Beschluss vom 13. Januar 2010, I B 83/09

Mitwirkung von Richtern an der Gerichtsentscheidung, wenn mehrere mündliche Verhandlungen an verschiedenen Terminstagen stattfinden - Vertagung der mündlichen Verhandlung - Fehler bei Auslegung eines gerichtlichen Geschäftsverteilungsplans - Gesetzlicher Richter - Darlegung von Verfahrensmängeln und grundsätzlicher Bedeutung

BFH I. Senat

FGO § 51 Abs 1, FGO § 76 Abs 1, FGO § 96 Abs 1, FGO § 103, FGO § 115 Abs 2 Nr 1, FGO § 115 Abs 2 Nr 3, FGO § 116 Abs 3 S 3, FGO § 124 Abs 2, GG Art 101 Abs 1 S 2

vorgehend FG Münster, 09. Juni 2009, Az: 9 K 5026/05 K,U,F

Leitsätze

1. NV: Finden in einem Rechtsstreit mehrere mündliche Verhandlungen an verschiedenen Terminstagen statt, sind diejenigen Richter zur Entscheidung berufen, die an der letzten Verhandlung teilgenommen haben .

2. NV: Wird eine mündliche Verhandlung unter Bestimmung eines baldigen Fortsetzungstermins zunächst nur unterbrochen, nach Aufhebung des Fortsetzungstermins ein neuer Termin aber erst erheblich später anberaumt, handelt es sich bei diesem um eine "neue" mündliche Verhandlung (Vertagung) .

3. NV: Fehler bei der Auslegung eines gerichtlichen Geschäftsverteilungsplans führen nur dann zu einem Verstoß gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters, wenn die Besetzung des Gerichts auf sachfremden und willkürlichen Erwägungen beruht .

4. NV: Ein die Ablehnung von Gerichtspersonen zurückweisender Beschluss des FG kann nur dann zur Revisionszulassung wegen Verfahrensmangels führen, wenn die Zurückweisung willkürlich ist und deshalb die Vorenthaltung des gesetzlichen Richters zur Folge hat .

5. NV: Zur Schlüssigkeit der Rüge des Übergehens von Beweisanträgen muss der Beschwerdeführer im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde darlegen, dass die Tatsache, über die Beweis erhoben werden soll, auf der Grundlage des materiell-rechtlichen Standpunkts des FG für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich ist .

6. NV: Ist über eine Rechtsfrage höchstrichterlich bereits entschieden worden, muss der Beschwerdeführer zur Darlegung der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache darlegen, weshalb eine erneute Entscheidung erforderlich sein soll .

Tatbestand

1 I. Die Klägerin und Beschwerdeführerin (Klägerin), eine GmbH, wendet sich mit verschiedenen Einwendungen gegen mehrere Steuerbescheide, die der Beklagte und Beschwerdegegner (das Finanzamt --FA--) im Anschluss an eine die Jahre 1999 bis 2001 betreffende Außenprüfung erlassen hat. Das Finanzgericht (FG) Münster hat der Klage mit Urteil vom 10. Juni 2009 9 K 5026/05 K,U,F teilweise stattgegeben; im Übrigen hat es sie als unbegründet abgewiesen.

2 Die Klägerin beantragt mit ihrer Beschwerde die Zulassung der Revision gegen das FG-Urteil und begründet ihr Begehren mit einer Reihe von Verfahrensmängeln und mit der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache.

3 Das FA hat keinen Sachantrag gestellt.

Entscheidungsgründe

II. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist unbegründet und deshalb zurückzuweisen. Die geltend gemachten

II. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist unbegründet und deshalb zurückzuweisen. Die geltend gemachten

4 Zulassungsgründe liegen --soweit sie hinreichend dargetan worden sind-- nicht vor.

5 1. Die Verfahrensrügen der Klägerin führen nicht zur Zulassung der Revision gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 3 der Finanzgerichtsordnung (FGO).

6 a) Die Klägerin bemängelt, sie sei zu der "Sitzung" vom 10. Juni 2009, in der das angefochtene Urteil ausweislich des Urteilsrubrums vom FG gefasst worden sei, nicht geladen worden. Dadurch seien ihr Anspruch auf rechtliches Gehör (§ 96 Abs. 2 FGO, Art. 103 Abs. 1 des Grundgesetzes --GG--) und der Grundsatz der Öffentlichkeit der mündlichen Verhandlung (§ 169 des Gerichtsverfassungsgesetzes --GVG--) verletzt worden.

7 Die Rüge geht fehl, weil es sich bei der "Sitzung" vom 10. Juni 2009 nicht um die Fortsetzung der im Termin vom 8. Juni 2009 geschlossenen mündlichen Verhandlung gehandelt hat. Vielmehr ist ausweislich der Verfahrensakten am 10. Juni 2009 der zur Entscheidung des Rechtsstreits berufene Senat des FG nochmals zur Beratung zusammengekommen, weil sich im Anschluss an die Beratung vom 8. Juni 2009 weiterer Beratungsbedarf ergeben hatte (Vermerke der Senatsvorsitzenden vom 9. und 10. Juni 2009). Bei den Beratungen des Gerichts dürfen die Verfahrensbeteiligten nicht anwesend sein (§ 193 Abs. 1 GVG).

8 b) Ein Verfahrensmangel liegt nach Auffassung der Klägerin darin, dass das FG in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils auf Vorgänge aus der mündlichen Verhandlung vom 22. Februar 2008 vor dem FG Bezug nimmt, obwohl nicht alle der an dem angefochtenen Urteil mitwirkenden Richter zur damaligen Senatsbesetzung gehört und an der Verhandlung teilgenommen haben.

9 Auch damit kann die Klägerin nicht durchdringen. Zwar kann nach § 103 FGO das Urteil nur von den Richtern und ehrenamtlichen Richtern gefällt werden, die an der dem Urteil zugrunde liegenden Verhandlung teilgenommen haben. Finden jedoch in einem Rechtsstreit --wie im Streitfall-- mehrere mündliche Verhandlungen an verschiedenen Terminstagen statt, sind nach § 103 FGO diejenigen Richter zur Entscheidung berufen, die an der letzten Verhandlung teilgenommen haben (vgl. Beschlüsse des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 11. November 2004 II B 172/03, BFH/NV 2005, 509; vom 28. Juni 2008 IX B 13/08, BFH/NV 2008, 2029; Brandis in Tipke/Kruse, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, § 103 FGO Rz 1; Brandt in Beermann/ Gosch, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, § 103 FGO Rz 8 f.). Zwar gilt es als eine (einheitliche) mündliche Verhandlung, wenn diese nicht vertagt, sondern lediglich unterbrochen worden ist (vgl. Brandis in Tipke/Kruse, a.a.O., § 103 FGO Rz 3, m.w.N.); ein solcher Fall lag hier aber nicht vor (s. unten II.1.c dd).

10 Problematisch können wegen des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (§ 81 FGO) die Fälle sein, in denen an einem früheren Terminstag eine Beweisaufnahme durch Zeugenvernehmung stattgefunden hat, an der ein später --z.B. aufgrund Richterwechsels-- zur Entscheidung berufener Richter nicht teilgenommen hat (vgl. dazu z.B. BFH-Beschluss in BFH/NV 2008, 2029; Brandis in Tipke/Kruse, a.a.O., § 103 FGO Rz 3 f.; Brandt in Beermann/Gosch, a.a.O., § 103 FGO Rz 10). Um einen solchen Fall geht es hier indes nicht. Die Vorgänge, auf die das FG-Urteil in Zusammenhang mit der mündlichen Verhandlung vom 22. Februar 2008 Bezug nimmt --die Anbringung von Ablehnungsanträgen durch den Vertreter der Klägerin und deren verfahrensrechtlichen Konsequenzen-- stehen nicht in Zusammenhang mit einer Zeugenvernehmung.

11 Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang auch bemängelt, im Urteilstatbestand fänden sich keine Feststellungen zu den Vorgängen im Termin vom 22. Februar 2008, liegt hierin kein Verfahrensfehler. Tatsächliche Feststellungen des FG sind auch dann als solche zu beurteilen, wenn sie zwar nicht im formalen Urteilstatbestand enthalten sind, sich aber --wie hier-- aus den Entscheidungsgründen ergeben (vgl. z.B. Senatsurteil vom 31. März 2004 I R 83/03, BFHE 206, 58).

12 c) Die des Weiteren geltend gemachten Verstöße gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) liegen ebenfalls nicht vor.

13 aa) Soweit die Klägerin den richterlichen Geschäftsverteilungsplan des FG Münster für das Jahr 2008 als nicht gesetzeskonform rügt, ist schon nicht ersichtlich, inwiefern dies hier relevant sein könnte. Denn wie unter II.1.b ausgeführt, kommt es für die Frage, welche Richter nach § 103 FGO zur Entscheidung über einen Rechtsstreit berufen sind, auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an. Diese hat im Streitfall nicht im Jahr 2008, sondern am 8. Juni 2009 stattgefunden.

14 bb) Die Einwendungen gegen den senatsinternen Geschäftsverteilungsplan des 9. Senats des FG Münster für das Jahr 2009 sind ohne Substanz. So bedarf es für den Rechtscharakter des von allen Berufsrichtern des 9. Senats des

FG unter dem 16. Dezember 2008 unterzeichneten Geschäftsverteilungsplans als Beschluss i.S. des § 21g GVG keineswegs der ausdrücklichen Überschrift "Beschluss". Der Umstand, dass das unterzeichnete Dokument drucktechnisch teilweise identisch mit dem im Internet vom FG Münster veröffentlichten Plan ist, in welchem der gerichtliche Geschäftsverteilungsplan in Kombination mit den senatsinternen Geschäftsverteilungsplänen der einzelnen Senate dargestellt wird, lässt keinerlei plausible Rückschlüsse auf die Unwirksamkeit oder ein nicht ordnungsgemäßes Zustandekommen des senatsinternen Geschäftsverteilungsplans zu. Der Mutmaßung der Klägerin, der senatsinterne Geschäftsverteilungsplan sei erst nachträglich angefertigt worden, fehlt es an jeglicher objektiven Grundlage.

15 cc) Die Mitwirkung des Berichterstatters Richter am Finanzgericht X an der angefochtenen Entscheidung ist nicht zu beanstanden. Das u.a. gegen diesen gerichtete Ablehnungsgesuch der Klägerin vom 18. Februar 2008 ist mit Beschluss des 9. Senats des FG vom 22. Februar 2008 zurückgewiesen worden. Mit den erneut vorgebrachten Zweifeln der Klägerin daran, dass der am Zurückweisungsbeschluss vom 22. Februar 2008 mitwirkende Richter am Finanzgericht Y aufgrund Geschäftsverteilungsplans vertretungsweise zur Mitwirkung an der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch berufen war, haben sich bereits das FG in dem genannten Beschluss und der Präsident des FG Münster in seinem Schreiben an die Klägerin vom 26. März 2008 eingehend befasst, ohne dass die Klägerin dem Wesentliches entgegengesetzt hat. Im Übrigen würden bloße Fehler bei der Auslegung des Geschäftsverteilungsplans nicht zum Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG führen; erforderlich wäre dafür vielmehr, dass die Besetzung des Gerichts auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruht (vgl. BFH-Beschluss vom 12. September 2005 VII B 1/05, BFH/NV 2006, 146; Seer in Tipke/Kruse, a.a.O., § 119 FGO Rz 27, m.w.N.). Dafür ist hier nichts ersichtlich.

16 dd) Unbegründet sind die die Mitwirkung der ehrenamtlichen Richterinnen A und B an dem angefochtenen Urteil betreffenden Einwendungen der Klägerin.

17 Die Klägerin beruft sich zum einen auf eine Bestimmung aus dem gerichtlichen Geschäftsverteilungsplan des FG Münster für das Jahr 2008, wonach in den Fällen der Unterbrechung einer mündlichen Verhandlung zum Fortsetzungstermin wieder die am ersten Terminstag anwesenden ehrenamtlichen Richter hinzuzuziehen sind. Die Regelung ist jedoch im Hinblick auf den Wechsel in der Besetzung der ehrenamtlichen Richter zwischen dem Termin vom 22. Februar 2008 und den Terminen ab dem 3. Februar 2009 nicht einschlägig, weil die mündliche Verhandlung insoweit nicht lediglich "unterbrochen" war. Zwar hatte der damalige Vorsitzende des 9. Senats des FG Münster ausweislich der Sitzungsniederschrift vom 22. Februar 2008 die Sitzung zunächst unterbrochen und Fortsetzungstermin auf den 3. März 2008 bestimmt. Diesen Fortsetzungstermin hat er indes mit Verfügung von 25. Februar 2008 wieder aufgehoben. Erst nachdem die Akten nach der Entscheidung des beschließenden Senats über zwei Beschwerden der Klägerin wieder zum FG zurückgelangt waren, hat dieses im Dezember 2008 Termin zur mündlichen Verhandlung auf den 3. Februar 2009 bestimmt. Von einer bloßen Unterbrechung der mündlichen Verhandlung kann bei einem solchen Verfahrensgang nicht die Rede sein (vgl. auch Senatsurteil vom 11. Dezember 1968 I R 138/67, BFHE 95, 24, BStBl II 1969, 297). Vielmehr hat am 3. Februar 2009 eine neue mündliche Verhandlung begonnen.

18 Zum anderen bemängelt die Klägerin, dass der Geschäftsverteilungsplan des FG Münster an keiner Stelle definiere, nach welchen Kriterien "turnusgemäß" die ehrenamtlichen Richter ausgewählt würden. Das kann indes schon deshalb nicht nachvollzogen werden, weil die Klägerin den Inhalt des Geschäftsverteilungsplans des FG Münster für das Jahr 2009 nicht mitgeteilt hat. Im Übrigen bestimmt § 27 Abs. 1 FGO, dass das Präsidium des FG vor Beginn des Geschäftsjahrs durch Aufstellung einer Liste die Reihenfolge, in der die ehrenamtlichen Richter heranzuziehen sind, bestimmt; für jeden Senat ist eine Liste aufzustellen, die mindestens zwölf Namen enthalten muss. Aus dem Vorbringen der Klägerin ergibt sich kein Anhalt dafür, dass das Präsidium des FG Münster für das Jahr 2009 nicht entsprechend verfahren ist.

19 ee) Nicht zur Revisionszulassung führt des Weiteren die Rüge, das FG habe über die Vielzahl der von ihr ab Februar 2009 angebrachten Ablehnungsgesuche gegen die Senatsvorsitzende und den Berichterstatter gesetzwidrig unter Mitwirkung der abgelehnten Richter erst im verfahrensabschließenden Urteil entschieden.

20 Beschlüsse über die Ablehnung von Gerichtspersonen --d.h. auch die Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs-- können gemäß § 128 Abs. 2 FGO nicht mit der Beschwerde angefochten werden. Sie unterliegen deshalb gemäß § 124 Abs. 2 FGO nicht der Prüfung im Revisionsverfahren; anderes gilt nur dann, wenn die unberechtigte Ablehnung eines Befangenheitsantrages die Vorenthaltung des gesetzlichen Richters zur Folge hat, was nur bei einer greifbar gesetzwidrigen, d.h. willkürlichen Zurückweisung eines Befangenheitsantrages der Fall ist (Senatsbeschluss vom 22.

Oktober 2008 I B 169, 170/08, juris; BFH-Beschluss vom 27. Oktober 2004 VII S 11/04 (PKH), BFHE 208, 26, BStBl II 2005, 139; Gräber/Ruban, Finanzgerichtsordnung, 6. Aufl., § 119 Rz 6, m.w.N.).

21 Im Streitfall ist für ein willkürliches Handeln nichts ersichtlich. Das gilt auch in Bezug auf den Umstand, dass das FG unter Mitwirkung der abgelehnten Richter und ohne gesonderten Beschluss erst im angefochtenen Urteil über die Ablehnung entschieden hat. Denn nach ständiger Rechtsprechung ist bei missbräuchlichen und offensichtlich unzulässigen Ablehnungsgesuchen in dieser Weise zu verfahren (z.B. Beschluss des Bundesverfassungsgerichts --BVerfG-- vom 20. Juli 2007 1 BvR 2228/06, Neue Juristische Wochenschrift --NJW-- 2007, 3771; BFH-Beschluss vom 21. November 2002 VII B 58/02, BFH/NV 2003, 485).

22 Zutreffend hat das FG angenommen, dass ein Missbrauch u.a. dann vorliegt, wenn das Ablehnungsgesuch offenbar grundlos ist und nur der Verschleppung dient bzw. als taktisches Mittel für verfahrensfremde Zwecke genutzt wird (BVerfG-Beschluss in NJW 2007, 3771). Soweit das FG diese Voraussetzungen in Bezug auf die Ablehnungsgesuche der Klägerin bejaht hat, ist das in Anbetracht der festgestellten und aus den Akten ersichtlichen Verfahrensabläufe gut vertretbar und jedenfalls nicht sachfremd oder willkürlich.

23 d) Verstöße des FG gegen die Sachaufklärungspflicht (§ 76 Abs. 1 FGO) und den Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs (§ 96 Abs. 2 FGO, Art. 103 Abs. 1 GG) wegen Übergehens von Beweisanträgen hat die Klägerin nicht den Anforderungen des § 116 Abs. 3 Satz 3 FGO entsprechend dargetan.

24 aa) Zur Schlüssigkeit der Verfahrensrüge gehört u.a. die Erläuterung, dass das angefochtene Urteil auf dem gerügten Mangel beruht. In Bezug auf die Rüge des Übergehens von Beweisanträgen muss der Beschwerdeführer deshalb darlegen, dass die Tatsache, über die Beweis erhoben werden soll, auf der Grundlage des materiell-rechtlichen Standpunkts des FG (vgl. BFH- Urteil vom 16. Juli 2002 IX R 28/98, BFHE 198, 403, BStBl II 2002, 714; Gräber/Ruban, a.a.O., § 115 Rz 79, m.w.N.) für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich ist.

25 bb) Daran fehlt es in der Beschwerdebegründung:

26 - Soweit die Klägerin vielfach auf Anträge Bezug nimmt, bestimmte Dokumente (z.B. Briefe, Verträge, Rechnungen) sollten vom FG "als Urkunde verlesen" werden, ist nicht ersichtlich, welcher erhöhte Beweiswert den Urkunden dadurch hätte zukommen sollen. Das FG war unabhängig vom Verlesen einzelner Urkunden gehalten, seine Entscheidung auf der Grundlage des gesamten Inhalts der Akten zu treffen (§ 96 Abs. 1 Satz 1 FGO). Dass es auf der Grundlage seiner materiellen Rechtsauffassung erhebliche Urkunden im Rahmen seiner Beweiswürdigung außer Acht gelassen hat, bringt die Klägerin nicht vor.

27 - Mit den Beweisanträgen im Zusammenhang mit dem Betriebsprüfungsbericht des FA für Groß- und Konzernbetriebsprüfung H (FA H) vom 19. Oktober 2004 hat die Klägerin nach eigenem Bekunden nachweisen wollen, dass der vom FA der Besteuerung zugrunde gelegte Betriebsprüfungsbericht "nach der Vorgabe des (FA H) nicht hätte ausgewertet und nicht zur Grundlage der angefochtenen Steuerfestsetzungen hätte gemacht werden dürfen". Dadurch würde den angefochtenen Steuerfestsetzungen nach Dafürhalten der Klägerin die Grundlage entzogen. Inwiefern jedoch die behauptete fehlende Autorisation der Verwertung des Betriebsprüfungsberichts durch das FA H auf der Grundlage der materiell-rechtlichen Auffassung des FG zu einer abweichenden Entscheidung hätte führen können, kann anhand des Vorbringens der Klägerin nicht nachvollzogen werden. Das gilt insbesondere deshalb, weil das FG den Betriebsprüfungsbericht nicht unkritisch übernommen, sondern im Einzelnen verifiziert hat und in einigen Punkten (Bewertung der unfertigen Erzeugnisse, aktive Rechnungsabgrenzungsposten, Versagung des Betriebsausgabenabzugs für Kleingeschenke) zugunsten der Klägerin von ihm abgewichen ist.

28 - Im Hinblick auf die vom FG angenommene verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) zugunsten des Gesellschafters C durch die Zahlungen der Klägerin auf die beiden Rechnungen der Z, Inhaberin D, rügt die Klägerin, dass das FG ihrem Antrag nicht nachgekommen sei, die von ihr benannten Zeugen dazu zu hören, dass die Rechnungen im Jahr 2001 bezahlt worden seien. Von Zahlungen der Klägerin auf die Rechnungen im Jahr 2001 ist indessen auch das FG ausgegangen; aus seiner Sicht bestand daher kein Anlass, die Zeugen zu hören. Soweit die Klägerin ihre Beweisanträge nunmehr offenbar dahin versteht, dass auch unter Beweis gestellt werden sollte, die Zahlungen seien an die Fa. Z geleistet worden, geht solches aus den betreffenden Ausführungen im Schriftsatz der Klägerin vom 29. Mai 2009 nicht hervor. Im Übrigen legt die Klägerin nicht dar, aus welchen Gründen bei einer Zahlung an die Fa. Z die Annahme des FG, die Zahlungen seien jedenfalls im Ergebnis C zugeflossen, widerlegt sein sollte.

29 - Die Ablehnung der erneuten Vernehmung der Zeugin D hat das FG damit begründet, dass die Zeugin sich vor dem FG bereits auf ihr Aussageverweigerungsrecht berufen hatte und sich daran nach Rückfrage bei deren Rechtsanwalt

nichts ändern würde. Das von der Klägerin benannte Beweisthema, der Zeugin seien die bei der strafrechtlichen Beschuldigtenvernehmung gemachten Aussagen vom vernehmenden Beamten "unter Erzeugung von Angst in den Mund gelegt" worden, hat das FG zutreffend als vom Aussageverweigerungsrecht nach § 84 Abs. 1 FGO i.V.m. § 103 der Abgabenordnung umfasst angesehen, weil die Zeugin sich dadurch indirekt zum Wahrheitsgehalt ihrer früheren Aussagen hätte äußern müssen.

30 - Bezüglich der vom FG als vGA beurteilten Übertragung von Rückdeckungsansprüchen für die Pensionszusage an den vormaligen Gesellschafter E ist die Vorinstanz anhand der Regelungen in den Versicherungsverträgen davon ausgegangen, dass die Bezugsrechte bis zur Übertragung der Klägerin und nicht E zugestanden haben. Inwiefern die Auslegung der vertraglichen Regelungen durch die von der Klägerin beantragte Vernehmung von Mitarbeiterinnen der Versicherungen hätte beeinflusst werden können, ist nicht zu ersehen. Dass über die vom FG beurteilten Versicherungsverträge hinaus zusätzliche Vereinbarungen mit den Versicherungen getroffen worden sind, hat die Klägerin nicht vorgetragen und unter Beweis gestellt.

31 - In Bezug auf die vom FG angenommene vGA durch die Zahlungen an die A-GmbH bezieht sich die Klägerin auf ihren Beweisantrag, "den Registerbeamten des Schweizer Handelsregisters" zu ihrer Behauptung zu vernehmen, die A-GmbH sei im Schweizer Handelsregister eingetragen gewesen. Sie trägt jedoch nichts dazu vor, inwiefern die Frage der Eintragung der A-GmbH im Schweizer Handelsregister überhaupt in Streit stand und inwiefern die Eintragung etwas daran ändern könnte, dass die A-GmbH nach den Feststellungen des FG im Jahr 2001 über keinen aktiven Geschäftsbetrieb verfügt hat.

32 - Soweit sich die Klägerin zu diesem Komplex des Weiteren auf ihre Beweisanträge zu der vom FG herangezogenen E-Mail des C vom 11. Dezember 2000 bezieht, sind die unter Beweis gestellten Umstände vom FG nicht in Abrede gestellt worden. Das FG geht in seinen Entscheidungsgründen ausdrücklich davon aus, dass die E-Mail nur als Papierausdruck und nicht als Datei vorhanden ist und es zieht auch nicht in Zweifel, dass theoretisch die Möglichkeit besteht, dass ein Unbekannter Dritter C als Absender der E-Mail nur vorgeschoben hat. Zur Beweiserhebung bestand somit kein erkennbarer Anlass.

33 - Dass das FG ohne Vernehmung des zum Termin vom 8. Juni 2009 geladenen, aber nicht erschienenen Zeugen F entschieden hat, hat seine Ursache --anders als die Klägerin es darstellt-- nicht darin, dass das FG seine Auffassung zur Entscheidungserheblichkeit der unter Beweis gestellten Tatsachen plötzlich und ohne Erörterung mit den Beteiligten geändert hätte. Vielmehr hat das FG das Unterlassen der nochmaligen Ladung des Zeugen ausschließlich mit der Präklusionsbestimmung des § 79 Abs. 3 FGO begründet, weil die Klägerin den Zeugen bzw. dessen ladungsfähige Anschrift unentschuldigt erst nach Ablauf der mit gerichtlicher Verfügung vom 5. September 2007 nach § 79 Abs. 1 FGO gesetzten Frist benannt habe und eine Zulassung des Beweismittels die Erledigung des Rechtsstreits verzögert hätte. Der diesbezügliche Einwand der Klägerin, das dem Zeugen mit der Ladung vom 3. Juni 2009 übermittelte Beweisthema weiche von der gerichtlichen Auflagenverfügung vom 5. September 2007 ab, trifft nicht zu. Im Kern geht es jeweils um die Frage, ob die A-GmbH die der Klägerin in Rechnung gestellten Leistungen tatsächlich erbracht hat. Dass in dem dem Zeugen übersandten Beweisthema einleitend allgemein von den "Geschäftsbeziehungen" zwischen der Klägerin und der A-GmbH die Rede ist, steht mit der Frage der tatsächlichen Leistungserbringung in Zusammenhang und ist kein davon zu unterscheidendes, eigenständiges Beweisthema.

34 2. Die Revision ist nicht gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zuzulassen. Die Klägerin hat das Vorliegen der Voraussetzungen dieses Zulassungsgrundes entgegen § 116 Abs. 3 Satz 3 FGO nicht hinreichend dargetan. Das Darlegungserfordernis verlangt substantiierte Ausführungen zur Klärungsbedürftigkeit einer zweifelhaften Rechtsfrage, die im konkreten Streitfall voraussichtlich auch klärungsfähig ist. Hierzu muss sich der Beschwerdeführer insbesondere mit der Rechtsprechung des BFH, den Äußerungen im Schrifttum sowie mit ggf. veröffentlichten Verwaltungsmeinungen auseinandersetzen. Ist über die Rechtsfrage bereits entschieden worden, so ist zusätzlich darzulegen, weshalb eine erneute Entscheidung für erforderlich gehalten wird. Eine weitere bzw. erneute Klärung der Rechtsfrage kann z.B. geboten sein, wenn gegen die bisherige Rechtsprechung gewichtige Einwendungen erhoben worden sind, mit denen sich der BFH bislang noch nicht auseinandergesetzt hat (Senatsbeschluss vom 6. November 2007 I B 88/07, BFH/NV 2008, 577; Gräber/Ruban, a.a.O., § 116 Rz 32 f., jeweils m.w.N.). Dem werden die Ausführungen in der Beschwerdebegründung nicht gerecht.

35 a) Hinsichtlich der von der Klägerin in Zusammenhang mit der vermeintlichen mündlichen Verhandlung vom 10. Juni 2009 aufgeworfenen Rechtsfragen wird auf die Ausführungen zu II.1.a Bezug genommen.

36 b) Die Frage, ob ein Urteil auf Erkenntnisse gestützt werden kann, die aus einer mündlichen Verhandlung stammen, an der nicht alle erkennenden Richter mitgewirkt haben, ist --wie auch die Klägerin einräumt-- in der

Rechtsprechung des BFH geklärt (s. oben II.1.b, vgl. auch BFH-Beschluss in BFH/NV 2008, 2029). Soweit die Klägerin eine erneute Befassung mit der Frage für geboten hält, weil der BFH sie bislang nicht unter dem Gesichtspunkt geprüft habe, ob seine Rechtsprechung die verfassungsrechtlich zulässige Grenze der Gesetzesauslegung überschreite, sind ihre Ausführungen unzureichend. Insbesondere befasst sie sich nicht damit, dass die Rechtsprechung gerade mit Blick auf den von ihr bemühten Gesetzeszweck danach differenziert, inwiefern es --z.B. bei einer Zeugenvernehmung-- auf den persönlichen Eindruck der Richter ankommt. Auch fehlt es in der Beschwerdebegründung an jeglicher Befassung mit dem Meinungsstand im Schrifttum zu der Problematik. Inwiefern die BFH-Rechtsprechung gegen den "eindeutigen Wortlaut" des § 103 Abs. 1 FGO verstoßen soll, erläutert die Klägerin ebenfalls nicht näher.

37 c) Soweit die Klägerin hinsichtlich der Zahlungen an die Fa. Z eine Annahme des FG in Zweifel zieht, wonach die Klägerin in ihrer Bilanz einen Rückforderungsanspruch habe aktivieren müssen, beruht das offenkundig auf einem Missverständnis der Entscheidungsgründe. Das FG ist nämlich auf S. 67/68 des angefochtenen Urteils zu dem Ergebnis gekommen, dass die Klägerin in ihrer Bilanz zum 30. September 2001 keinen Rückforderungsanspruch zu aktivieren hatte, der die durch die Zahlungen eingetretene Vermögensminderung hätte kompensieren können. Die in Zusammenhang mit dem Rückforderungsanspruch aufgeworfenen Rechtsfragen sind demnach im Streitfall nicht klärungsfähig.

38 d) Nicht klärungsfähig ist schließlich auch die in Zusammenhang mit der Übertragung der Rückdeckungsversicherungen auf C von der Klägerin zur Klärung gestellte Rechtsfrage, ob eine vGA auch vorliegen könne, wenn der empfangende Gesellschafter von Anfang an alleiniger Begünstigter der Lebensversicherungen gewesen sei und die Gesellschaft im Falle des Versicherungsfalls niemals Zahlungsansprüche gegen die Versicherung hätte geltend machen können. Denn das FG hat einen solchen Sachverhalt nicht festgestellt. Es hat die Versicherungsverträge vielmehr dahin ausgelegt, dass zum Übertragungszeitpunkt die Klägerin die Bezugsberechtigte aus den Versicherungen war. Soweit die Klägerin auch insoweit auf ihre Beweisanträge in Bezug auf die Vernehmung der Versicherungsmitarbeiterinnen verweist, wird auf die Ausführungen zu II.1.d bb Bezug genommen.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de