

Beschluss vom 22. Mai 2019, IV B 11/18

Ausschluss eines Richters - Überschreiten der Fünf-Monats-Frist kein Nichtigkeitsgrund i.S. des § 134 FGO i.V.m. § 579 Abs. 1 ZPO - Zur Fünf-Monats-Frist bei Zustellung statt Verkündung

ECLI:DE:BFH:2019:B.220519.IVB11.18.0

BFH IV. Senat

FGO § 51 Abs 1, FGO § 73 Abs 1, FGO § 76 Abs 1 S 1, FGO § 103, FGO § 104 Abs 2, FGO § 105 Abs 4 S 3, FGO § 108, FGO § 115 Abs 2 Nr 1, FGO § 115 Abs 2 Nr 2 Alt 2, FGO § 115 Abs 2 Nr 3, FGO § 119 Nr 1, FGO § 119 Nr 2, FGO § 119 Nr 6, FGO § 134, ZPO § 41 Nr 6, ZPO § 227 Abs 1 S 1, ZPO § 578 Abs 2, ZPO § 579, ZPO § 584, ZPO § 587, ZPO § 588 Abs 1 Nr 1, VwGO § 116 Abs 2, GG Art 101 Abs 1 S 2, GG Art 103 Abs 1

vorgehend Finanzgericht Baden-Württemberg , 16. Oktober 2017, Az: 6 K 1615/16

Leitsätze

1. NV: Es liegt kein Besetzungsmangel i.S. des § 119 Nr. 2 Alternative 1 FGO vor, wenn bei der Entscheidung über eine Nichtigkeitsklage ein Richter mitwirkt, der bereits an dem der Nichtigkeitsklage vorangegangenen Urteil mitgewirkt hat. Die FGO und die ZPO enthalten keine dem § 23 Abs. 2 StPO entsprechende Vorschrift .
2. NV: Ein Überschreiten der aus § 105 Abs. 4 Satz 3 FGO ("alsbald") abgeleiteten Fünf-Monats-Frist begründet zwar einen absoluten Revisionsgrund nach § 119 Nr. 6 FGO, aber keinen Nichtigkeitsgrund i.S. des § 134 FGO i.V.m. § 579 Abs. 1 ZPO .
3. NV: Es ist höchstrichterlich geklärt, dass für den Fall der Zustellung statt der Verkündung des Urteils gemäß § 104 Abs. 2 FGO das vollständig abgefasste Urteil der Geschäftsstelle binnen fünf Monaten nach Übermittlung der unterschriebenen Urteilsformel übergeben werden muss. Maßgeblich für die Einhaltung der Fünf-Monats-Frist ist der Zeitpunkt der Übergabe des vollständigen Urteils an die Geschäftsstelle, nicht die Zustellung an die Beteiligten .

Tenor

Die Beschwerde des Klägers wegen Nichtzulassung der Revision gegen das Urteil des Finanzgerichts Baden-Württemberg vom 17.10.2017 - 6 K 1615/16 wird als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat der Kläger zu tragen.

Gründe

- 1 Die Beschwerde des Klägers und Beschwerdeführers (Kläger) ist unbegründet. Die geltend gemachten Zulassungsgründe sind teilweise nicht in einer den Anforderungen des § 116 Abs. 3 Satz 3 der Finanzgerichtsordnung (FGO) genügenden Form dargelegt und liegen im Übrigen, ungeachtet erheblicher Zweifel an deren ordnungsgemäßer Darlegung, nicht vor.
- 2 I. Die Revision ist nicht wegen eines Verfahrensmangels i.S. des § 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO zuzulassen.
- 3 1. Die vom Kläger mit unterschiedlichen Begründungen (sinngemäß) geltend gemachten Besetzungsmängel i.S. des § 119 Nrn. 1 und 2 FGO, wonach das erkennende Gericht bei Fällung des angegriffenen Urteils gegen das Gebot des gesetzlichen Richters verstoßen habe (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes --GG--), sind nicht schlüssig dargelegt (zu den Anforderungen an die Schlüssigkeit z.B. Beschluss des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 8. Oktober 2012 - I B 22/12, Rz 13).
- 4 a) Das Vorbringen des Klägers lässt keinen Besetzungsmangel i.S. des § 119 Nr. 1 FGO erkennen.

- 5 aa) Soweit der Kläger (sinngemäß) ausführt, der 6. Senat des Finanzgerichts (FG) hätte nicht selbst über die Nichtigkeitsklage (§ 134 FGO i.V.m. § 579 der Zivilprozessordnung --ZPO--) entscheiden dürfen, sondern dieses Verfahren an einen anderen Senat des FG verweisen müssen, weil der nämliche Senat --insbesondere unter Mitwirkung des Richters am FG (RiFG) G-- bereits über das aufzunehmende Verfahren mit Urteil vom 21. April 2015 - 6 K 883/14 (nachfolgend: die Vorentscheidung 6 K 883/14) erkannt habe (S. 6 ff. der Beschwerdebegründung), ergibt sich hieraus kein Mangel i.S. des § 119 Nr. 1 FGO.
- 6 § 134 FGO i.V.m. § 584 ZPO normiert für die Nichtigkeitsklage eine ausschließliche Zuständigkeit. Danach ist im Grundsatz das Gericht zuständig, das im ersten Rechtszug erkannt hat (vgl. auch Wendl in Gosch, FGO § 134 Rz 92). Im Streitfall war dies der 6. Senat des FG. Denn der Geschäftsverteilungsplan des FG sah keine abweichende Spruchkörper-Zuständigkeit für eine Nichtigkeitsklage vor. Selbst wenn diese Regelung aufgrund der Vorbefassung des Gerichts problematisch sein sollte, ändert dies an ihrer Eindeutigkeit nichts (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 77. Aufl., § 584 Rz 2). Die vom Kläger begehrte Verweisung an einen anderen Senat des FG sieht das Gesetz nicht vor.
- 7 bb) Soweit der Kläger mit seinem Vortrag auch (sinngemäß) rügen sollte, ein Besetzungsmangel i.S. des § 119 Nr. 1 FGO habe deshalb vorgelegen, weil RiFG G trotz bestehender Zweifel an seiner Unabhängigkeit an dem angegriffenen Urteil mitgewirkt habe, fehlt jeglicher substantiierte Vortrag.
- 8 Ein Verstoß gegen § 119 Nr. 1 FGO liegt zwar auch dann vor, wenn an der angegriffenen Entscheidung ein erfolglos wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnter Richter mitgewirkt hat und der Zurückweisungsbeschluss willkürlich ist (z.B. BFH-Beschluss vom 14. März 2007 - VIII B 103/06, BFH/NV 2007, 1330, unter II.1.b, m.w.N.). Eine derartige Rüge hat daher nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn sich dem Beschwerdevorbringen entnehmen lässt, dass der Zurückweisungsbeschluss nicht nur fehlerhaft, sondern greifbar gesetzwidrig und damit willkürlich ist (z.B. BFH-Beschluss vom 28. Mai 2003 - III B 87/02, BFH/NV 2003, 1218, unter 1.a, m.w.N.). Hierzu fehlt jedoch jegliches Vorbringen.
- 9 cc) Ebenso wenig lassen die Ausführungen des Klägers, wonach sein Recht auf rechtliches Gehör durch die Zurückweisung seines Antrags, die Vorsitzende Richterin am FG (VRiFG) K wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen, massiv verletzt worden sei (S. 20 ff. der Beschwerdebegründung), einen Besetzungsmangel i.S. des § 119 Nr. 1 FGO erkennen.
- 10 Die Anträge des Klägers wegen Besorgnis der Befangenheit der VRiFG K sind vom FG mit Beschlüssen vom 2. und 17. Oktober 2017 abgelehnt worden. Der Kläger geht jedoch auf diese Beschlüsse überhaupt nicht ein. Insbesondere fehlt jeglicher Vortrag dazu, dass sie willkürlich erfolgt sind. Im Wesentlichen erschöpfen sich seine Ausführungen in der --für eine ordnungsgemäße Darlegung ungenügenden-- Wiederholung der erstinstanzlich vorgetragenen Ablehnungsgründe.
- 11 b) Sollte der Kläger mit seinem Vorbringen, wonach an dem angegriffenen Urteil der an der Vorentscheidung 6 K 883/14 beteiligte RiFG G mitgewirkt habe, zudem einen Besetzungsmangel i.S. des § 119 Nr. 2 FGO geltend machen, ist auch diese Rüge nicht schlüssig erhoben. Denn ein Richter ist nicht nach § 51 Abs. 1 FGO i.V.m. § 41 Nr. 6 ZPO kraft Gesetzes bei der Entscheidung über eine Nichtigkeitsklage ausgeschlossen, wenn er an dem der Nichtigkeitsklage vorangegangenen Urteil mitgewirkt hat (BFH-Beschluss vom 8. Oktober 2012 - I B 22/12, Rz 14, 15). Im Übrigen enthalten weder die FGO noch die ZPO eine dem § 23 Abs. 2 der Strafprozessordnung (StPO) entsprechende Vorschrift.
- 12 2. Der Vortrag, das FG habe seine Sachaufklärungspflicht (§ 76 Abs. 1 Satz 1 FGO) verletzt, weil es die benannten Zeugen --den RiFG F und die Urkundsbeamtin S-- nicht vernommen habe (S. 10 ff. der Beschwerdebegründung), begründet nicht den gerügten Verstoß.
- 13 a) Wird als Verfahrensmangel geltend gemacht, das FG habe eine beantragte Zeugeneinvernahme übergangen und deshalb gegen seine Sachaufklärungspflicht verstoßen, ist insbesondere darzulegen, inwiefern das Urteil des FG aufgrund dessen sachlich-rechtlicher Auffassung auf der unterbliebenen Beweisaufnahme beruhen kann (zu den weiteren Darlegungsanforderungen an eine Sachaufklärungsrüge z.B. BFH-Beschluss vom 22. Oktober 2009 - V B 108/08, BFH/NV 2010, 170, unter 2., m.w.N.).
- 14 b) Der Kläger hat zwar vorgetragen, die beantragten Zeugeneinvernahmen hätten ergeben, dass das FG bei der Vorentscheidung 6 K 883/14 die für die Begründung (Absetzung) des Urteils geltende Fünf-Monats-Frist überschritten habe. Es fehlt aber Vortrag dazu, dass das hier mit der Nichtzulassungsbeschwerde angegriffene

Urteil unter Zugrundelegung der materiell-rechtlichen Auffassung des FG hierauf beruhen kann. Im Übrigen war nach Ansicht des FG die Beachtung der aus § 105 Abs. 4 Satz 3 FGO ("alsbald") abgeleiteten Fünf-Monats-Frist gerade nicht entscheidungserheblich. Denn das FG ist --zu Recht-- davon ausgegangen, dass ein Überschreiten dieser Frist zwar einen absoluten Revisionsgrund nach § 119 Nr. 6 FGO, aber keinen Nichtigkeitsgrund i.S. des § 134 FGO i.V.m. § 579 ZPO begründet (vgl. dazu unten I.4.c).

- 15** 3. Die sinngemäß vom Kläger erhobene Rüge, wonach das FG den Antrag auf Terminsverlegung zu Unrecht abgelehnt und damit sein Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG, § 96 Abs. 2 FGO) verletzt habe (S. 26 der Beschwerdebegründung), ist --bei erheblichen Zweifeln an deren ordnungsgemäßer Darlegung-- unbegründet.
- 16** a) Nach § 155 Satz 1 FGO i.V.m. § 227 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann aus erheblichen Gründen ein Termin aufgehoben oder verlegt werden. Durch die ungerechtfertigte Ablehnung eines derartigen Antrags wird das Recht auf rechtliches Gehör verletzt (z.B. BFH-Beschluss vom 28. September 2006 - V B 69/05, V B 76/05, BFH/NV 2007, 250, unter II.2., m.w.N.). Allerdings kann die persönliche Verhinderung eines vertretenen Klägers, dessen persönliches Erscheinen nicht angeordnet worden ist, nur dann ein erheblicher Grund für eine Terminsänderung sein, wenn in dem Terminsänderungsantrag selbst substantiiert Gründe vorgetragen werden, die eine persönliche Anwesenheit des Klägers neben seinem Prozessbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung erfordern (z.B. BFH-Beschluss vom 24. Juni 2014 - III B 12/13, Rz 28, m.w.N.).
- 17** b) Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hat zwar ausgeführt, dass er am 16. Oktober 2017 (richtig wohl: mit Schriftsatz vom 11. Oktober 2017) beantragt habe, den Termin wegen Krankheit des Klägers zu verlegen. Dies sei --so der Prozessbevollmächtigte-- zu Unrecht nicht geschehen, so dass der Kläger persönlich nicht in der Lage gewesen sei, neben ihm seine Rechte wahrzunehmen. Es wurde aber weder dargelegt, dass das FG das persönliche Erscheinen des Klägers angeordnet, noch dass er in dem Terminsänderungsantrag Gründe vorgetragen habe, die eine persönliche Anwesenheit des Klägers erforderten. Im Übrigen war das persönliche Erscheinen des Klägers zur mündlichen Verhandlung nicht angeordnet. Ebenso wenig hat der Prozessbevollmächtigte in dem Terminsverlegungsantrag vom 11. Oktober 2017 Gründe für eine erforderliche persönliche Anwesenheit des Klägers in der mündlichen Verhandlung vorgetragen.
- 18** 4. Der Kläger hat mit dem Vorbringen, das FG habe die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage rechtsfehlerhaft verneint (S. 29 ff. der Beschwerdebegründung), den hiermit gerügten Verfahrensmangel (zur rechtsfehlerhaften Beurteilung einer Sachentscheidungsvoraussetzung als Verfahrensmangel z.B. Gräber/Ratschow, Finanzgerichtsordnung, 9. Aufl., § 115 Rz 290, m.w.N. aus der BFH-Rechtsprechung) nicht schlüssig dargetan.
- 19** a) Soweit der Kläger ausführt, das FG habe mit dem Erfordernis der schlüssigen Darlegung eines Nichtigkeitsgrundes eine gesetzlich nicht vorgesehene Zulässigkeitsvoraussetzung geschaffen, kann der beschließende Senat ihm hierin nicht zustimmen.
- 20** Es ist zwar zutreffend, dass --wie vom Kläger vorgetragen-- die Bezeichnung des Nichtigkeitsgrundes nicht zum gesetzlich vorgeschriebenen Mindestinhalt der Klageschrift gehört (vgl. § 134 FGO i.V.m. § 587, § 588 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Daraus folgt aber nur, dass die Tatsachen, aus denen sich der Wiederaufnahmegrund ergeben soll, nicht schon innerhalb der Klagefrist vorgebracht werden müssen; sie können in einem späteren Schriftsatz bis zur mündlichen Verhandlung nachgereicht werden. Dennoch gehört die schlüssige Darlegung eines nach § 134 FGO i.V.m. §§ 579, 580 ZPO erheblichen Wiederaufnahmegrundes zur Zulässigkeit der Wiederaufnahmeklage (ständige Rechtsprechung, z.B. BFH-Beschluss vom 12. Oktober 1999 - II S 8/99, BFH/NV 2000, 457, unter II.; BFH-Urteil vom 12. Januar 2011 - I K 1/10, Rz 7; vgl. Gräber/Ratschow, a.a.O., § 134 Rz 4). Das FG hat daher die Anforderungen an die Zulässigkeit der Klage nicht dadurch überspannt, dass es hierfür die schlüssige Darlegung eines Nichtigkeitsgrundes gefordert hat.
- 21** b) Ebenso wenig ist das Vorbringen schlüssig, das FG hätte die Nichtigkeitsklage deshalb als zulässig behandeln müssen, weil der Kläger gleichzeitig mit dieser Klage eine zulässige Restitutionsklage erhoben habe. Im Gegenteil durfte das FG in dem angegriffenen Urteil nur noch über die Nichtigkeitsklage entscheiden, weil es das Restitutionsklageverfahren mit Beschluss vom 8. August 2017 nach § 73 Abs. 1 FGO von dem hier streitigen Nichtigkeitsklageverfahren getrennt und die Restitutionsklage unter dem neuen Az. 6 K 2040/17 fortgeführt hat.
- 22** Sollte der Kläger hiermit zugleich rügen, dass die Verfahrenstrennung selbst zu einem Verfahrensmangel i.S. des § 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO geführt habe, ist auch dieser Fehler nicht ordnungsgemäß bezeichnet. Der Kläger hat weder substantiiert vorgetragen, dass die Verfahrenstrennung willkürlich erfolgt, noch dass er dadurch prozessual in der Wahrnehmung seiner Rechte behindert worden sei (vgl. z.B. BFH-Beschluss vom 27. April 2012 - III B 241/11, Rz 6,

m.w.N.). Abgesehen davon hat das FG die Verfahren zu Recht getrennt. Denn § 134 FGO i.V.m. § 578 Abs. 2 ZPO schreibt bei gleichzeitiger Erhebung der Nichtigkeits- und Restitutionsklage zwingend vor, dass die Verhandlung und Entscheidung über die Restitutionsklage bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeitsklage --wie hier mit weiterem Beschluss vom 8. August 2017 geschehen-- auszusetzen ist (vgl. BFH-Beschluss vom 7. Mai 2003 - VII B 69/03, BFH/NV 2003, 1338). Die Trennung der Verfahren ist daher nicht zu beanstanden (vgl. Loose in Tipke/Kruse, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, § 134 FGO Rz 11).

- 23** c) Soweit der Kläger (sinngemäß) ausführt, die schlüssige Darlegung eines Nichtigkeitsgrundes i.S. des § 134 FGO i.V.m. § 579 ZPO ergebe sich aus dem von ihm bezeichneten Verstoß, wonach das FG bei Absetzung der Vorentscheidung 6 K 883/14 gegen die Fünf-Monats-Frist verstoßen habe, ist dieses Vorbringen unzutreffend. Ein Verstoß gegen die Fünf-Monats-Frist begründet zwar einen absoluten Revisionsgrund i.S. des § 119 Nr. 6 FGO (z.B. BFH-Beschluss vom 23. August 2002 - IV B 89/01, BFH/NV 2003, 177), aber keinen Nichtigkeitsgrund i.S. des § 579 ZPO. Denn die Aufzählung der Nichtigkeitsgründe in § 579 ZPO ist abschließend; sie decken sich mit den absoluten Revisionsgründen des § 119 Nrn. 1, 2 und 4 FGO (Loose in Tipke/Kruse, a.a.O., § 134 FGO Rz 4, 14; Bergkemper in Hübschmann/Hepp/Spitaler --HHSp--, § 134 FGO Rz 42). Der vom Kläger gerügte Verfahrensfehler i.S. des § 119 Nr. 6 FGO findet sich hingegen in § 579 ZPO nicht.
- 24** d) Soweit der Kläger meinen sollte, er habe einen Nichtigkeitsgrund durch seine Ausführungen, wonach RiFG F an dem die Vorentscheidung 6 K 883/14 betreffenden Tatbestandsberichtigungsverfahren zu Unrecht mitgewirkt habe, schlüssig dargetan, kann dem der beschließende Senat ebenfalls nicht zustimmen. So ist ein ggf. unter schwerwiegender Verletzung von Verfahrensvorschriften zustande gekommener Beschluss nach § 108 FGO (z.B. denkbar bei Verstoß gegen § 108 Abs. 2 Satz 3 FGO) kein Nichtigkeitsgrund für das diesen Beschluss betreffende Urteilsverfahren.
- 25** Lediglich der Vollständigkeit halber weist der beschließende Senat darauf hin, dass --entgegen der Auffassung des Klägers-- die Mitwirkung des RiFG F an dem genannten Tatbestandsberichtigungsverfahren nicht willkürlich gewesen ist. Im Gegenteil ist die vom FG vertretene Auffassung, wonach ein durch Senatswechsel ausgeschiedener Richter an einem Tatbestandsberichtigungsverfahren, welches eine zeitnah von ihm getroffenen Entscheidung betrifft, mitzuwirken habe, (gut) vertretbar (gleicher Ansicht Hessisches FG, Beschluss vom 28. Juli 1988 - X 446-448/82; Brandis in Tipke/Kruse, a.a.O., § 108 FGO Rz 7; Gräber/Ratschow, a.a.O., § 108 Rz 16). Abweichendes ergibt sich nicht aus der Entscheidung des beschließenden Senats vom 8. Mai 2003 - IV R 63/99 (BFHE 202, 216, BStBl II 2003, 809), weil jene --ausdrücklich-- einen Sonderfall betroffen hat.
- 26** e) Soweit der Kläger mit dem Vortrag "Obwohl der Richter F nicht mehr zuständig war, führte er im Urteil, dass er Monate später als unzuständiger Richter begründete aus, ..." (S. 39 der Beschwerdebegründung) rügen sollte, er habe im Nichtigkeitsklageverfahren hinreichend deutlich gemacht, dass das FG bei der Vorentscheidung 6 K 883/14 nicht ordnungsgemäß besetzt gewesen sei (§ 134 FGO i.V.m. § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), führt auch dies zu keinem Nichtigkeitsgrund. Denn die Auffassung des Klägers, wonach für die Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit der Besetzung des "erkennenden Gerichts" i.S. des § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf den Zeitpunkt der Zustellung des Urteils abzustellen sei, ist unzutreffend. "Erkennendes Gericht" i.S. dieser Vorschrift ist das Gericht, welches das angefochtene Urteil gefällt hat, d.h. das Gericht i.S. des § 103 FGO. Bei einem Urteil aufgrund mündlicher Verhandlung ist die Besetzung des Spruchkörpers in der letzten mündlichen Verhandlung maßgeblich (z.B. BFH-Beschluss vom 28. August 2006 - V B 26/06, BFH/NV 2006, 2293, unter II.1.a). Diese Richter haben das Urteil zu fällen. "Fällung" des Urteils ist die Beschlussfassung über die Urteilsformel nach Kollegialberatung (z.B. BFH-Urteil vom 24. August 2006 - V R 16/05, BFHE 215, 311, BStBl II 2007, 340, unter II.1.b, m.w.N.). Wer hieran als Berichtersteller beteiligt ist, hat die Urteilsgründe auch dann noch abzufassen, wenn er nach Fällung des Urteils aus dem Senat, nicht aber aus dem Gericht ausscheidet.
- 27** Abgesehen davon ist eine Nichtigkeitsklage nicht mehr für solche Gründe statthaft, die bereits erfolglos im Vorprozess mittels eines Rechtsmittels --so wie hier durch die Nichtzulassungsbeschwerde gegen die Vorentscheidung 6 K 883/14 (vgl. BFH-Beschluss vom 7. März 2016 - IV B 94/15, unter 2.e)-- geltend gemacht worden sind (vgl. z.B. BFH-Urteil vom 2. Dezember 1998 - X R 15-16/97, BFHE 188, 1, BStBl II 1999, 412, unter II.3.b; Bergkemper in HHSp, § 134 FGO Rz 48). Dass in der Vorentscheidung 6 K 883/14 noch die H-GmbH & Co. KG (KG) als Klägerin genannt ist, das angegriffene Urteil hingegen gegenüber dem Kläger als ehemaliger Gesellschafter und Gesamtrechtsnachfolger der KG ergangen ist, ändert hieran nichts. Bereits in dem Beschluss vom 7. März 2016 - IV B 94/15 ist der Kläger in seiner vorbezeichneten Eigenschaft als Verfahrensbeteiligter bezeichnet.
- 28** f) Soweit der Kläger der Auffassung sein sollte, er habe einen Nichtigkeitsgrund i.S. des § 134 FGO i.V.m. § 579 ZPO

mit seinen Ausführungen, wonach die Vorentscheidung 6 K 883/14 nicht ihm, sondern der nicht mehr existenten KG zugestellt worden sei, schlüssig vorgetragen, ist dieses Vorbringen allein nicht geeignet, den gerügten Mangel zu begründen. Denn es fehlt substantiierter Vortrag dazu, weshalb bei dieser Sachlage einer der in § 579 Abs. 1 ZPO genannten Nichtigkeitsgründe gegeben sein soll.

- 29** II. Der Zulassungsgrund der Divergenz (§ 115 Abs. 2 Nr. 2 Alternative 2 FGO) liegt, ungeachtet erheblicher Zweifel an dessen ordnungsgemäßer Darlegung (vgl. S. 49 ff. der Beschwerdebegründung), nicht vor.
- 30** Eine Divergenz setzt voraus, dass das FG in einer Rechtsfrage von einer Entscheidung eines anderen Gerichts abgewichen ist, dass dabei über dieselbe Rechtsfrage entschieden wurde und diese für beide Entscheidungen rechtserheblich (entscheidungserheblich) war. Zudem ist erforderlich, dass die Entscheidungen zu gleichen oder vergleichbaren Sachverhalten ergangen sind, dass die abweichend beantwortete Rechtsfrage im Revisionsverfahren geklärt werden kann und dass eine Entscheidung des BFH zur Wahrung der Rechtseinheit erforderlich ist (z.B. BFH-Beschluss vom 29. Dezember 2015 - IV B 68/14, Rz 19, m.w.N.).
- 31** 1. Das FG ist nicht in einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage von den Beschlüssen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) vom 18. August 1999 - 8 B 124/99 und vom 20. September 1993 - 6 B 18/93 abgewichen.
- 32** Der Kläger weist zwar zu Recht darauf hin, dass nach den zitierten BVerwG-Beschlüssen ein Urteil auch dann als nicht mit Gründen versehen gelte, wenn es im Falle der Ersetzung der Verkündung durch Zustellung nicht binnen fünf Monaten nach der mündlichen Verhandlung nach § 116 Abs. 2 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) vollständig abgefasst und zugestellt worden sei. Ebenso trifft es zu, dass das FG für die Frage der Einhaltung der Fünf-Monats-Frist nicht auf die Zustellung, sondern allein auf den Zeitpunkt der Übermittlung des Urteils an die Geschäftsstelle abgestellt hat. Die Rechtsfrage der Einhaltung der Fünf-Monats-Frist war aber nicht entscheidungserheblich, weil die Überschreitung dieser Frist nach --im Übrigen zutreffender (dazu oben I.4.c)-- Auffassung des FG (zur Maßgeblichkeit des Rechtsstandpunkts des FG vgl. Gräber/Ratschow, Finanzgerichtsordnung, 8. Aufl., § 115 Rz 59) keinen Nichtigkeitsgrund darstellt.
- 33** Abgesehen davon hat der 8. Senat des BVerwG die vorbezeichnete Rechtsauffassung zwischenzeitlich mit Beschluss vom 11. Juni 2001 - 8 B 17/01 (unter 1.b) aufgegeben. Danach kommt es nicht mehr auf den Zeitpunkt der Zustellung des Urteils an die Beteiligten, sondern --wie vom FG vertreten-- nur auf den Zeitpunkt der Übergabe des Urteils an die Geschäftsstelle an.
- 34** 2. Ebenso wenig ist das FG von dem Beschluss des Bundessozialgerichts vom 17. Februar 2009 - B 2 U 189/08 B abgewichen. Dieser Beschluss beschäftigt sich ebenfalls mit der Berechnung der Fünf-Monats-Frist und kann daher --wie vorstehend unter II.1. dargestellt-- für das FG nicht entscheidungserheblich gewesen sein.
- 35** 3. Es liegt auch keine Abweichung von dem Beschluss des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 27. Januar 2016 XII ZB 684/14 und dem BGH-Urteil vom 8. Juli 1986 - VI Z 99/85 vor. Der genannte BGH-Beschluss betrifft den Beginn der Berufungseinlegungs- und Begründungsfrist, mithin eine andere, sich im Streitfall nicht stellende Rechtsfrage. Das zitierte BGH-Urteil beschäftigt sich wieder mit der --nach zutreffender Auffassung des FG-- nicht entscheidungserheblichen Fünf-Monats-Frist.
- 36** III. Die Revision ist nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO) zuzulassen.
- 37** Die Grundsatzrevision setzt das Vorliegen einer klärungsbedürftigen und klärbaren Rechtsfrage voraus (z.B. BFH-Beschluss vom 24. Juli 2014 - III B 28/13, Rz 17, m.w.N.). Klärungsbedürftig sind solche Rechtsfragen, deren Beantwortung zweifelhaft ist oder zu denen unterschiedliche Auffassungen vertreten werden und die noch nicht oder nicht hinreichend höchstrichterlich geklärt sind. Klärbar ist eine Rechtsfrage nur dann, wenn sie für den Streitfall entscheidungserheblich ist (z.B. BFH-Beschluss vom 2. November 2016 - VIII B 7/16, Rz 5). Der Beschwerdeführer hat diese Voraussetzungen schlüssig darzulegen (vgl. dazu z.B. BFH-Beschluss vom 28. August 2012 - IV B 14/12, Rz 6, m.w.N.).
- 38** 1. Die von dem Kläger als grundsätzlich bedeutsam aufgeworfene Rechtsfrage, "ob die Entscheidung des gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes sich auch auf die vorliegende Bekanntgabeform eines Urteils im Finanzgerichtsprozess erstreckt, namentlich die Zustellung statt der Verkündung" (S. 58 der Beschwerdebegründung), ist weder klärungsbedürftig noch klärbar.
- 39** Es ist höchstrichterlich geklärt, dass die in dem Beschluss des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des

Bundes vom 27. April 1993 - GmS-OGB 1/92 (BVerwGE 92, 367) für die Verkündung aufgestellten Grundsätze entsprechend auch für den Fall der Zustellung statt Verkündung des Urteils (vgl. § 104 Abs. 2 FGO) mit der Maßgabe gelten, dass die Frist nicht mit der Verkündung, sondern mit der tatsächlichen Übergabe der unterschriebenen Urteilsformel, spätestens aber mit Ablauf des Tages beginnt, an dem die unterschriebene Urteilsformel der Geschäftsstelle gemäß § 104 Abs. 2 Halbsatz 2 FGO zu übergeben gewesen wäre (ständige Rechtsprechung, z.B. BFH-Beschluss vom 7. Juli 1999 - VIII R 81/98, BFH/NV 1999, 1626, unter II.2.b aa, m.w.N.; vgl. auch BVerwG-Beschluss vom 18. August 1999 - 8 B 124/99). Im Übrigen ist die Rechtsfrage mangels Entscheidungserheblichkeit nicht klärbar (vgl. dazu oben I.4.c).

- 40 2. Soweit der Kläger die Rechtsfragen formuliert, "ob § 134 FGO einen umfassenden Verweis auf die Zivilprozessordnung und die dortigen Bestimmungen über die Wiederaufnahme von Verfahren und die Anforderungen daran enthält" (S. 59 der Beschwerdebegründung) bzw. "ob durch § 134 FGO abschließend geregelt ist, dass für die Wiederaufnahmeverfahren uneingeschränkt die Vorschriften über die Zivilprozessordnung und dazu ergangene Rechtsprechung vorrangig gilt" (S. 60 der Beschwerdebegründung), legt er deren Klärungsbedarf nicht dar.
- 41 Er führt zwar präzisierend aus, das FG habe die Zulässigkeit der Klage mangels schlüssiger Darlegung eines Nichtigkeitsgrundes verneint, obwohl nach Anlegung von ZPO-Maßstäben an deren Zulässigkeit keine Zweifel bestanden hätten. Es fehlt aber Vortrag dazu, ob, in welchem Umfang und von welcher Seite mit welchen Gründen die Beantwortung der aufgeworfenen Rechtsfragen zweifelhaft und streitig ist.
- 42 IV. Schließlich ist die Revision nicht wegen eines gravierenden Rechtsanwendungsfehlers des FG nach § 115 Abs. 2 Nr. 2 Alternative 2 FGO zuzulassen.
- 43 Ausnahmsweise rechtfertigt diese Vorschrift die Zulassung der Revision wegen materieller Fehler, wenn ein offensichtlicher Rechtsanwendungsfehler i.S. einer willkürlichen oder zumindest greifbar gesetzwidrigen Entscheidung vorliegt (z.B. BFH-Beschluss vom 31. März 2010 - IV B 131/08, Rz 11, m.w.N.; zu den Darlegungsanforderungen z.B. BFH-Beschluss vom 16. August 2013 - III B 28/12, Rz 3). Der Kläger macht zwar insbesondere mit Blick auf die vom FG für die Zulässigkeit der Klage geforderte schlüssige Darlegung eines Nichtigkeitsgrundes (S. 30 ff. der Beschwerdebegründung; vgl. dazu auch oben unter I.4.) und an späterer Stelle unter acht Ziffern (S. 60 ff. der Beschwerdebegründung) gravierende Rechtsanwendungsfehler des FG geltend. Mit diesem Vortrag werden derartige Fehler aber weder schlüssig dargelegt noch liegen solche ersichtlich vor.
- 44 V. Mit dem Antrag, der beschließende Senat solle dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes (sinngemäß) die Rechtsfrage zur Entscheidung vorlegen, ob der Beschluss des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes in BVerwGE 92, 367 auch die Bekanntgabe eines Urteils durch Zustellung betreffe (S. 54 ff. der Beschwerdebegründung), legt der Kläger keinen Zulassungsgrund i.S. des § 115 Abs. 2 FGO dar. Dieses Vorbringen ist daher für das vorliegende Beschwerdeverfahren ohne Bedeutung.
- 45 Abgesehen davon ist für die beiden parallelen Verfahrensvorschriften in § 104 Abs. 2 FGO und § 116 Abs. 2 VwGO, die allgemein statt der Verkündung die Zustellung eines nach mündlicher Verhandlung ergangenen Urteils zulassen, höchstrichterlich geklärt, dass die in dem genannten Beschluss für die Verkündung des Urteils aufgestellten Grundsätze entsprechend für den Fall der Zustellung gelten (dazu bereits oben III.1.).
- 46 VI. Von der Darstellung des Sachverhalts und einer weiteren Begründung sieht der Senat nach § 116 Abs. 5 Satz 2 FGO ab.
- 47 VII. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de