

Beschluss vom 02. March 2017, XI B 81/16

Selbstentscheidung über ein Ablehnungsgesuch - Schlüssige Darlegung der Verletzung der Sachaufklärungspflicht

ECLI:DE:BFH:2017:B.020317.XIB81.16.0

BFH XI. Senat

FGO § 51 Abs 1 S 1, ZPO § 42, ZPO § 43, FGO § 115 Abs 2 Nr 3, FGO § 76 Abs 1 S 1

vorgehend Thüringer Finanzgericht , 28. June 2016, Az: 1 K 441/13

Leitsätze

1. NV: Eine Nichtzulassungsbeschwerde kann grundsätzlich nicht auf die rechtswidrige Ablehnung eines Befangenheitsgesuchs gestützt werden; anders ist dies lediglich dann, wenn ein Befangenheitsgesuch aus nicht nur fehlerhaften, sondern willkürlichen und/oder greifbar gesetzwidrigen Erwägungen heraus abgelehnt worden ist .
2. NV: Ist das Ablehnungsgesuch (wegen Rechtsmissbrauchs oder aus anderen Gründen) offensichtlich unzulässig, kann es in den Gründen der Hauptsacheentscheidung unter Mitwirkung des abgelehnten Richters zurückgewiesen werden .
3. NV: Ein "Einlassen" i.S. des § 43 ZPO liegt bereits vor, wenn sich der Kläger in einem Schriftsatz zu dem Ergebnis eines vom FG anberaumten Erörterungstermins äußert .

Tenor

Die Beschwerde des Klägers wegen Nichtzulassung der Revision gegen das Urteil des Thüringer Finanzgerichts vom 29. Juni 2016 1 K 441/13 wird als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat der Kläger zu tragen.

Tatbestand

- 1 I. Der Kläger und Beschwerdeführer (Kläger) betrieb im Streitjahr (2007) eine Rechtsanwaltskanzlei. Daneben war er als Liquidator unternehmerisch tätig. Die Umsatzsteuer berechnete er nach vereinnahmten Entgelten (§ 20 des Umsatzsteuergesetzes).
- 2 Im Rahmen seiner Tätigkeit als Liquidator vereinnahmte der Kläger sowohl eigene Vergütungen als auch Fremdgelder. Diese Gelder vermischte er nach den Feststellungen des Finanzgerichts (FG) auf seinem betrieblichen Konto. Soweit der Kläger davon ausging, dass es sich bei vereinnahmten Beträgen um Fremdgelder handele, verbuchte er sie auf dem Buchungskonto Nr. 1700.
- 3 Mit Schreiben vom 21. März 2010 "berichtigte" der Kläger "vorsorglich" die Umsätze seiner Rechtsanwaltskanzlei für die Jahre 2002 bis 2010.
- 4 Der Beklagte und Beschwerdegegner (das Finanzamt) ging nach Durchführung einer Außenprüfung davon aus, dass alleine die Verbuchung von vereinnahmten Beträgen als Fremdgelder nicht ausreiche, um nachzuweisen, dass es sich tatsächlich um Fremdgelder handele. Die Verbuchungen des Klägers seien nicht überprüfbar, zumal der Kläger sämtliche Beträge auf seinem betrieblichen Konto vereinnahmt habe, so dass es an der erforderlichen Trennung der eigenen Einnahmen von den Fremdgeldern fehle. Der Einspruch blieb erfolglos.
- 5 Im Laufe des Klageverfahrens lehnte der Kläger mit Schreiben vom 28. Juni 2016, das er dem Vorsitzenden des 1. Senats des FG A am 29. Juni 2016 um 10:30 Uhr übergab, den A, den Richter am FG B und den Richter am FG C wegen Besorgnis der Befangenheit ab.

- 6 Der 1. Senat des FG eröffnete am selben Tag um 12:06 Uhr unter Mitwirkung von A, B und C die mündliche Verhandlung, unterbrach diese um 12:10 Uhr, setzte sie um 12:12 Uhr fort und wies die Befangenheitsanträge (unter Mitwirkung von A, B und C) ab.
- 7 Daraufhin lehnte der Kläger erneut A, B und C sowie erstmals die ehrenamtlichen Richterinnen D und E wegen Besorgnis der Befangenheit ab. Er begründete den 2. Befangenheitsantrag damit, dass die Ablehnung des 1. Befangenheitsantrags rechtswidrig gewesen sei. Der Senat sei nicht befugt gewesen, über den 1. Befangenheitsantrag zu entscheiden. Daraufhin verließ er die mündliche Verhandlung.
- 8 Der 1. Senat des FG wies (unter Mitwirkung von A, B, C, D und E) --nach erneuter Unterbrechung und Fortsetzung der mündlichen Verhandlung-- in Abwesenheit des Klägers auch den 2. Befangenheitsantrag zurück und vernahm sodann einen Zeugen. Anschließend wies das FG (unter Mitwirkung von A, B, C, D und E) die Klage ab und ließ die Revision nicht zu. Im Urteil führte das FG unter A. der Entscheidungsgründe aus, beide Befangenheitsanträge seien unzulässig und außerdem rechtsmissbräuchlich, weil sie der Verschleppung dienten. Der 2. Befangenheitsantrag sei außerdem unzulässig, weil es sich um eine Pauschablehnung handele. Unter B. und C. der Entscheidungsgründe begründete das FG, weshalb der angefochtene Umsatzsteuerbescheid in Gestalt der Einspruchsentscheidung rechtmäßig sei.
- 9 Mit seiner Beschwerde wegen Nichtzulassung der Revision rügt der Kläger Verfahrensfehler.

Entscheidungsgründe

- 10 II. Die Beschwerde ist unbegründet. Die gerügten Verfahrensfehler liegen, soweit sie hinreichend dargelegt sind, nicht vor.
- 11 1. Die Ablehnung der Befangenheitsanträge durch das FG begründet keinen Verfahrensmangel. Entgegen dem Vortrag des Klägers konnte das FG unter Mitwirkung der jeweils abgelehnten Richter selbst in der Sache entscheiden, denn beide Befangenheitsanträge waren offensichtlich unzulässig.
- 12 a) Eine Nichtzulassungsbeschwerde kann grundsätzlich nicht auf die rechtswidrige Ablehnung eines Befangenheitsgesuchs gestützt werden. Anders ist dies lediglich dann, wenn ein Befangenheitsgesuch aus nicht nur fehlerhaften, sondern willkürlichen und greifbar gesetzwidrigen Erwägungen heraus abgelehnt worden ist (ständige Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs --BFH--, vgl. z.B. Beschlüsse vom 10. September 2015 X B 134/14, BFH/NV 2016, 54, Rz 40; vom 4. Mai 2016 V B 108/15, BFH/NV 2016, 1289, Rz 4; jeweils m.w.N.).
- 13 b) Nach § 51 Abs. 1 Satz 1 der Finanzgerichtsordnung (FGO) i.V.m. § 42 der Zivilprozessordnung (ZPO) findet die Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen.
- 14 c) Dafür kommt es darauf an, ob der betroffene Beteiligte von seinem Standpunkt aus bei vernünftiger objektiver Betrachtung Anlass hat, die Voreingenommenheit des abgelehnten Richters zu befürchten (vgl. BFH-Beschlüsse vom 1. April 2003 VII S 7/03, BFH/NV 2003, 1331, und vom 10. März 2015 V B 108/14, BFH/NV 2015, 849). Grundsätzlich ist über das Ablehnungsgesuch nach vorheriger dienstlicher Äußerung des abgelehnten Richters ohne dessen Mitwirkung (§ 51 Abs. 1 FGO i.V.m. § 44 Abs. 3 ZPO) zu entscheiden.
- 15 d) Ist in Ausnahmefällen das Ablehnungsgesuch wegen Rechtsmissbrauchs oder aus anderen Gründen offensichtlich unzulässig, so kann der Ablehnungsantrag in den Gründen der Hauptsacheentscheidung unter Mitwirkung des abgelehnten Richters zurückgewiesen werden (vgl. BFH-Beschlüsse vom 3. Juli 2014 V S 15/14, BFH/NV 2014, 1574; vom 29. Dezember 2015 IV B 68/14, BFH/NV 2016, 575, Rz 3; Beschluss des Bundesverfassungsgerichts --BVerfG-- vom 2. Mai 2006 1 BvR 698/06, BVerfGK 8, 59; vom 18. Dezember 2007 1 BvR 1273/07, BVerfGK 13, 72, Rz 19 ff.). Die Selbstentscheidung des abgelehnten Richters ist vor dem Hintergrund der Garantie des gesetzlichen Richters in Art. 101 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes nur dann und insoweit gerechtfertigt, wie die durch den gestellten Ablehnungsantrag erforderliche Entscheidung keine Beurteilung des eigenen Verhaltens des abgelehnten Richters und damit keine Entscheidung in eigener Sache voraussetzt. Über eine bloß formale Prüfung hinaus darf sich der abgelehnte Richter nicht durch Mitwirkung an einer näheren inhaltlichen Prüfung der Ablehnungsgründe zum Richter in eigener Sache machen (vgl. BVerfG-Beschlüsse vom 2. Juni 2005 2 BvR 625/01, 2 BvR 638/01, BVerfGK 5, 269, Rz 53 f.; vom 20. Juli 2007 1 BvR 2228/06, Neue Juristische Wochenschrift 2007, 3771).
- 16 e) Gemessen daran hat das FG die Befangenheitsanträge zu Recht unter Mitwirkung der Richter A, B und C

(1. Befangenheitsantrag) sowie A, B, C, D und E (2. Befangenheitsantrag) abgelehnt; denn sie waren offensichtlich unzulässig. Ob sie auch der Verschleppung dienten, bedarf vor diesem Hintergrund keiner Entscheidung.

- 17** aa) Der Kläger hat seinen 1. Befangenheitsantrag gegen A, B und C mit einer einheitlichen Begründung erhoben, ohne danach zu differenzieren, welchem Richter er welches Verhalten vorwirft. Dies legt es bereits nahe, dass eine rechtsmissbräuchliche Pauschablehnung (vgl. BFH-Beschlüsse vom 25. Oktober 2005 I B 47/04, BFH/NV 2006, 746; vom 1. August 2014 V S 16/14 (PKH), BFH/NV 2014, 1768) vorliegt. Darauf kommt es indes beim 1. Befangenheitsantrag nicht an.
- 18** bb) Soweit der Kläger seinen 1. Befangenheitsantrag (wohl gegen C) auf Vorgänge beim Erörterungstermin vom 25. Juni 2013 stützt, hat er sein Rügerecht dadurch verloren, dass er am 19. August 2013 einen Schriftsatz eingereicht hat (vgl. zum Rügeverlust allgemein BFH-Beschluss vom 18. März 2013 VII B 134/12, BFH/NV 2013, 1102, Rz 7 f.). Das FG hat darin einen Rechtsmissbrauch gesehen.
- 19** cc) Gleiches gilt für den Vortrag zu Vorgängen bei einem Erörterungstermin (in einem anderen Verfahren) vom 6. September 2012 (wohl zur Begründung des Antrags gegen B). Das FG hat auch darin einen Rechtsmissbrauch erblickt.
- 20** dd) Soweit der Kläger den Antrag (wohl gegen A, B und C) auf den Beschluss des 1. Senats des FG wegen Aussetzung der Vollziehung vom 4. Mai 2016 1 V 820/15 stützt, begründet --wie das FG zutreffend angenommen hat-- eine angeblich rechtsfehlerhafte Entscheidung in einem Parallelverfahren oder vorausgegangenen Verfahren grundsätzlich keine Besorgnis der Befangenheit (vgl. BFH-Beschlüsse in BFH/NV 2003, 1331; in BFH/NV 2016, 1289, Rz 9). Ein Ablehnungsgesuch kann daher grundsätzlich nicht darauf gestützt werden, dass von einem Richter im Streitfall selbst oder in einem vorangegangenen Verfahren in formeller oder materiell-rechtlicher Hinsicht unrichtige Entscheidungen getroffen worden seien (vgl. BFH-Beschlüsse vom 30. Januar 2008 V B 57/07, BFH/NV 2008, 611, unter II.1.b aa, Rz 12; vom 13. November 2008 XI B 20/08, BFH/NV 2009, 945, unter II.2.a, Rz 21; BVerfG-Beschluss in BVerfGK 5, 269, Rz 63). Das FG hat danach zu Recht eine offensichtliche Unzulässigkeit angenommen.
- 21** ee) Soweit der Kläger zur Begründung des 1. Befangenheitsantrags (wohl gegen C) darauf abstellt, C habe in Zusammenhang mit einem Terminsverlegungsantrag des Klägers unzulässigerweise mit dem Arbeitsgericht X telefoniert, betrifft dieser Vorgang nicht das vorliegende Verfahren. Im Verfahren 1 K 441/13 ist dies ausweislich der FG-Akte nicht geschehen. Überdies hätte der Kläger sein Rügerecht durch seinen Schriftsatz vom 23. Mai 2016 verloren (vgl. oben bb). Umstände, die nach den konkreten Umständen des Einzelfalls die Besorgnis der Befangenheit zu begründen vermögen, sind, wovon das FG zutreffend ausgegangen ist, nicht zu erkennen.
- 22** ff) Soweit der Kläger den 1. Befangenheitsantrag auf Vorgänge im Verfahren 1 K 800/13 gestützt hat, wird auf die obigen Ausführungen unter dd und ee Bezug genommen. Umstände, die nach den konkreten Umständen des Einzelfalls die Besorgnis der Befangenheit zu begründen vermögen, sind, wovon das FG zutreffend ausgegangen ist, nicht zu erkennen.
- 23** gg) Die Begründung des 2. Befangenheitsantrags des Klägers gegen A, B und C sowie erstmaligen Antrags gegen D und E beruht alleine auf dem Umstand, dass diese an der (rechtmäßigen) Ablehnung des 1. Befangenheitsantrags mitgewirkt haben. Insoweit liegt --wovon das FG ausgegangen ist-- sowohl eine offensichtlich unzulässige Pauschablehnung (s. die Ausführungen unter aa) als auch eine offensichtlich unzulässige Ablehnung, die auf eine abweichende Rechtsauffassung des FG gestützt ist (s. dazu die Ausführungen unter dd und ee), vor.
- 24** hh) Der erkennende Senat überschreitet mit diesen Ausführungen nicht die ihm bei der Überprüfung des Urteils des FG gesetzten Grenzen (vgl. dazu z.B. BVerfG-Beschluss in BVerfGK 5, 269, Rz 73). Der Senat vermag vielmehr nicht zu erkennen, dass das FG beide Befangenheitsgesuche aus willkürlichen bzw. greifbar gesetzwidrigen Erwägungen heraus abgelehnt hätte. Es hat die Grenzen der Selbstentscheidung über ein Befangenheitsgesuch erkannt und sich bei seinem Vorgehen auf Gründe gestützt, die eine Entscheidung in geschäftsplanmäßiger Besetzung erlauben. Weiter hat es (unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs) auf den Verlust des Rügerechts hingewiesen und im 2. Befangenheitsantrag eine Pauschablehnung gesehen. Dies ist weder willkürlich noch greifbar gesetzwidrig.
- 25** ii) Die abgelehnten Richter haben ihre --durch den Befangenheitsantrag stark eingeschränkte-- Prüfungskompetenz dabei nicht überschritten. Dass die abgelehnten Richter den gesamten Inhalt jedes Ablehnungsgesuchs vollständig zur Kenntnis nehmen müssen, liegt in der Natur der Sache; durch diesen ersten Bearbeitungsschritt, ohne den ein vereinfachtes Ablehnungsverfahren nicht denkbar wäre, wird die Schwelle zur "Begründetheitsprüfung" noch nicht überschritten (vgl. BFH-Beschluss vom 20. Juni 2016 X B 167/15, BFH/NV 2016, 1577, Rz 32). Anschließend haben

die abgelehnten Richter jeweils lediglich in der Rechtsprechung anerkannte Gründe für eine Ablehnung von Befangenheitsanträgen in geschäftsplanmäßiger Besetzung herangezogen. Damit haben sie sich nicht unzulässigerweise zum Richter in eigener Sache erhoben.

- 26** f) Die Begründung der Ablehnung der Befangenheitsanträge durfte in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils erfolgen (z.B. BFH-Beschluss vom 4. März 2014 VII B 131/13, BFH/NV 2014, 1055, Rz 8, m.w.N.). Auch dies ist weder willkürlich noch greifbar gesetzwidrig.
- 27** 2. Soweit der Kläger rügt, das FG habe seine Sachaufklärungspflicht verletzt, fehlt es an ausreichenden Darlegungen i.S. des § 116 Abs. 3 Satz 3 FGO.
- 28** a) Die schlüssige Darlegung der Verletzung der Sachaufklärungspflicht (§ 76 Abs. 1 Satz 1 FGO) durch das FG erfordert Angaben, welche Tatsachen das FG mit welchen Beweismitteln noch hätte aufklären sollen und weshalb sich dem FG eine Aufklärung unter Berücksichtigung seines --insoweit maßgeblichen-- Rechtsstandpunktes hätte aufdrängen müssen. Weiter ist darzulegen, welches Ergebnis die Beweiserhebung hätte erwarten lassen und inwiefern dieses zu einer für den Kläger günstigeren Entscheidung hätte führen können (vgl. BFH-Beschluss vom 25. Oktober 2016 VIII B 50/16, BFH/NV 2017, 57).
- 29** b) Diesen Anforderungen genügt das Vorbringen des Klägers nicht.
- 30** Er bringt zwar vor, das FG habe den Sachverhalt bezüglich der von ihm als Fremdgelder angesehenen Beträge anhand von Aktenkonten weiter aufklären müssen. Zur weiteren Darlegung bringt er aber im Kern vor, dass die Beträge Fremdgelder seien. Mit seinen Ausführungen wendet sich der Kläger gegen die sachliche Richtigkeit des Urteils in Bezug auf die dort getroffene tatsächliche Würdigung, die Herkunft der Gelder sei nicht hinreichend nachgewiesen. Die Sachverhalts- und Beweiswürdigung gehört revisionsrechtlich dem materiellen Recht an. Der Kläger macht daher einen materiellen Fehler geltend, der --so er denn vorläge-- grundsätzlich nicht die Zulassung der Revision rechtfertigen würde (vgl. z.B. BFH-Beschluss vom 25. Februar 2014 III B 155/12, BFH/NV 2014, 855, Rz 5).
- 31** c) Bei der Verletzung der Sachaufklärungspflicht handelt es sich außerdem um einen verzichtbaren Verfahrensmangel (§ 155 FGO i.V.m. § 295 ZPO), bei dem das Rügerecht nicht nur durch eine ausdrückliche oder konkludente Verzichtserklärung gegenüber dem FG verloren geht, sondern auch durch das bloße Unterlassen einer rechtzeitigen Rüge (BFH-Beschluss vom 6. Dezember 2011 XI B 44/11, BFH/NV 2012, 745, m.w.N.). Ein Verzichtswille ist dafür nicht erforderlich (vgl. z.B. BFH-Beschlüsse vom 27. Oktober 2011 VI B 79/11, BFH/NV 2012, 235, Rz 7; vom 18. Februar 2013 XI B 117/11, BFH/NV 2013, 981, Rz 17 f.). Dass der Kläger die Nichterhebung weiterer Beweise durch das FG gerügt hätte, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Dass der Kläger die mündliche Verhandlung verlassen hat, geht insoweit zu seinen Lasten. Im Übrigen ist nicht dargetan, weshalb er die Nichterhebung weiterer Beweise nicht vor Verlassen der mündlichen Verhandlung gerügt hat. Er konnte zu Beginn der Sitzung erkennen, welche Zeugen das FG zu vernehmen gedachte.
- 32** 3. Ein Verstoß gegen das Gebot, dem Urteil das Gesamtergebnis des Verfahrens zugrunde zu legen, liegt nicht vor.
- 33** a) Zwar kann die Nichtberücksichtigung von Umständen, die --ausgehend von der materiell-rechtlichen Auffassung des FG-- richtigerweise in die Beweiswürdigung hätten einfließen müssen, verfahrensfehlerhaft sein, wenn das FG Teile des Gesamtergebnisses des Verfahrens unberücksichtigt lässt (vgl. dazu BFH-Beschluss vom 24. Juni 2014 XI B 45/13, BFH/NV 2014, 1584, Rz 43 ff.). Ein Verstoß gegen § 96 Abs. 1 Satz 1 FGO liegt allerdings u.a. nicht bereits dann vor, wenn das FG den ihm vorliegenden Akteninhalt nicht entsprechend den klägerischen Vorstellungen würdigt (vgl. BFH-Beschluss vom 3. Februar 2016 XI B 53/15, BFH/NV 2016, 954, Rz 36, m.w.N.).
- 34** b) Bei seiner Rüge beachtet der Kläger nicht hinreichend, dass das FG den Vortrag des Klägers zur Kenntnis genommen und außerdem zur Frage der Fremdgelder weiteren Beweis erhoben hat. Im Rahmen der Beweiswürdigung hat das FG den ihm vorliegenden Akteninhalt und die von ihm erhobenen Beweise zwar nicht entsprechend den klägerischen Vorstellungen gewürdigt; insoweit könnte es sich allenfalls um einen materiell-rechtlichen Fehler handeln, nicht aber um einen Verfahrensverstoß (vgl. BFH-Beschlüsse vom 19. Januar 2006 VIII B 113/05, BFH/NV 2006, 803; vom 27. September 2007 XI B 194/06, BFH/NV 2008, 87; vom 16. Dezember 2013 III S 23/13 (PKH), BFH/NV 2014, 553).
- 35** 4. Es begründet auch keine Gehörsverletzung, wenn das FG das klägerische Vorbringen zur Kenntnis genommen hat, ihm aber im Ergebnis nicht gefolgt ist; der Kläger hat einen Anspruch darauf, "gehört" zu werden, nicht aber darauf,

dass das Gericht sein Begehren "erhört", sich also seinen rechtlichen Argumenten oder seiner Sachverhaltswürdigung anschließt (vgl. BFH-Beschluss in BFH/NV 2016, 1577, Rz 26, m.w.N.).

36 5. Der Senat sieht von einer weiteren Begründung ab (§ 116 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 FGO).

37 6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de