

# Beschluss vom 17. März 2010, X S 25/09

**Mitwirkung des abgelehnten Richters an der Entscheidung - Tatbestandsberichtigung - keine Bekanntgabe des Berichterstatters - Tatbestand i.S. des § 108 Abs. 1 FGO - Entscheidung über Tatbestandsberichtigung gerichtsbührenfrei**

BFH X. Senat

FGO § 51 Abs 1, FGO § 96 Abs 1 S 1 Halbs 2, FGO § 108, FGO § 109, FGO § 133a, GG Art 103 Abs 1, ZPO § 42 Abs 2, ZPO § 47, GVG § 21g Abs 7, GVG § 21e Abs 9

vorgehend BFH , 31. März 2009, Az: X B 90/08

## Leitsätze

1. NV: Ist das Ablehnungsgesuch offensichtlich unzulässig, kann der abgelehnte Richter bei der Entscheidung über das ihn betreffende Ablehnungsgesuch mitwirken und muss keine dienstliche Äußerung abgeben .
2. NV: An einer Tatbestandberichtigung kann nur insoweit ein berechtigtes Interesse bestehen, als damit die Grundlage für eine Rechtsmittelentscheidung oder eine Urteilsergänzung geschaffen werden soll. Aus einer Verfassungsbeschwerde oder einer Beschwerde zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte lässt sich kein Rechtsschutzbedürfnis herleiten, weil in diesen Verfahren keine Tatbestandsbindung besteht .

## Gründe

- 1 Das Ablehnungsgesuch, die Anhörungsrüge und der Antrag auf Tatbestandsberichtigung des Klägers, Beschwerdeführers, Rügeführers und Antragstellers (Kläger) haben keinen Erfolg.
- 2 1. Der Senat entscheidet in seiner geschäftsplanmäßigen Besetzung unter Mitwirkung der wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnten Richterin.
- 3 a) Gemäß § 51 Abs. 1 der Finanzgerichtsordnung (FGO) i.V.m. § 42 Abs. 2 der Zivilprozessordnung (ZPO) kann ein Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Dabei kommt es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) darauf an, ob der Beteiligte von seinem Standpunkt aus bei vernünftiger und objektiver Betrachtung davon ausgehen darf, der Richter werde nicht unvoreingenommen, sondern willkürlich entscheiden (Senatsbeschluss vom 26. Mai 2009 X B 124/08, Zeitschrift für Steuern und Recht 2009, R682, m.w.N.). Verfahrensverstöße oder sonstige Rechtsfehler eines Richters sind grundsätzlich kein Ablehnungsgrund (z.B. Senatsbeschluss vom 24. November 1994 X B 146-149/94, BFH/NV 1995, 692). Sie können eine Besorgnis der Befangenheit ausnahmsweise dann rechtfertigen, wenn Gründe dargetan sind, die dafür sprechen, dass die Fehlerhaftigkeit auf einer unsachlichen Einstellung des Richters gegenüber dem ihn ablehnenden Beteiligten beruht (z.B. Senatsbeschluss vom 6. Februar 1996 X B 95/95, BFH/NV 1996, 752).
- 4 Aus dem Vortrag des Klägers sind keine Anhaltspunkte erkennbar, die Anlass für eine Besorgnis der Befangenheit geben könnten. Die Behauptung des Klägers, der Senatsbeschluss vom 1. April 2009 X B 90/08 (BFH/NV 2009, 1135) sei allenfalls unter Annahme politischer Gesichtspunkte, einer falsch verstandenen "Staatsräson" zu erklären, und nicht mit Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens in Einklang zu bringen, ist nicht substantiiert. Gleiches gilt für die Einlassung, die bereits dargelegten und bewiesenen strafrechtlich relevanten Hintergründe hätten die angefochtenen Entscheidungen überhaupt erst ermöglicht und --trotz ihrer Dramatik-- weder beim Finanzgericht (FG) noch beim BFH Beachtung gefunden. Nicht substantiiert ist auch der Einwand, bei jedem unbefangenen Betrachter entstehe der nachhaltige Eindruck, dass der Entscheidung die Devise zugrunde gelegen sei, dass "nicht sein kann, was nicht sein darf". Anlass für eine Besorgnis der Befangenheit lässt auch der weitere Vortrag des Klägers nicht erkennen, er und sein Prozessbevollmächtigter würden den mit der Anhörungsrüge beanstandeten Beschluss als eine Abstrafung dafür verstehen, dass sie es gewagt hätten, das Verhalten von

Richterkollegen beim Namen zu nennen, es als die einem Betrug angenäherte Manipulation des gerichtlichen Verfahrens darzustellen. Gleiches gilt für die Aussage, bei allem grundsätzlich gebotenen Respekt vor einem Gericht, speziell vor einem Bundesgericht, könne gleichwohl nicht auf diese harsche Kritik verzichtet werden und Zurückhaltung wäre bei diesem Verfahren und den Erfahrungen, die der Kläger im Laufe der Jahre mit der Behandlung seiner Rechte machen musste, fehl am Platze.

- 5 Wenn der Kläger im weiteren Schriftsatz vom 30. Juli 2009 davon spricht, dass der massive Verdacht einer Rechtsbeugung durch die Vorinstanz bestehe und dem BFH nochmals nahe legt, eine unbefangene Staatsanwaltschaft --aber nicht die Staatsanwaltschaft X-- einzuschalten, wenn er die Argumente im Schriftsatz des Beklagten, Beschwerdegegners, Rügegegners und Antragsgegners (dem Finanzamt --FA--) allein deshalb als fadenscheinig bezeichnet, weil nach seiner Auffassung angesichts der Organisationsstrukturen der Finanzverwaltung in Bayern die Trennung zwischen Behörden und Finanzgerichten nicht in dem Maße besteht wie in anderen Ländern und darin auch die wirklichen Hintergründe der Bearbeitung seines Steuerfalles sieht, hat er keine konkreten Anhaltspunkte vorgetragen, die auf eine Befangenheit gerade der Berichterstatterin im Beschluss in BFH/NV 2009, 1135 hindeuten würden.
- 6 b) Gemäß § 51 Abs. 1 FGO i.V.m. § 47 ZPO entscheidet das Gericht über das Ablehnungsgesuch grundsätzlich ohne den abgelehnten Richter. Eine Ausnahme hiervon hat der BFH zugelassen für die Fälle, in denen das Ablehnungsgesuch rechtsmissbräuchlich oder deshalb offensichtlich unzulässig ist, weil der Ablehnungsgrund nicht substantiiert bzw. glaubhaft gemacht worden ist (z.B. BFH-Beschluss vom 23. Februar 1994 IV B 79/93, BFH/NV 1994, 877, m.w.N.). Dieser Ausnahmefall liegt hier vor. Mangels ausreichender Substantiierung des Befangenheitsantrags kann der Senat auch mit der abgelehnten Berichterstatterin entscheiden.
- 7 c) Da der Befangenheitsantrag des Klägers offensichtlich unzulässig ist, war auch eine ansonsten erforderliche dienstliche Stellungnahme der Berichterstatterin entbehrlich. Ebenso war es nicht notwendig, über den Befangenheitsantrag in einem besonderen Beschluss zu entscheiden.
- 8 d) Schließlich kann bei dieser Sachlage dahinstehen, ob eine Richterablehnung im Rahmen einer Anhörungsrüge, die gerade der Selbstkorrektur des Gerichts dienen soll, überhaupt zulässig ist (verneinend: Bader in Bader, VwGO, 4. Aufl., § 152a Rz 11; Rudisile in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO § 152a Rz 28; Musielak/Heinrich, ZPO, 7. Aufl., § 44 Rz 3 zur Gegenvorstellung, a.A. Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 42 Rz 4, § 46 Rz 14a, § 321a Rz 4) oder erst dann in Betracht kommt, wenn die Anhörungsrüge Erfolg gehabt hat und das Verfahren fortgeführt wird.
- 9 e) Dem Begehren des Klägers, ihm vorab den Berichterstatter bekannt zu geben, war nicht nachzukommen. Die Bekanntgabe des Berichterstatters ist gesetzlich nicht vorgesehen. Der senatsinterne Geschäftsverteilungsplan kann jederzeit bei der Präsidialgeschäftsstelle des BFH eingesehen werden (§ 21g Abs. 7, § 21e Abs. 9 des Gerichtsverfassungsgesetzes; vgl. hierzu auch Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 13. Februar 2007 3 StR 425/06, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2007, 416).
- 10 2. Der angerufene Senat hat den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 des Grundgesetzes) nicht verletzt.
- 11 a) Das Gebot des rechtlichen Gehörs verpflichtet die Gerichte, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Die Gerichte brauchen sich dabei jedoch nicht mit jedem Vorbringen der Beteiligten in den Gründen der Entscheidung ausdrücklich auseinanderzusetzen. Denn es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Gericht das von ihm entgegengenommene Beteiligtenvorbringen auch zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat (Beschluss des 2. Senats der 1. Kammer des Bundesverfassungsgerichts vom 19. Dezember 2000 2 BvR 143/98, Deutsches Verwaltungsblatt 2001, 456).
- 12 b) Der Kläger wendet sich gegen den Beschluss des angerufenen Senats in BFH/NV 2009, 1135, durch den der Senat die Beschwerde des Klägers wegen Nichtzulassung der Revision gegen das Urteil des FG München vom 26. März 2008 5 K 3620/96 als unbegründet zurückgewiesen hat. Der Kläger macht mit seiner Anhörungsrüge geltend, der Senat habe den Sachverhalt in wesentlichen Teilen durch falsches bzw. unvollständiges Zitieren abweichend dargestellt, der Beschluss übergehe bzw. verfälsche die vorgetragene Tatsachen, aus denen sich der Vorwurf massiver Manipulationen des FG ergebe, in entscheidenden Punkten. Der Sachverhalt, der der Nichtzulassungsbeschwerde bezüglich der absoluten Revisionsgründe zugrunde liege, sei erkennbar eigenmächtig abgewandelt bzw. in entscheidenden Punkten unterdrückt oder übergangen worden. Aus den Formulierungen des Senats in der im Zurückweisungsbeschluss eigenmächtig abgeänderten Sachverhaltsdarstellung werde nicht ersichtlich, was der Kläger tatsächlich vorgetragen, welche schweren Vorwürfe er substantiiert und mit

Glaubhaftmachung gegen das FG erhoben habe. Die gerade hinsichtlich des Täuschungsvorwurfs banale Sachverhaltsdarstellung lasse die tatsächlich in der Nichtzulassungsbeschwerde mit allen Details begründeten Schlussfolgerungen einer "massiven vorsätzlichen Täuschung" durch das FG am letzten Verhandlungstag nicht nachvollziehbar erscheinen. Dies werde dadurch erreicht, dass die Schlussfolgerungen, die sich an die Sachverhaltsdarstellung in der Nichtzulassungsbeschwerde anfügen, aus dem Zusammenhang gerissen wurden, damit Vermutungen zu sein scheinen. Speziell die der Schlüssigkeit der schweren Vorwürfe gegen das FG dienenden Tatsachen seien übergangen worden, die Auffassung des Klägers werde durch diese Veränderung des Sachverhalts als nicht begründet hingestellt. Der Kläger habe keinesfalls nur vorgetragen, "... Die Richter am FG hätten sich in Roben vor dem Gerichtssaal mit dritten Personen darüber unterhalten, wie das Verfahren stehe ...". In der Nichtzulassungsbeschwerde sei vielmehr vorgetragen und glaubhaft gemacht worden, dass Mitglieder des FG den Prozessbevollmächtigten des Klägers mehrfach vorsätzlich getäuscht hätten, erst im Beisein eines Dritten auf dem Flur, danach in der Sitzung im Gespräch über das zu erwartende Verfahren durch den Vorsitzenden, das keinerlei Zweifel offengelassen habe. Dieser habe sich dahingehend eingelassen, dass das Verfahren fortgesetzt würde, so es nicht zugunsten des Klägers entschieden werde. Diesen Vortrag habe der Senat nicht im Sinne der Gewährung des rechtlichen Gehörs in Erwägung gezogen, d.h. offensichtlich wegen der falschen Sachverhaltsdarstellung nicht geprüft. Hätte er die vorgetragenen Tatsachen gewürdigt, im Rechtssinne "in Erwägung gezogen", hätte er der Nichtzulassungsbeschwerde wegen vorsätzlicher Verletzung des Grundrechts des rechtlichen Gehörs schon deshalb stattgeben müssen, weil der Kläger und sein Prozessbevollmächtigter nicht mit auf vorsätzlichen Täuschungen aufbauenden Manipulationen eines gerichtlichen Verfahrens durch ein Gericht hätten rechnen müssen. Mit dem klägerischen Schriftsatz vom 10. Dezember 2008, der ohnehin nur "Erläuterungen und Ergänzungen" enthalten habe, habe sich der Senat überhaupt nicht auseinandergesetzt, diese nicht zur Kenntnis genommen bzw. "in Erwägung gezogen". Die Ausführungen seien vielmehr pauschal unberücksichtigt geblieben. Der angerufene Senat habe im Beschluss in BFH/NV 2009, 1135 Ausführungen in der Beschwerdebegründung zu einem Computerabsturz, die erkennbar keinen Bezug zu den Täuschungshandlungen des FG gehabt hätten, besonders hervorgehoben. Deshalb müsse die berechtigte Frage gestellt werden, warum solchen nicht relevanten Fakten im Beschluss Bedeutung beigemessen werde, hingegen die die Täuschung durch das Gericht beweisenden Tatsachen keine Berücksichtigung in der Sachverhaltsdarstellung finden, insoweit nur die Schlussfolgerungen so dargestellt werden, als fehle ihnen die tatsächliche Grundlage, als handele es sich nur um Vermutungen des Klägers. Nicht in Betracht gezogen habe der Senat auch die Ausführungen des Klägers zu vom FA geschätzten Einnahmen, auf die es in der mündlichen Verhandlung dann aber verzichtet habe. Er habe vielmehr eine ausweichende Begründung für eine "Schätzung durch das Finanzgericht" gesucht, die wegen des Wegfalls des Bescheides über die 24.000 DM eine rechtswidrige Verböserung durch das Gericht ohne vorherige Anhörung des Klägers beinhalte.

- 13** c) Der behauptete Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör liegt nicht vor. Bei seinem Vorbringen übersieht der Kläger, dass der angerufene Senat im Beschluss in BFH/NV 2009, 1135 keinen Sachverhalt dargestellt, sondern nach § 116 Abs. 5 Satz 2 FGO (vgl. dort unter 10.) auf die Darstellung des Sachverhalts verzichtet hat (vgl. hierzu auch die Ausführungen zum Antrag auf Tatbestandsberichtigung unter 3.). Im Beschluss hat der Senat lediglich Teile des klägerischen Vortrags in der Beschwerdebegründung in indirekter Rede wiedergegeben. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass der angerufene Senat im Beschluss nicht wiedergegebenes klägerisches Vorbringen nicht zur Kenntnis genommen hat. Der Senat hat auch die Ausführungen des Klägers über Äußerungen des Vorsitzenden Richters am FG in der mündlichen Verhandlung zur Kenntnis genommen, wonach das Verfahren fortgesetzt werden solle, so es nicht schon aufgrund der bisherigen Ergebnisse der Beweisaufnahme zu einer für den Kläger günstigen Entscheidung kommen könne. Zur Kenntnis genommen hat der Senat in diesem Zusammenhang auch die Versicherung der Mitarbeiterin des Prozessbevollmächtigten des Klägers an Eides Statt, obgleich es nach Auffassung des angerufenen Senats äußerst ungewöhnlich ist, dass sich ein erfahrener Finanzrichter in einer derartigen Weise in der mündlichen Verhandlung geäußert haben soll. Diese Frage konnte nach Auffassung des Senats jedoch dahinstehen. Selbst wenn die Äußerung des Vorsitzenden Richters in der mündlichen Verhandlung wie vorgetragen gefallen sein sollte, liegen die Voraussetzungen einer Überraschungsentscheidung nicht vor. Dem auch im finanzgerichtlichen Verfahren sachkundig vertretenen Kläger musste bewusst sein, dass das Gericht (drei Berufsrichter und zwei ehrenamtliche Richter) nach dem vorläufigen Abschluss der Beweisaufnahme in der anschließenden Beratung darüber befinden werde, ob das Verfahren anhand der bisherigen Beweisaufnahme --zugunsten oder zuungunsten des Klägers-- abgeschlossen werden könne oder aber eine weitere Beweiserhebung und damit der Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung erforderlich sei (vgl. hierzu die Ausführungen im Senatsbeschluss in BFH/NV 2009, 1135 unter 1.c der Gründe). Er musste damit rechnen, dass das FG die seitens des Vorsitzenden geäußerte Beurteilung des Gesamtergebnisses des Verfahrens überdenken

und ggf. von ihr abrücken wird (vgl. Senatsbeschluss vom 18. Juli 2007 X B 216/06, juris, sowie BFH-Beschluss vom 18. März 2008 IX B 258/07, BFH/NV 2008, 1180).

- 14** Mit den klägerischen Ausführungen in der Beschwerdebegründung zur Schätzung weiterer Betriebseinnahmen in Höhe von 24.000 DM hat sich der angerufene Senat im Beschluss in BFH/NV 2009, 1135 ausdrücklich auseinandergesetzt, daraus jedoch nicht die vom Kläger gewünschten rechtlichen Schlüsse gezogen. Nach Auffassung des angerufenen Senats durfte das FG von seiner eigenen Schätzungsbefugnis (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 FGO) Gebrauch machen, da sich die Beteiligten nicht auf eine Herabsetzung der Steuerschuld verständigt hatten. Der Kläger macht mit seinen Ausführungen, der Senat habe eine ausweichende Begründung für eine "Schätzung durch das Finanzgericht" gesucht, im Grunde geltend, der Senat habe in der Sache fehlerhaft entschieden. Mit diesem Vorbringen kann der Kläger aber im Rahmen der Anhörungsrüge nach § 133a FGO nicht gehört werden. Im Übrigen geht er zu Unrecht davon aus, dass insoweit eine rechtswidrige Verböserung vorliege.
- 15** Soweit der Kläger die Anhörungsrüge darauf stützt, der angerufene Senat habe den Schriftsatz vom 10. Dezember 2008 insgesamt mit der lapidaren Feststellung übergangen, "spätere Darlegungen sind --abgesehen von bloßen Erläuterungen und Ergänzungen"-- nicht zu berücksichtigen, übersieht er, dass diese Auffassung des Senats den gesetzlichen Vorgaben (§ 116 Abs. 3 FGO) entspricht. Nur während der Beschwerdebegründungsfrist vorgetragene Rechtsausführungen --abgesehen von bloßen Erläuterungen und Ergänzungen-- sind im Beschwerdeverfahren von Bedeutung. Soweit es sich bei den Darlegungen im Schriftsatz vom 10. Dezember 2008 nur um Erläuterungen und Ergänzungen gehandelt hat, ergänzt der Senat klarstellend, dass die dort enthaltenen Ausführungen, die lediglich der Verdeutlichung und Vertiefung der fristgerecht eingegangenen Beschwerdebegründung gedient haben, zur Kenntnis genommen und bei der Entscheidungsfindung im Rahmen des Zulässigen berücksichtigt worden sind.
- 16** 3. Die Tatbestandsberichtigung nach § 108 FGO soll es den Beteiligten ermöglichen, ein Rechtsmittel einzulegen oder nachträglich eine Urteilsergänzung wegen eines ganz oder teilweise übergangenen Antrags (§ 109 FGO) zu beantragen, ohne durch die Beweiskraft des unrichtigen Tatbestands eingeschränkt zu sein (Lange in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 108 FGO Rz 3). An einer Tatbestandsberichtigung kann mithin grundsätzlich nur insoweit ein berechtigtes Interesse bestehen, als damit die Grundlage für eine Rechtsmittelentscheidung oder für eine Urteilsergänzung geschaffen werden soll. Ein Rechtsschutzinteresse lässt sich nicht aus der vom Kläger angesprochenen Einlegung einer Verfassungsbeschwerde und einer Beschwerde zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte herleiten, weil in diesen Verfahren keine Tatbestandsbindung besteht (BFH-Beschluss vom 1. August 2002 VII B 35/02, BFH/NV 2002, 1499). Ob die vom Kläger erhobene Anhörungsrüge nach § 133a FGO diese Voraussetzungen erfüllt, kann im Streitfall dahinstehen. Der Antrag auf Tatbestandsberichtigung nach § 108 Abs. 2, § 113 Abs. 1 FGO kann schon deshalb nicht zum Erfolg führen, weil der Beschluss in BFH/NV 2009, 1135 keine Darlegungen enthält (und auch nicht zu enthalten brauchte), die wegen der darin enthaltenen tatsächlichen Feststellungen als Tatbestand zu verstehen wären. Zwar gehören zum Tatbestand i.S. des § 108 Abs. 1 FGO nicht nur diejenigen Ausführungen, die sich in der Entscheidung unter der Überschrift "Tatbestand" befinden, sondern auch solche, die sich in den Entscheidungsgründen finden. Sie müssen ihrer Natur nach aber Feststellungen tatsächlicher Art enthalten (BFH-Beschluss vom 21. Januar 2005 VIII B 93/03, BFH/NV 2005, 894). Darin fehlt es bei der Wiedergabe des klägerischen Vortrags in der Beschwerdebegründung.
- 17** 4. Die Kostenpflicht der Anhörungsrüge ergibt sich aus Nr. 6400 des Kostenverzeichnisses zum Gerichtskostengesetz --GKG-- (Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG i.d.F. des Anhörungsrügensgesetzes vom 9. Dezember 2004, BGBl I 2004, 3220). Es fällt eine Festgebühr von 50 € an. Für die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch waren keine Kosten zu erheben, da es sich um ein unselbständiges Zwischenverfahren handelt. Auch die Entscheidung über die Berichtigung des Tatbestands ergeht gerichtsgebührenfrei, weil das Verfahren zum Hauptverfahren gehört (vgl. BFH-Beschluss vom 18. August 1988 IX S 5/88, BFH/NV 1990, 181 [red. Leitsatz]).

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