

# Urteil vom 20. Juli 2016, I R 40/14

**Ausschluss früherer Beamter vom Richteramt - Aufhebung und Zurückverweisung bei Verstoß des FG gegen § 51 Abs. 1 FGO i.V.m. § 41 Nr. 4 ZPO**

ECLI:DE:BFH:2016:U.200716.IR40.14.0

BFH I. Senat

FGO § 51 Abs 1 S 1, ZPO § 41 Nr 4, FGO § 126 Abs 3 S 1 Nr 2

vorgehend Finanzgericht Baden-Württemberg , 18. Dezember 2013, Az: 3 K 1189/13

## Leitsätze

NV: Eine (Finanz-)Beamtin, die Vertreterin einer Behörde war (hier: eine vormalige Sachgebietsleiterin des FA) und nunmehr Richterin wird, ist von der Mitwirkung an allen Sachen ausgeschlossen, die bereits vor ihrer Übernahme in das Richterverhältnis anhängig waren und somit von ihr hätten vertreten werden können .

## Tenor

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Finanzgerichts Baden-Württemberg, Außensenate Freiburg, vom 19. Dezember 2013 3 K 1189/13 aufgehoben.

Die Sache wird an das Finanzgericht Baden-Württemberg, Außensenate Freiburg, zurückverwiesen.

Diesem wird die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen.

## Tatbestand

- 1** I. Der im Inland wohnende und hier auch im Sinne des Abkommensrechts ansässige Kläger und Revisionskläger (Kläger) arbeitete seit 1998 in der Schweiz bei einem dortigen Unternehmen als Vizedirektor. Seine im Streitjahr (2010) erzielten Arbeitseinkünfte wurden vom Beklagten und Revisionsbeklagten (Finanzamt --FA--) der Besteuerung unterworfen, weil der Bundesrepublik Deutschland das Besteuerungsrecht daran nach der Grenzgängerregelung des Art. 15a des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen vom 11. August 1971 (BGBl II 1972, 1022, BStBl I 1972, 519) i.d.F. des Protokolls vom 21. Dezember 1992 (BGBl II 1993, 1888, BStBl I 1993, 928) zustehe.
- 2** Dagegen wendete sich der Kläger mit seinem im August 2012 erhobenen Einspruch; der Einspruch wurde mit Einspruchsentscheidung des FA vom 27. Februar 2013 als unbegründet zurückgewiesen. Die anschließend (am 4. April 2013) erhobene Klage blieb erfolglos. Das Finanzgericht (FG) Baden-Württemberg, Außensenate Freiburg, hat sie mit Urteil vom 19. Dezember 2013 3 K 1189/13 unter Mitwirkung von Richterin am Finanzgericht R als unbegründet abgewiesen.
- 3** Gegen das FG-Urteil richtet sich die Revision des Klägers.
- 4** Der Kläger beantragt, das FG-Urteil und den angefochtenen Bescheid aufzuheben.
- 5** Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

## Entscheidungsgründe

II. Die Revision ist bearündet und führt gemäß § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 der Finanzaerichtsordnuna (FGO) zur

- 6 Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung. Das angefochtene Urteil kann keinen Bestand haben, weil R für den Streitfall von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen ist.
- 7 1. Nach der gemäß § 51 Abs. 1 FGO im Finanzgerichtsprozess sinngemäß anwendbaren Bestimmung des § 41 Nr. 4 der Zivilprozessordnung (ZPO) ist ein Richter von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen, wenn er in der Sache als Prozessbevollmächtigter oder Beistand einer Partei bestellt oder als gesetzlicher Vertreter einer Partei aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist. Durch den Ausschluss soll die Mitwirkung einer Gerichtsperson verhindert werden, für die auch nur die abstrakte Möglichkeit bestand, den Streitpunkt bereits aus der Sicht eines Beteiligtenvertreters zu sehen (Urteil des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 4. Juli 1990 II R 65/89, BFHE 161, 8, BStBl II 1990, 787). Da für den Tatbestand des § 41 Nr. 4 ZPO ein tatsächliches Auftreten als Vertreter nicht erforderlich ist (Brandis in Tipke/Kruse, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, § 51 FGO Rz 9), ist ein (Finanz-)Beamter, der kraft Gesetzes oder aufgrund erteilten generellen oder einzelnen Auftrags Vertreter einer Behörde war und nunmehr Richter wird, von der Mitwirkung an allen Sachen, in denen diese Behörde Beteiligte ist, ausgeschlossen, die bereits vor seiner Übernahme in das Richterverhältnis anhängig waren und somit von ihm hätten vertreten werden können (Senatsbeschluss vom 7. Juni 2016 I B 159/15, juris; Leipold in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 51 FGO Rz 24; Schoenfeld in Beermann/Gosch, FGO § 51 Rz 27; Gräber/Stapperfend, Finanzgerichtsordnung, 8. Aufl., § 51 Rz 11; s. auch BFH-Urteil in BFHE 161, 8, BStBl II 1990, 787 zur Ausschließung eines Richters, der zum Zeitpunkt des Erlasses der Einspruchsentscheidung Finanzamtsvorsteher war).
- 8 2. In Bezug auf R liegt eine solche Konstellation hier vor. Ausweislich der Angaben des FA, die für das Jahr 2012 durch Vorlage des betreffenden Geschäftsverteilungsplans belegt sind, war R vom 1. Oktober 2010 bis 30. September 2013 Sachgebietsleiterin und zugleich Stellvertreterin desjenigen Sachgebietsleiters, der die Rechtsbehelfsstelle des FA geleitet hat, in welcher im Februar 2013 auch über den Einspruch des hiesigen Klägers entschieden worden ist. R war außerdem aufgrund einer Generalvollmacht des Vorstehers des FA vom 22. August 2012 ermächtigt worden, das FA in allen stattfindenden Terminen beim FG zu vertreten und alle Erklärungen für und gegen das FA abzugeben. Die Generalvollmacht bestand noch, als die Klage bereits beim FG anhängig war. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob R seinerzeit tatsächlich mit der Streitsache befasst gewesen ist (Senatsbeschluss vom 7. Juni 2016 I B 159/15, juris).
- 9 3. Da die Ausschließung unverzichtbar und in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu beachten ist, steht der Aufhebung und Zurückverweisung nicht entgegen, dass die Beteiligten die Besetzung des FG weder vor dem FG noch im Rahmen des Revisionsverfahrens gerügt haben.
- 10 4. Die Übertragung der Kostenentscheidung beruht auf § 143 Abs. 2 FGO.

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