

Beschluss vom 08. July 2013, III B 149/12

Anhörungsrüge gegen Entscheidungen des FG über Ablehnungsgesuche - Beiladung im Kindergeldverfahren - Klagebefugnis des Hinzugezogenen gegen eine abhelfende Einspruchsentscheidung

BFH III. Senat

GG Art 103 Abs 1, FGO § 40 Abs 2, FGO § 51 Abs 1, FGO § 124 Abs 2, FGO § 128 Abs 2, FGO § 133a Abs 1 S 2, ZPO § 47 Abs 1, ZPO § 321a Abs 1 S 2, AO § 174 Abs 5 S 2, AO § 174 Abs 4 S 1, AO § 174 Abs 5 S 1

vorgehend Finanzgericht Berlin-Brandenburg , 22. October 2012, Az: 8 K 8197/10

Leitsätze

1. NV: Ein Elternteil ist nicht gemäß § 40 Abs. 2 FGO befugt, Anfechtungsklage gegen einen Bescheid zu erheben, mit dem die für den anderen Elternteil zuständige Familienkasse auf Antrag und zugunsten dieses Elternteils Kindergeld festgesetzt hat.
2. NV: Die offene Frist für die Erhebung einer Anhörungsrüge steht der Erledigung des Ablehnungsgesuchs im Sinne des § 51 Abs. 1 FGO i.V.m. § 47 Abs. 1 ZPO nicht entgegen.
3. NV: Es kann offenbleiben, ob gegen einen unanfechtbaren Beschluss des FG, mit dem ein Ablehnungsgesuch zurückgewiesen wurde, die Anhörungsrüge stattfindet.

Gründe

- 1 Die Beschwerde ist --bei erheblichen Bedenken gegen ihre Zulässigkeit-- unbegründet und durch Beschluss zurückzuweisen (§ 116 Abs. 5 Satz 1 der Finanzgerichtsordnung --FGO--).
- 2 Die vom Kläger und Beschwerdeführer (Kläger) geltend gemachten Verfahrensmängel (§ 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO) liegen nicht vor.
- 3 1. Die Familienkasse ... der Bundesagentur für Arbeit ist aufgrund eines Organisationsaktes (Beschluss des Vorstands der Bundesagentur für Arbeit Nr. 21/2013 vom 18. April 2013 gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 11 des Finanzverwaltungsgesetzes, Amtliche Nachrichten der Bundesagentur für Arbeit, Ausgabe Mai 2013, S. 6 ff., Nr. 1 der Anlage 2) im Wege des gesetzlichen Parteiwechsels in die Beteiligtenstellung der Agentur für Arbeit ... --Familienkasse-- eingetreten (s. dazu Beschluss des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 3. März 2011 V B 17/10, BFH/NV 2011, 1105, unter II.A.).
- 4 2. Das Finanzgericht (FG) hat die Klage zu Recht durch Prozessurteil abgewiesen, weil der Kläger nicht gemäß § 40 Abs. 2 FGO klagebefugt war.
- 5 Die Anfechtungsklage richtete sich gegen einen Bescheid der Beklagten und Beschwerdegegnerin (Familienkasse), mit dem diese Kindergeld zugunsten der vom Kläger geschiedenen Kindsmutter festgesetzt hatte. Eine solche Klage ist indes nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein (§ 40 Abs. 2 FGO). Daran fehlte es im Streitfall.
- 6 a) Der Kläger als Kindsvater kann sich zwar in Gestalt seiner eigenen Kindergeldberechtigung gemäß §§ 62 ff. des Einkommensteuergesetzes (EStG) auf ein subjektiv öffentliches Recht berufen, diese Rechtsposition wird jedoch durch die Bewilligung von Kindergeld zugunsten der Kindsmutter nicht beeinträchtigt. Trotz dieser Kindergeldfestsetzung bleibt es ihm nämlich unbenommen, seinerseits Kindergeld zu beantragen und bei einer ablehnenden Entscheidung der Familienkasse den Klageweg zu beschreiten. Einem möglichen Klageerfolg steht die bereits vorliegende Kindergeldfestsetzung zugunsten der Mutter nicht entgegen. Denn diese kann in einem von ihm angestrebten Klageverfahren nach § 174 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Abs. 4 Satz 1 der Abgabenordnung (AO) auf Antrag der Familienkasse zur Vermeidung einer widerstreitenden Kindergeldfestsetzung beigegeben werden (BFH-Beschluss

vom 31. Januar 2006 III B 18/05, BFH/NV 2006, 1046, m.w.N.). Bei einem Erfolg der Verpflichtungsklage wäre die Familienkasse grundsätzlich auch gehalten, die Kindergeldfestsetzung gegenüber der Kindsmutter aufzuheben (§ 174 Abs. 1 AO i.V.m. § 31 Satz 3 EStG und § 155 Abs. 4 AO; vgl. BFH-Beschluss in BFH/NV 2006, 1046). Es ist allerdings allein Sache der Familienkasse, durch Beantragung der Beiladung --oder Hinzuziehung des anderen Elternteils zum außergerichtlichen Rechtsbehelfsverfahren (§ 360 AO)-- die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass es nicht zu einer widerstreitenden Kindergeldfestsetzung und damit einer möglichen Doppelzahlung des Kindergeldes kommt. Der Erfolg der Rechtsverfolgung des Klägers hängt davon jedoch nicht ab.

- 7 b) Es ist nicht ersichtlich, dass dem Kläger im Kindergeldfestsetzungsverfahren, das die Kindsmutter durch einen eigenen Antrag ausgelöst hat, gesetzliche Beteiligungsrechte zustehen könnten, die im Streitfall möglicherweise verletzt wurden. Abgesehen davon begründet die Beteiligung oder die gesetzwidrig unterlassene Verfahrensbeteiligung für sich genommen noch keine Klagebefugnis (Braun in Hübschmann/Hepp/Spitaler --HHSp-- § 40 FGO Rz 258, m.w.N., zum vergleichbaren Fall der Hinzuziehung). Erst das Eingreifen der --belastenden-- Bindungswirkung nach § 174 Abs. 5 Satz 1 AO nach einer tatsächlich zuvor erfolgten Beteiligung am vorgerichtlichen Verwaltungsverfahren vermag die Rechtsverletzung i.S. des § 40 Abs. 2 FGO zu begründen (vgl. BFH-Urteil vom 29. April 2009 X R 16/06, BFHE 225, 4, BStBl II 2009, 732).
- 8 3. Eine Revisionszulassung wegen einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör kommt nicht in Betracht. Der geltend gemachte Gehörsverstoß wird in der Beschwerdeschrift lediglich pauschal behauptet, aber nicht i.S. des § 116 Abs. 3 Satz 3 FGO mit einem substantiierten Vortrag schlüssig dargelegt.
- 9 4. Der Kläger wurde seinem gesetzlichen Richter nicht entzogen.
- 10 a) Wird ein Ablehnungsgesuch i.S. des § 51 FGO i.V.m. § 42 ff. der Zivilprozessordnung (ZPO) durch Beschluss zurückgewiesen, dann kann diese Entscheidung nicht mit der Beschwerde angefochten werden (§ 128 Abs. 2 FGO) und unterliegt somit auch nicht der Beurteilung der Revision (§ 124 Abs. 2 FGO), weshalb auch eine Nichtzulassungsbeschwerde grundsätzlich nicht auf die Ablehnung eines Befangenheitsgesuchs gestützt werden kann. Geltend gemacht werden können nur solche Verfahrensmängel, die als Folge der Ablehnung des Befangenheitsgesuchs dem angefochtenen Urteil anhaften. Ein Zulassungsgrund liegt daher nur vor, wenn die Ablehnung ein Verfahrensgrundrecht verletzt (Anspruch auf rechtliches Gehör oder den gesetzlichen Richter). Das Verfahrensgrundrecht auf den gesetzlichen Richter greift jedoch nur bei willkürlichen Verstößen gegen Verfahrensvorschriften ein. Deshalb hat eine Besetzungsrüge nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn sich dem Beschwerdevorbringen entnehmen lässt, dass der Beschluss über die Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs nicht nur fehlerhaft, sondern greifbar gesetzwidrig und damit willkürlich war (vgl. z.B. BFH-Beschlüsse vom 14. August 2012 VII B 183/11, BFH/NV 2013, 208; vom 25. Mai 2012 VIII B 155/11, BFH/NV 2012, 1610, jeweils m.w.N.).
- 11 b) Das FG hat den Ablehnungsantrag des Klägers durch Beschluss zurückgewiesen. Dass diese Entscheidung willkürlich gewesen sei, wird in der Beschwerdeschrift nicht dargelegt. Willkür ist auch im Übrigen nicht ersichtlich.
- 12 An dem Beschluss haben zwei abgelehnte Richter mitwirkt. Der Kläger stellt diesbezüglich zwar zutreffend fest, dass eine solche Vorgehensweise nur bei einem rechtsmissbräuchlich gestellten Ablehnungsgesuch zulässig ist. Er legt aber außer dem pauschalen Hinweis, Rechtsmissbrauch sei in seinem Fall nicht gegeben, nicht substantiiert dar, dass das FG willkürlich von einem Selbstentscheidungsrecht der abgelehnten Richter ausgegangen ist. Wie die Gründe des Beschlusses zeigen, hat sich das FG insoweit an der höchstrichterlichen Rechtsprechung orientiert, wonach die ohne Benennung und ohne Konkretisierung des Befangenheitsgrundes erfolgende Ablehnung des gesamten Spruchkörpers missbräuchlich ist (vgl. Gräber/ Stapperfend, Finanzgerichtsordnung, 7. Aufl., § 51 Rz 36 und 71, m.w.N.).
- 13 5. Die vom Kläger --sinngemäß-- erhobene Verfahrensrüge, wonach die abgelehnten Richter mit dem Erlass des Endurteils gegen das Handlungsverbot des § 47 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 51 Abs. 1 Satz 1 FGO verstoßen hätten, weil das Zwischenverfahren über sein Ablehnungsgesuch bis zur Entscheidung über die von ihm erhobene Anhörungsrüge nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) angedauert habe, ist unbegründet.
- 14 a) Nach § 47 Abs. 1 ZPO hat ein abgelehnter Richter vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs nur solche Handlungen vorzunehmen, die keinen Aufschub dulden. Im Hinblick auf nicht unaufschiebbare Maßnahmen besteht für den abgelehnten Richter ein Handlungsverbot (Wartepflicht). Der Kläger weist zutreffend darauf hin, dass nach der zu § 321a Abs. 1 ZPO (vgl. die entsprechende Regelung in § 133a Abs. 1 FGO) ergangenen Rechtsprechung des BGH unter bestimmten Voraussetzungen eine Anhörungsrüge gegen Entscheidungen im Zwischenverfahren der Richterablehnung statthaft ist. Dies beruht auf einer verfassungskonformen Auslegung des § 321a Abs. 1 Satz 2

ZPO, der nach seinem Wortlaut die Rüge gegen eine der Endentscheidung (Urteil) vorausgehende Entscheidung (Beschluss im Zwischenverfahren der Richterablehnung) nicht zulässt. Eine Erledigung des Ablehnungsgesuchs i.S. des § 47 Abs. 1 ZPO, die zum Wegfall des Handlungsverbots für den abgelehnten Richter führt, ist erst dann gegeben, wenn über die Anhörungsrüge entschieden wurde (BGH-Beschluss vom 15. Juni 2010 XI ZB 33/09, Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport Zivilrecht 2011, 427, mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts --BVerfG--).

- 15** b) Im Streitfall hat der Kläger zwar eine Anhörungsrüge gegen den Beschluss des FG vom 23. Oktober 2012, mit dem der Befangenheitsantrag gegen den Vorsitzenden Richter als unbegründet zurückgewiesen und die Befangenheitsanträge gegen die beisitzenden Richter als unzulässig verworfen worden waren, erhoben. Der Senat kann dahinstehen lassen, ob er sich der Auffassung anschließen könnte, dass die Anhörungsrüge in einem solchen Fall statthaft ist (bejahend z.B. Rüsken in Beermann/Gosch, AO/FGO, § 133a FGO Rz 24.1 und 25, m.w.N.; Bergkemper in HHSp, § 133a FGO Rz 11; ebenfalls bejahend, jedoch ohne nähere Begründung BFH-Beschluss vom 18. März 2010 VIII B 84/09, BFH/NV 2010, 1454; a.A. z.B. Gräber/Ruban, a.a.O., § 133a Rz 7; Brandis in Tipke/Kruse, § 51 FGO Rz 42; Urteil des FG Düsseldorf vom 4. Mai 2005 13 K 5501/03 E, Entscheidungen der Finanzgerichte --EFG-- 2005, 1789). Denn jedenfalls war, selbst wenn man die Anhörungsrüge als statthaften Rechtsbehelf qualifizieren wollte, das Handlungsverbot für die abgelehnten Richter im Streitfall bereits zuvor entfallen. Diese durften daher zulässigerweise das angegriffene Prozessurteil erlassen. Denn die Anhörungsrüge hat der Kläger erst mit Schriftsatz vom 9. November 2012 erhoben. Zu diesem Zeitpunkt war das Urteil bereits ergangen und dem Kläger übermittelt worden. In einer solchen Konstellation führt die Anhörungsrüge nicht zu einer Verlängerung der Wartepflicht. Nach der Rechtsprechung des BGH, der sich der Senat anschließt, steht die offene Frist für die Erhebung einer Anhörungsrüge der Erledigung des Ablehnungsgesuchs i.S. des § 47 Abs. 1 ZPO nicht entgegen (BGH-Beschluss vom 7. März 2012 AnwZ (B) 13/10, juris). Nur wenn zwischen der Ablehnungsentscheidung und dem späteren Endurteil eine Anhörungsrüge angebracht wird, über die im Zeitpunkt des Urteilserlasses noch nicht entschieden worden war, könnte das Urteil überhaupt auf einer Verletzung des § 47 Abs. 1 ZPO beruhen.
- 16** 6. Auch das Vorbringen, wonach die Anhörungsrüge gegen die Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs (FG-Beschluss vom 23. Oktober 2012) unter --sinngemäßem-- Verweis auf § 133a Abs. 1 Satz 2 FGO als unzulässig verworfen wurde, vermag der Beschwerde nicht zum Erfolg zu verhelfen.
- 17** a) Nach § 133a Abs. 1 Satz 2 FGO findet die Anhörungsrüge gegen eine der Endentscheidung vorausgehende Entscheidung nicht statt, was nach verbreiteter Auffassung zur Unstatthaftigkeit der Rüge gegen unanfechtbare Entscheidungen des FG über Richterablehnungsgesuche führt (Gräber/Ruban, a.a.O., § 133a Rz 7; Brandis in Tipke/Kruse, a.a.O., § 51 FGO Rz 42; Urteil des FG Düsseldorf in EFG 2005, 1789; a.A. Rüsken in Beermann/Gosch, § 133a FGO Rz 24.1 und 25; Bergkemper in HHSp, § 133a FGO Rz 11). Nach der Rechtsprechung des BVerfG (vgl. BVerfG-Beschlüsse vom 12. Januar 2009 1 BvR 3113/08, Neue Juristische Wochenschrift --NJW-- 2009, 833, m.w.N.; vom 6. Mai 2010 1 BvR 96/10, Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts --BVerfGK-- 17, 298) darf die Anhörungsrüge allerdings nur für solche Zwischenentscheidungen ausgeschlossen werden, die im Hinblick auf mögliche Gehörsverletzungen im weiteren fachgerichtlichen Verfahren noch überprüft und korrigiert werden können. Ist eine unmittelbare oder zumindest inzidente Kontrolle auf im Zwischenverfahren möglicherweise unterlaufene Gehörsverstöße nicht gegeben, dann müssen die die Statthaftigkeit von Anhörungsrügen betreffenden Vorschriften, wie z.B. § 321a Abs. 1 Satz 2 ZPO oder § 78a Abs. 1 Satz 2 des Arbeitsgerichtsgesetzes, verfassungskonform einschränkend ausgelegt werden. Dies verlangt das Verfassungsgebot des wirkungsvollen Rechtsschutzes i.V.m. Art. 103 Abs. 1 des Grundgesetzes --GG-- (BVerfG-Beschlüsse in NJW 2009, 833, und in BVerfGK 17, 298).
- 18** Danach kann dem Verfassungsgebot des wirkungsvollen Rechtsschutzes i.V.m. Art. 103 Abs. 1 GG auf zwei alternativen Wegen entsprochen werden: Entweder ist die Anhörungsrüge gegen die Ablehnungsentscheidung des FG unter verfassungskonformer Auslegung des § 133a Abs. 1 Satz 2 FGO statthaft (so z.B. Rüsken in Beermann/Gosch, § 133a FGO Rz 24.1 und 25; Bergkemper in HHSp, § 133a FGO Rz 11) oder es findet eine --inzidente-- Kontrolle auf mögliche Gehörsverletzungen im Zwischenverfahren der Richterablehnung im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde oder der Revision durch den BFH statt. Eine derartige Inzidentkontrolle bei Verletzung von Verfahrensgrundrechten ist in der Rechtsprechung des BFH in bestimmten Konstellationen bereits anerkannt (ständige BFH-Rechtsprechung, vgl. BFH-Beschlüsse vom 28. Mai 2003 III B 87/02, BFH/NV 2003, 1218; vom 10. Februar 2009 VII B 265/08, BFH/NV 2009, 888; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. November 1999 6 C 30/98, BVerwGE 110, 40), so dass die Übertragung dieser Rechtsprechungsgrundsätze auf gehörsverletzende Ablehnungsentscheidungen der Instanzgerichte naheliegend erscheint.

- 19** b) Für die hier zu treffende Entscheidung über die Revisionszulassung bedarf die Frage jedoch keiner abschließenden Beantwortung.
- 20** aa) Denn im Streitfall hat der Kläger den möglichen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gebot des wirkungsvollen Rechtsschutzes nicht i.S. des § 115 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 116 Abs. 3 Satz 3 FGO substantiiert geltend gemacht. Der bloße Hinweis in der Beschwerdebegründungsschrift auf die eingelegte Anhörungsrüge und deren Verwerfung als unstatthaft reicht insoweit nicht aus.
- 21** bb) Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass das FG die Anhörungsrüge des Klägers nicht allein wegen deren Unstatthaftigkeit verworfen hat. Vielmehr hat es die Rüge auch sachlich überprüft und das Vorliegen einer Gehörsverletzung ausdrücklich verneint. Trotz des Beschlusstenors (Verwerfung anstatt Zurückweisung) wurde damit dem Verfassungsgebot des effektiven Rechtsschutzes gegen Gehörsverletzungen im Zwischenverfahren der Sache nach bereits vollständig entsprochen.
- 22** cc) Schließlich ergibt eine eigenständige Prüfung durch den Senat, dass das FG im Richterablehnungsverfahren den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör nicht verletzt hat. Auf die zutreffenden Ausführungen im Beschluss des FG vom 18. Dezember 2012 nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug.
- 23** 7. Der Antrag, das Verfahren gemäß § 74 FGO bis zur Erledigung des vor dem BGH unter dem Aktenzeichen XII ZB 555/12 geführten Rechtsstreits auszusetzen, ist unbegründet. Es fehlt an der erforderlichen Vorgeiflichkeit des Rechtsverhältnisses, weil das Rechtsschutzbegehren des Klägers ohnehin in der Sache keinen Erfolg haben kann. Denn es fehlt, wie oben unter Ziffer 2. der Gründe dieses Beschlusses ausgeführt, an einer Sachentscheidungsvoraussetzung für die Anfechtungsklage (vgl. Gräber/ Koch, a.a.O., § 74 Rz 7 und 17, m.w.N.).

Quelle: www.bundesfinanzhof.de