.08.2008 - X S 35/08 (PKH), Rz 31, juris; Senatsbeschluss vom 01.07.2010 - V B 108/09, BFH/NV 2010, 2014, unter 6., Rz 8; BFH-Beschluss vom 12.08.2008 - X S 35/08 (PKH), BFH/NV 2008, 2030). Nach ständiger Rechtsprechung muss die Entscheidung über einen PKH-Antrag --wegen des großzügigeren Prüfungsmaßstabes-- grundsätzlich vor der Endentscheidung in der Hauptsache getroffen werden (Brandis in Tipke/Kruse, a.a.O., § 142 FGO Rz 51, m.w.N., sog. Grundsatz der "Vorherigkeit"; Senatsbeschluss vom 25.08.2009 - V S 10/07, BFHE 226, 109, BStBl II 2009, 1019; BFH-Beschlüsse vom 24.10.2006 - X B 91/06, BFH/NV 2007, 460, sowie vom 25.03.1986 - III B 5-6/86, BFHE 146, 223, BStBl II 1986, 526), spätestens jedoch bis zum Beginn der evtl. abzuhaltenden mündlichen Verhandlung (Brandis, a.a.O., § 142 FGO Rz 51).

- 14** bb) Im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes ist eine vorherige Bescheidung des Begehrens auf PKH nur dann erforderlich, wenn die mögliche Einschaltung eines beizuordnenden Anwalts oder Steuerberaters auch Einfluss auf die Sachentscheidung des Gerichts haben kann (Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 13.07.1992 - 1 BvR 99/90, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht 1993, 382), sodass Ausnahmen vom Grundsatz der Vorherigkeit zulässig sind, wenn die Effektivität des Rechtsschutzes hierunter nicht leidet. Derartige Ausnahmen liegen nach höchstrichterlicher Rechtsprechung vor:

(1) Bei einem PKH-Antrag für eine offensichtlich unzulässige Nichtzulassungsbeschwerde (Senatsbeschluss in BFHE 226, 109, BStBl II 2009, 1019, Leitsatz 2 sowie Rz 23);

(2) Wenn die Beiordnung eines Bevollmächtigten wegen eindeutiger Rechtslage ohnehin nichts ändern könnte (Senatsbeschluss in BFH/NV 2010, 2014, unter 6., Rz 8; BFH-Beschlüsse vom 24.07.2008 - VIII B 132/08, nicht veröffentlicht --n.v.--, und vom 27.04.2001 - XI S 16/00, BFH/NV 2001, 1417, unter 2.c);

(3) Bei einem in Verschleppungsabsicht gestellten PKH-Antrag (Senatsbeschluss in BFH/NV 2010, 2014, unter 6., Rz 8);

(4) Bei Rechtsmissbrauch durch die Wiederholung eines inhaltsgleichen PKH-Antrages (BFH-Beschlüsse vom 12.07.1991 - VII S 27/91, BFH/NV 1992, 190, unter 3., Rz 7, sowie vom 04.12.1990 - VII B 56/90, BFH/NV 1991, 474, m.w.N.);

(5) Wenn bereits ein Prozessbevollmächtigter sowohl den PKH-Antrag gestellt als auch die Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt und begründet hat (BFH-Beschluss vom 26.08.2010 - X B 210/09, BFH/NV 2010, 2287, unter 1., Rz 8).

- 15** cc) Im Streitfall ist das Vorliegen eines dieser Ausnahmefälle weder vom FG geprüft und bejaht worden noch für den beschließenden Senat ersichtlich. Das FG hat die Ablehnung der beantragten Terminsverlegung vielmehr damit begründet, dass die Klägerin den (erneuten) PKH-Antrag auch vorher hätte stellen können und es ihr auch ohne Entscheidung über den PKH-Antrag möglich gewesen sei, an der mündlichen Verhandlung teilzunehmen.

- 16** Diese Begründung rechtfertigt jedoch keine weitere Ausnahme von dem Grundsatz, dass über den PKH-Antrag vor der Hauptsache zu entscheiden ist. Das FG hat insoweit nicht berücksichtigt, dass die Klägerin innerhalb der ihr gesetzten Ausschlussfrist (19.03.2019) die Originalausdrucke der angeforderten Ausgangsrechnungen für 2013 und mit Schreiben vom 26.03.2019 die Unterlagen zur PKH vorgelegt hat. Aus diesen Unterlagen hätten sich tatsächlich oder rechtlich bedeutsame Gesichtspunkte für eine positive Entscheidung über den PKH-Antrag ergeben können, sodass eine Entscheidung des FG vor der mündlichen Verhandlung erforderlich war. Dass die Klägerin und ihr Bevollmächtigter auch ohne Entscheidung über den PKH-Antrag an der mündlichen Verhandlung teilnehmen konnten, ersetzt nicht die Teilnahme durch einen fachkundigen Rechtsanwalt oder Steuerberater.

- 17** c) Aus der von der Klägerin eingereichten "Erklärung über ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse" und den dazu gehörigen Belegen in Kopie ergibt sich, dass sie nicht in der Lage ist, die Kosten der Prozessführung aufzubringen. Die beabsichtigte Rechtsverfolgung durch eine Nichtzulassungsbeschwerde erscheint auch nicht "mutwillig", sodass die Voraussetzungen für die Gewährung von PKH ohne Ratenzahlung vorliegen.

- 18** 3. Die Beiordnung des Rechtsanwalts beruht auf § 142 Abs. 1 FGO i.V.m. § 121 Abs. 1 ZPO. Wird --wie im Streitfall-- PKH für ein Verfahren begehrt, für das Vertretungszwang besteht, ist bei Bewilligung der PKH die Beiordnung eines zur Vertretung bereiten Rechtsanwalts --im finanzgerichtlichen Verfahren auch eines Steuerberaters (§ 142 Abs. 2 FGO)-- nach Wahl des Antragstellers (§ 142 Abs. 1 FGO i.V.m. § 121 Abs. 1 ZPO) zwingend (BFH-Beschluss vom

01.02.2007 - VI S 13/06 (PKH), n.v., juris). Ein solcher Prozessvertreter ist im Beschluss über die Bewilligung der PKH auch ohne ausdrücklichen Antrag des Antragstellers beizuordnen (BFH-Beschluss vom 31.03.2005 - III S 8/05 (PKH), BFH/NV 2005, 1350, unter II.1.).

- 19** 4. Eine Kostenentscheidung ist nicht zu treffen. Gerichtsgebühren entstehen nicht (§ 142 Abs. 1 FGO i.V.m. § 118 Abs. 1 Sätze 4 und 5 ZPO; § 1 Abs. 2 Nr. 2, § 3 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes i.V.m. dem Kostenverzeichnis).

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