

Beschluss vom 08. October 2012, I B 22/12

Ausschluss eines Richters; rechtliches Gehör; Vertretungsrüge nur durch nichtvertretenen Beteiligten; Anforderungen an das Beschwerdevorbringen; Statthaftigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde

BFH I. Senat

FGO § 6 Abs 3 S 1, FGO § 51 Abs 1, FGO § 91 Abs 2, FGO § 115 Abs 2 Nr 1, FGO § 115 Abs 2 Nr 2 Alt 1, FGO § 115 Abs 2 Nr 3, FGO § 116 Abs 3 S 3, FGO § 119 Nr 1, FGO § 119 Nr 2 Alt 1, FGO § 119 Nr 3, FGO § 119 Nr 4, FGO § 134, ZPO § 41 Nr 6, ZPO § 579 Nr 4, ZPO § 591

vorgehend Hessisches Finanzgericht , 09. January 2012, Az: 2 K 995/11

Leitsätze

1. NV: Ein Richter ist bei der Entscheidung über eine Nichtigkeitsklage nicht deshalb von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen, weil er an dem der Nichtigkeitsklage vorangegangenen Urteil mitgewirkt hat .
2. NV: Dem Anspruch eines Beteiligten auf rechtliches Gehör wird dadurch entsprochen, dass sich der von ihm bestellte Prozessbevollmächtigte in der mündlichen Verhandlung äußern kann; einer gesonderten Ladung des Beteiligten bedarf es grundsätzlich nicht .
3. NV: Ein Mangel der vorschriftsmäßigen Vertretung kann nur vom nichtvertretenen Beteiligten gerügt werden, nicht vom Prozessgegner. Denn das Erfordernis einer ordnungsgemäßen Vertretung dient allein dem Schutz des zu vertretenden Beteiligten .

Tatbestand

- 1 I. Die Beteiligten streiten darum, ob ein Urteil des Hessischen Finanzgerichts (FG) aufgrund einer Nichtigkeitsklage aufzuheben ist und in der Hauptsache neu verhandelt werden muss.
- 2 Der Kläger und Beschwerdeführer (Kläger) betrieb in den Streitjahren 1995 bis 1997 eine Unternehmensberatung. Aufgrund einer diese Jahre betreffenden Außenprüfung änderte der Beklagte und Beschwerdegegner (das Finanzamt --FA--) neben den Einkommensteuerbescheiden 1995 bis 1997 auch die Bescheide über die gesonderte Feststellung des Verlustabzugs zur Einkommensteuer zum 31. Dezember 1996 und 31. Dezember 1997.
- 3 Die nach erfolglos durchgeführtem Einspruchsverfahren erhobene Klage wies das FG durch den zum Einzelrichter bestellten Richter am Finanzgericht X mit Urteil vom 16. März 2011 2 K 1452/10 ab. Das Urteil ist rechtskräftig.
- 4 Der Kläger erhob gegen das Urteil Nichtigkeitsklage, die er auf § 579 Nr. 4 der Zivilprozessordnung (ZPO) stützte. Auch sie wies das FG durch den zum Einzelrichter bestellten X mit Urteil vom 10. Januar 2012 2 K 995/11 ab.
- 5 Mit seiner daraufhin erhobenen Nichtzulassungsbeschwerde beantragt der Kläger, die Revision gegen das Urteil des FG vom 10. Januar 2012 2 K 995/11 zuzulassen.
- 6 Das FA beantragt, die Nichtzulassungsbeschwerde zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

- 7 II. Die Beschwerde ist als unzulässig zu verwerfen. Gegen das die Wiederaufnahmeklage des Klägers abweisende Urteil des FG ist zwar gemäß § 134 der Finanzgerichtsordnung (FGO) i.V.m. § 591 ZPO das Rechtsmittel der Nichtzulassungsbeschwerde statthaft (Beschlüsse des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 8. Juli 1999 III B 22/99, BFH/NV 1999, 1628; vom 6. April 2001 IX B 1/01, juris). Der Kläger hat jedoch keinen der Zulassungsgründe des

§ 115 Abs. 2 FGO in einer den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Weise dargelegt (§ 116 Abs. 3 Satz 3 FGO).

- 8 1. Er hat nicht in der gebotenen Weise dargelegt, dass die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO).
- 9 So hat er weder erläutert, welche Auswirkungen es auf die Entscheidung der Rechtssache haben soll, dass der Senat die Frage des "vorsätzlichen Baupfusch[s]" an dem Atomkraftwerk Y, dessen fehlende atomrechtliche Betriebsgenehmigung und hieraus resultierende Fragen zur europarechtlichen Niederlassungsfreiheit klärt, noch ist aus seinem Vorbringen ersichtlich, welche Bedeutung die angebliche Rechtswidrigkeit des Solidaritätszuschlaggesetzes 1995 für die Entscheidung über eine Nichtigkeitsklage haben sollte, die durch das FG als unzulässig --weil unstatthaft-- abgewiesen worden ist.
- 10 2. Da die Rechtsfortbildungsrevision nach § 115 Abs. 2 Nr. 2 Alternative 1 FGO ein besonderer Fall der Grundsatzrevision ist (BFH-Beschlüsse vom 29. Mai 2012 IV B 70/11, BFH/NV 2012, 1412; vom 12. Juni 2012 X B 51/11, BFH/NV 2012, 1442), kommt eine Revisionszulassung aus den unter 1. dargelegten Gründen ebenfalls nicht in Betracht.
- 11 3. Der Kläger hat auch nicht in der gebotenen Weise einen Verfahrensmangel geltend gemacht, auf dem das Urteil des FG beruhen kann (vgl. § 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO).
- 12 a) Ein Urteil ist zwar stets als auf der Verletzung von Bundesrecht beruhend anzusehen, wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung kraft Gesetzes ausgeschlossen war (§ 119 Nr. 2 Alternative 1 FGO). Einen solchen Verfahrensfehler hat der Kläger jedoch nicht in ausreichender Weise dargelegt.
- 13 Ein Verfahrensmangel wird nur dann ordnungsgemäß dargelegt, wenn die zu seiner Begründung vorgetragenen Tatsachen --ihre Richtigkeit unterstellt-- einen Verfahrensmangel ergeben (BFH-Beschlüsse vom 1. Februar 2012 VI B 71/11, BFH/NV 2012, 767; vom 11. Juli 2012 X B 41/11, BFH/NV 2012, 1634). Dies ist hier nicht der Fall, weil die seitens des Klägers geschilderten Umstände nicht zu dem Schluss führen, dass bei der Entscheidung über die Nichtigkeitsklage ein kraft Gesetzes ausgeschlossener Richter mitgewirkt hat.
- 14 Gemäß § 51 Abs. 1 FGO i.V.m. § 41 Nr. 6 ZPO ist ein Richter in den Sachen von der Ausübung eines Richteramts ausgeschlossen, in denen er in einem früheren Rechtszug oder im schiedsrichterlichen Verfahren bei dem Erlass der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, sofern es sich nicht um die Tätigkeit eines ersuchten oder beauftragten Richters handelt. § 41 Nr. 6 ZPO erfasst nur den Fall der Mitwirkung an einer Entscheidung in einer unteren Instanz, nicht aber den Fall, dass der Richter in der gleichen Instanz an einer vorangegangenen Entscheidung mitgewirkt hat (Spindler in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 51 FGO Rz 31), beispielsweise an dem einer Nichtigkeitsklage vorausgegangenem Urteil (Urteil des Bundesgerichtshofs --BGH-- vom 5. Dezember 1980 V ZR 16/80, Neue Juristische Wochenschrift 1981, 1273; BGH-Beschluss vom 14. März 1994 AnwZ(B)27/93, BGHZ 125, 288; in diesem Sinne auch Baumbach/ Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 70. Aufl., § 41 Rz 20; Bendtsen in Saenger, Handkommentar-Zivilprozessordnung, 4. Aufl., § 41 Rz 18; Gräber/Stapperfend, Finanzgerichtsordnung, 7. Aufl., § 51 Rz 13; Hüßtege in Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 33. Aufl., § 41 Rz 8; Mannebeck in Prütting/Gehrlein, ZPO, Kommentar, 4. Aufl., § 41 Rz 32; MünchKommZPO/Gehrlein, 3. Aufl., § 41 Rz 24; Stein/Jonas/ Bork, ZPO, 22. Aufl., § 41 Rz 19; Wieczorek/Schütze/Niemann, 3. Aufl., § 41 ZPO Rz 14; Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., § 41 Rz 14; a.A. Jauernig, Zivilprozessrecht, 29. Aufl., 37; differenzierend Peters in Prütting/Rüßmann [Hrsg.], Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Gerhard Lüke, 1997, 603, 609 f.).
- 15 Von diesen Grundsätzen ausgehend hat der Kläger mit seinen Darlegungen den Ausschlussgrund gemäß § 51 Abs. 1 FGO i.V.m. § 41 Nr. 6 ZPO nicht hinreichend dargelegt, weil er lediglich eine Mitwirkung des X an dem der Nichtigkeitsklage vorangegangenen Urteil gerügt hat.
- 16 b) Der Kläger hat auch den Verfahrensmangel einer nicht vorschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts (vgl. § 119 Nr. 1 FGO) nicht dadurch in der gebotenen Weise dargelegt, dass er vorgetragen hat, die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache und die vorliegenden Prozessrechtsverstöße hätten zu besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher und rechtlicher Art geführt, die eine Rückübertragung auf den Senat gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 FGO erforderlich gemacht hätten.

- 17** Warum eine Rückübertragung wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache hätte erfolgen müssen, hat der Kläger schon deshalb unzureichend begründet, weil er keine klärungsfähige abstrakte Rechtsfrage formuliert hat, deren Klärung im allgemeinen Interesse liegt.
- 18** Ebenso hat der Kläger nicht erläutert, aus welchem Prozessrechtsverstoß sich ergeben soll, dass die Sache besondere Schwierigkeiten tatsächlicher und rechtlicher Art aufweist, die eine Rückübertragung erforderlich gemacht hätten. Insbesondere hat der Kläger nicht erklärt, warum überhaupt aus der Verletzung verfahrensrechtlicher Bestimmungen besondere tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten der Sache selbst folgen sollen.
- 19** c) Ferner hat der Kläger nicht in ausreichender Weise dargelegt, ihm sei das rechtliche Gehör verweigert worden, weil X mit der Verhandlung nicht abgewartet habe, nachdem sein Prozessbevollmächtigter ihn auf seine Verspätung hingewiesen habe (§ 119 Nr. 3 FGO).
- 20** aa) Die Garantie des rechtlichen Gehörs gebietet, dem an einem gerichtlichen Verfahren Beteiligten Gelegenheit zu geben, sich zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt vor Erlass der Entscheidung zu äußern und sich mit tatsächlichen und rechtlichen Argumenten im Prozess zu behaupten (BFH-Urteil vom 25. September 1990 IX R 207/87, BFH/NV 1991, 397, m.w.N.). Das FG genügt diesem Gebot in der Regel dadurch, dass es eine mündliche Verhandlung anberaumt, die Beteiligten ordnungsgemäß lädt, die mündliche Verhandlung eröffnet und den erschienenen Beteiligten Gelegenheit zur Äußerung gibt (BFH-Beschlüsse vom 13. März 1997 III B 185/96, BFH/NV 1997, 773; vom 13. Dezember 2000 VIII B 84/00, juris). Es muss nicht unbedingt der Beteiligte selbst geladen und diesem die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden. Ist ein Prozessbevollmächtigter bestellt, ist es ausreichend, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör von diesem wahrgenommen werden kann (Stöcker in Beermann/Gosch, FGO § 91 Rz 29); eine Ladung des Beteiligten selbst ist in diesen Fällen grundsätzlich entbehrlich (Schallmoser in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 91 FGO Rz 40).
- 21** bb) Hiervon ausgehend hat der Kläger nicht dargelegt, warum ihm das FG das rechtliche Gehör verweigert haben könnte. Er hat insbesondere nicht erläutert, warum es nicht ausreichend war, dass sein Prozessbevollmächtigter in der Verhandlung anwesend war und sich für ihn hätte äußern können.
- 22** d) Ebenso hat der Kläger auch durch die Rüge, das FA sei in der mündlichen Verhandlung nicht vertreten gewesen, keinen Verfahrensfehler in der gebotenen Weise geltend gemacht, auf dem das Urteil des FG beruhen kann.
- 23** aa) Zwar ist ein Urteil stets als auf der Verletzung von Bundesrecht beruhend anzusehen, wenn ein Beteiligter im Verfahren nicht nach den Vorschriften des Gesetzes vertreten war, außer wenn er der Prozessführung ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat (§ 119 Nr. 4 FGO). Dies setzt aber voraus, dass der Beteiligte in gesetzwidriger Weise im Verfahren nicht vertreten war; ein Verfahrensmangel kann deshalb nur gerügt werden, wenn das FG bei der Vorbereitung und Durchführung der mündlichen Verhandlung den Vorschriften des Gesetzes nicht genügt und dadurch dem Beteiligten die Teilnahme unmöglich macht (Gräber/Ruban, a.a.O., § 119 Rz 17, m.w.N.). Ist dies geschehen, kann nur der nicht ordnungsgemäß vertretene Beteiligte den Verfahrensfehler rügen. Durch die gesetzliche Forderung nach einer ordnungsgemäßen Vertretung wird lediglich der Schutz der zu vertretenden Partei, nicht aber des Gegners bezweckt (BFH-Beschluss vom 27. Oktober 1992 VII R 71/92, BFH/NV 1993, 314).
- 24** bb) Dass diese Voraussetzungen im Streitfall erfüllt sind, hat der Kläger nicht vorgetragen. Er rügt lediglich das Nichterscheinen eines Vertreters des beklagten FA. Ungeachtet der --mangels Beschwer-- fehlenden Rügemöglichkeit des Klägers führt allein das Ausbleiben des FA-Vertreters nicht zu der Annahme, dass das FG bei der Vorbereitung oder Durchführung der mündlichen Verhandlung den gesetzlichen Vorgaben nicht genügt hat. Das Fernbleiben eines Vertreters des FA von der mündlichen Verhandlung kann vielmehr auf dem freien Entschluss der Behörde beruhen (vgl. § 91 Abs. 2 FGO).
- 25** e) Dass das Urteil auf Verletzung von Belehrungspflichten, Vorschriften über die Öffentlichkeit der Verhandlung bzw. auf der Befangenheit des Richters X beruhen könnte, hat der Kläger schließlich bereits deshalb nicht in der gebotenen Weise dargelegt, weil er diese Rügen nicht durch weiteren Tatsachenvortrag untermauert hat. Es ist nicht Aufgabe des Beschwerdegerichts, aus den eingereichten Unterlagen das herauszusuchen, was möglicherweise --bei wohlwollender Auslegung-- zur Begründung der Beschwerde geeignet sein könnte; ebenso ist es nicht dessen Aufgabe, selbst anhand der Akten mögliche Zulassungsgründe zu ermitteln (BFH-Beschluss vom 26. Juni 2012 IV B 34/12, BFH/NV 2012, 1621, m.w.N.).

