# Beschluss vom 04. Dezember 2017, X B 91/17

**Mitwirkung eines abgelehnten Richters an einer mündlichen Verhandlung - Verletzung rechtlichen Gehörs durch Überraschungsentscheidung**

ECLI:DE:BFH:2017:B.041217.XB91.17.0

BFH X. Senat

FGO § 51 Abs 1, ZPO § 47, GG Art 101 Abs 1 S 2, GG Art 103 Abs 1, EStG § 35a Abs 3, FGO § 91 Abs 2, EStG VZ 2012

vorgehend FG München, 29. Mai 2017, Az: 6 K 1922/15

## Leitsätze

1. NV: Ein abgelehnter Richter darf vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs gemäß § 47 ZPO nur solche Handlungen vornehmen, die keinen Aufschub gestatten.

2. NV: Ist ein Ablehnungsgesuch zu Recht zurückgewiesen worden, wird ein eventueller Verstoß des abgelehnten Richters gegen die Wartepflicht geheilt. In diesem Fall steht nämlich fest, dass der verfassungsmäßig garantierte Richter die Entscheidung getroffen hat.

## Tenor

Auf die Beschwerde der Kläger wegen Nichtzulassung der Revision wird das Urteil des Finanzgerichts München, Außensenate Augsburg, vom 30. Mai 2017  6 K 1922/15 aufgehoben.

Die Sache wird an das Finanzgericht München, Außensenate Augsburg, zurückverwiesen.

Diesem wird die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens übertragen.

## Tatbestand

I.

1 Die Kläger und Beschwerdeführer (Kläger) werden zusammen veranlagt. Der Kläger ist als Rechtsanwalt selbstständig tätig, die Klägerin ist angestellte Heilpädagogin. In dem finanzgerichtlichen Verfahren wandten sich die Kläger u.a. gegen die fehlende Berücksichtigung einzelner Aufwendungen in ihrem Einkommensteuerbescheid für 2012. Während des Verfahrens ergingen mehrere Aufklärungsanordnungen des Finanzgerichts (FG) gemäß § 79b der Finanzgerichtsordnung (FGO) bzw. gemäß § 79 FGO. Im Rahmen von deren Beantwortung machte der Kläger mit Schriftsatz vom 25. November 2016 auch Handwerkerdienstleistungen in Höhe von 196,49 € geltend und fügte die Ablichtung einer Rechnung des Bezirkskaminkehrermeisters (K) vom 18. August 2012 bei.

2 Das FG lud zur mündlichen Verhandlung am 14. Februar 2017, verschob den Termin aber wegen eines Arzttermins des Klägers, der gleichzeitig auch Prozessvertreter der Klägerin ist, auf den 28. März 2017. Diesen Termin konnte der Kläger wegen einer schweren Knieverletzung, die er mittels mehrerer Atteste glaubhaft machte, ebenfalls nicht wahrnehmen. Dabei bat er um eine Terminierung nicht vor dem 24. April 2017. Der Vorsitzende des Senats (V) bestimmte am 2. Mai 2017 den Termin zur mündlichen Verhandlung auf den 30. Mai 2017. Der Kläger teilte daraufhin mit Schreiben vom 8. Mai 2017, beim FG eingegangen am 17. Mai 2017, mit, er befinde sich in der Zeit vom 19. Mai 2017 bis zum 2. Juni 2017 einschließlich in seinem bislang einzigen Jahresurlaub. Er fügte eine Buchungsbestätigung vom 16. Januar 2017 hinsichtlich einer Unterkunft in der Toskana für die Zeit vom 19. bis zum 29. Mai 2017 bei und wies darauf hin, dass er anschließend noch (mindestens) vier Tage in Rom oder Florenz verbringen werde. Die Buchungsbestätigung enthielt keinen Namen; Vorgangs- und Kundennummern sowie die

Telefonnummer der Sachbearbeiterin waren geschwärzt. Der Kläger bat um telefonische Bestätigung der Terminsaufhebung bis zum 18. Mai 2017 um 15:00 Uhr.

3 V lehnte den Terminsverlegungsantrag am 18. Mai 2017 ab, da der Urlaub nicht glaubhaft gemacht worden sei. Bei einem erneuten Urlaub sei eine Bestätigung erforderlich, aus der der Name der buchenden Reisenden hervorgehe und die aktuell sei. Angesichts der schweren Erkrankung sei eine Stornierung von Reisen nicht unwahrscheinlich. Versuche, das Schreiben des V dem Kläger per Fax zu übermitteln, scheiterten. Mit am 22. Mai 2017 beim FG eingegangenem Schreiben vom 19. Mai 2017 teilte der Kläger dem Gericht mit, er habe bislang weder eine schriftliche noch eine telefonische Antwort auf seinen Antrag bekommen. Bei einer telefonischen Nachfrage kurz vor seinem Urlaubsantritt habe er die Auskunft erhalten, dass der Termin nicht aufgehoben worden sei. Wegen seiner gravierenden gesundheitlichen Probleme seit Beginn des Jahres und der nur eingeschränkten Arbeitsfähigkeit sei er urlaubsreif und benötige diesen Urlaub von gerade einmal zwei Wochen dringend. Aufgrund dieser persönlichen Umstände bitte er erneut darum, den Termin aufzuheben und dies seiner Kanzlei bis zum 24. Mai 2017 zumindest vorab telefonisch zu bestätigen, da er seinen Urlaub sicher nicht unterbrechen und vorzeitig aus Italien heimkommen werde. Daraufhin wurde seitens des FG nochmals vergeblich versucht, das Schreiben des V vom 18. Mai 2017 der Kanzlei des Klägers per Telefax zuzuleiten. Wegen technischer Probleme des dortigen Faxgerätes scheiterte dies. Daraufhin wurde ein Mitarbeiter der Kanzlei des Klägers telefonisch über die fehlende Glaubhaftmachung des Terminsverlegungsantrags informiert.

4 Mit beim FG am 26. Mai 2017 eingegangenem Schreiben stellte der Kläger Befangenheitsanträge sowohl gegen V als auch gegen den Berichterstatter des Verfahrens (B). Es widerspreche ihrer richterlichen Objektivität und begründe die Besorgnis der Befangenheit, dass sie offensichtlich den Termin am 30. Mai 2017 in seiner Abwesenheit durchführen und so die Gewährung des rechtlichen Gehörs verhindern wollten. Es findet sich auf dem Schreiben zudem der handschriftliche Zusatz, dass "jetzt auch noch Lügen (Stornierung) unterstellt" würden. Der Kläger beantragte, vor einer Entscheidung über diesen Antrag die dienstlichen Äußerungen der betroffenen Richter dem Kläger mit ausreichender Fristsetzung zur Stellungnahme zu übersenden. Dieses Schreiben trägt die Unterschrift des Klägers mit dem Hinweis, es sei vor dem Urlaub diktiert und unterzeichnet worden.

5 Das FG lehnte mit Beschluss vom 29. Mai 2017 --ohne Beteiligung der betroffenen Richter V und B-- den Befangenheitsantrag des Klägers ab. Der Antrag sei rechtsmissbräuchlich, jedenfalls aber unbegründet. Es sei nicht ersichtlich, aus welchen Gründen das Ablehnungsschreiben des V zu einer Befangenheit des nicht an der Ablehnung beteiligten B führen könne. In Bezug auf V sei die Besorgnis der Befangenheit ebenfalls nicht gegeben. V habe mit der Ablehnung des Vertagungsantrags, verbunden mit der Aufforderung, ggf. eine aussagekräftige Bescheinigung vorzulegen, von seiner ihm nach der Verfahrensordnung zustehenden Befugnis in einem dem Gesetzeszweck entsprechenden Maß Gebrauch gemacht. Dies ergebe sich aus den Besonderheiten des Streitfalls (Buchungsbestätigung ohne Namen; eine Reservierungsbestätigung, die nicht den Tag der mündlichen Verhandlung umfasse; der fehlende Nachweis, dass ein Aufenthalt am Tag der mündlichen Verhandlung vor der Terminierung bereits verbindlich gebucht worden sei, da der Kläger vorgetragen habe, dass er entweder nach Rom oder Florenz habe fahren wollen). Das FG habe keine Zweifel daran, dass es bei dem Befangenheitsantrag des Klägers nur darum gehe, die Terminsverlegung ohne Glaubhaftmachung eines vor der Terminierung gebuchten Urlaubs durchzusetzen. Unter diesen Umständen seien die Befangenheitsanträge missbräuchlich, jedenfalls aber unbegründet. Eine dienstliche Äußerung der betroffenen Richter sei nicht erforderlich, da die entscheidungserheblichen Tatsachen aus den Akten ersichtlich seien und feststünden.

6 In der mündlichen Verhandlung, die am 30. Mai 2017 ohne die Kläger stattfand, hat der Senat --unter Mitwirkung der Richter V und B-- ausweislich des Protokolls der Vertreterin des Beklagten und Beschwerdegegners (Finanzamt --FA--) den Beschluss vom 29. Mai 2017 übergeben und erklärt, dem Kläger werde der Beschluss zusammen mit dem Protokoll übersandt. Im Ergebnis hat das FG die Klage abgewiesen und die Revision nicht zugelassen. Der Ablehnungsbeschluss vom 29. Mai 2017 wurde den Klägern erst zusammen mit dem nachfolgenden Urteil zugestellt.

7 Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Beschwerde der Kläger, die sie mit Verfahrensfehlern gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO begründen.

## Entscheidungsgründe

II

...

8 Die Beschwerde der Kläger hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 116 Abs. 6 FGO).

9 Das FG konnte zwar verfahrensfehlerfrei die mündliche Verhandlung am 30. Mai 2017 durchführen (unter 1. bis 3.), in der Ablehnung des Abzugs der Kaminkehrerkosten gemäß § 35a des Einkommensteuergesetzes (EStG) liegt jedoch eine Überraschungsentscheidung, die zur Aufhebung des finanzgerichtlichen Urteils führt (unter 4.).

10 1. Die Kläger rügen, an der mündlichen Verhandlung und Entscheidung am 30. Mai 2017 habe zumindest ein Richter mitgewirkt, der wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt worden sei, da über den gegen ihn gerichteten Befangenheitsantrag noch nicht wirksam entschieden worden sei. Der Beschluss des FG vom 29. Mai 2017, mit dem der Befangenheitsantrag abgelehnt worden sei, sei am 1. Juni 2017 versandt worden und habe erst dann den Geschäftskreis des Gerichts verlassen.

11 a) Den Klägern ist darin zuzustimmen, dass das Ablehnungsverfahren zu Beginn der mündlichen Verhandlung am 30. Mai 2017 noch nicht abgeschlossen war und somit im Zeitpunkt des Beginns der mündlichen Verhandlung noch nicht festgestanden hat, ob das Gericht vorschriftsmäßig besetzt gewesen ist (vgl. § 119 Nr. 1 FGO). Ausweislich des Protokolls der mündlichen Verhandlung ist der Beschluss über die Ablehnung des Antrags der Kläger vom 29. Mai 2017 dem FA in der mündlichen Verhandlung übergeben worden. Hierdurch ist das Verfahren über das Ablehnungsgesuch abgeschlossen worden, denn erst zu diesem Zeitpunkt war das Gericht an seine Entscheidung gebunden (vgl. auch Beschluss des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 17. Juli 2008 I B 22/08, juris, unter II.2. zum Abschluss des Ablehnungsverfahrens im Zeitpunkt der Absendung der Entscheidung durch die Geschäftsstelle).

12 b) In der vor Abschluss des Ablehnungsverfahrens liegenden Eröffnung der mündlichen Verhandlung durch V könnte aber ein Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot eines abgelehnten Richters gemäß § 47 Abs. 1 der Zivilprozessordnung (ZPO) liegen, eine Vorschrift, die auch für das finanzgerichtliche Verfahren gilt (vgl. § 51 Abs. 1 Satz 1 FGO). Ein abgelehnter Richter hat danach vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs nur solche Handlungen vorzunehmen, die keinen Aufschub gestatten. Die Wartepflicht des § 47 ZPO kann jedoch nicht mehr gerügt werden, wenn das Ablehnungsgesuch --wie im Streitfall-- im Ergebnis erfolglos bleibt (vgl. BFH-Beschlüsse vom 14. August 2007 XI S 13/07 (PKH), BFH/NV 2007, 2139, unter II.2.c, und vom 17. Juli 2008 I B 22/08, juris, unter II.2.; Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 8. November 2004 II ZB 41/03, Deutsches Steuerrecht 2005, 389, unter II.2., m.w.N.). Ist ein Ablehnungsgesuch zu Recht zurückgewiesen worden, wird ein eventueller Verstoß des abgelehnten Richters gegen die Wartepflicht geheilt (vgl. Beschluss des Bundesverfassungsgerichts --BVerfG-- vom 30. November 1987 1 BvR 1033/87, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1988, 174, unter 2.). Denn in diesem Fall steht fest, dass der verfassungsmäßig garantierte Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes --GG--) die Entscheidung getroffen hat (BFH-Beschluss in BFH/NV 2007, 2139, unter II.2.c).

13 2. Soweit die Kläger geltend machen, der Beschluss des FG vom 29. Mai 2017, mit dem die Befangenheitsanträge gegen V und B abgelehnt worden sind, beruhe auf einer in wesentlichen Teilen offensichtlich bewusst falschen Darstellung der Tatsachen im Zusammenhang mit der Glaubhaftmachung der gebuchten Urlaubsreise nach Italien und unterschlage zudem die ausdrückliche Behauptung des Klägers, dass ihm von V "jetzt auch noch Lügen unterstellt würden", können sie keine Zulassung der Revision erreichen.

14 a) Beschlüsse gegen die Ablehnung von Gerichtspersonen können nach § 128 Abs. 2 FGO nicht mit der Beschwerde angefochten werden. Da dem Endurteil vorangegangene Entscheidungen, die nach der FGO unanfechtbar sind, nicht der Beurteilung der Revision unterliegen (§ 124 Abs. 2 FGO), kann eine Nichtzulassungsbeschwerde grundsätzlich nicht auf die Ablehnung eines Befangenheitsgesuchs gestützt werden. Geltend gemacht werden können nur solche Verfahrensmängel, die als Folge der Ablehnung des Befangenheitsgesuchs dem angefochtenen Urteil anhaften. Ein Zulassungsgrund liegt daher nur vor, wenn die Ablehnung gegen das Willkürverbot verstößt oder ein Verfahrensgrundrecht verletzt wird, wie der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) oder den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG). Das Verfahrensgrundrecht auf den gesetzlichen Richter greift jedoch nur bei willkürlichen Verstößen gegen Verfahrensvorschriften ein. Deshalb hat eine Besetzungsrüge nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn sich dem Beschwerdevorbringen entnehmen lässt, dass der Beschluss über die Zurückweisung des Ablehnungsgesuches nicht nur fehlerhaft, sondern greifbar gesetzwidrig und damit willkürlich ist (ständige BFH-Rechtsprechung, vgl. Beschlüsse vom 13. Januar 2003 III B 51/02, BFH/NV 2003, 640, unter 3.b; vom 28. Mai 2003 III B 87/02, BFH/NV 2003, 1218, unter 1.a).

15 b) Solche schwerwiegenden Verfahrensverstöße enthält die Beschwerdebegründung der Kläger nicht. Sie

behaupten zwar, das Gericht habe bewusst entscheidungserhebliche Tatsachen bei seiner Entscheidung unbeachtet gelassen. Dazu tragen sie aber keine Umstände vor, aus denen sich eine greifbar gesetzwidrige Zurückweisung des Ablehnungsantrags und damit eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter ergeben könnte.

**16** Der Beschluss des FG war in keinem Falle willkürlich, da die Ablehnungsgesuche der Kläger kein Vorbringen enthielten, welches geeignet gewesen wäre, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines der betroffenen Richter zu rechtfertigen. So hat das FG zutreffend festgestellt, es könne dem B nicht angelastet werden, dass V mit Schreiben vom 18. Mai 2017 dem erneuten Terminsverlegungsantrag der Kläger nicht entsprochen habe. Auch ist nicht erkennbar, warum V durch seine Entscheidung, den Termin der mündlichen Verhandlung nicht zu verschieben, befangen gewesen sein sollte. Das FG hat hierzu ausführlich und zutreffend Stellung genommen und ist zum Ergebnis gekommen, die Ablehnungsgesuche der Kläger seien rechtsmissbräuchlich, jedenfalls unbegründet. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann hierauf Bezug genommen werden.

**17** Es sind weder sachfremde Erwägungen erkennbar noch wurden entscheidungserhebliche Tatsachen vom FG nicht berücksichtigt. Soweit die Kläger in diesem Zusammenhang Umstände vorbringen, die die Schwierigkeiten der Übermittlung des Schreibens des FG vom 18. Mai 2017 und der nachfolgenden Kommunikation zwischen dem Kläger, einem Mitarbeiter seiner Kanzlei und dem FG betreffen, sind diese entweder in die Entscheidung des FG eingeflossen oder sie waren nicht ausschlaggebend für die Einschätzung des FG, bei den Befangenheitsanträgen sei es den Klägern nur darum gegangen, die Terminsverlegung ohne Glaubhaftmachung eines vor der Terminierung gebuchten Urlaubs durchzusetzen. Dies gilt auch in Bezug auf den --laut Klägern-- vom FG in der Beurteilung des Ablehnungsgesuchs nicht ausdrücklich gewürdigten Vorwurf, dem Kläger seien von V "jetzt auch noch Lügen (Stornierung) unterstellt" worden. Eine solche Unterstellung kann dem Schreiben objektiv nicht entnommen werden, da V in dem Schreiben vom 18. Mai 2017 lediglich auf Anforderungen hinweist, deren Erfüllung im Streitfall zur Glaubhaftmachung einer Verhinderung notwendig sein könnte.

**18** 3. Die Rüge der Kläger, es liege eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (§ 119 Nr. 3 FGO) und des Rechts auf Teilnahme an der mündlichen Verhandlung (§ 119 Nr. 4 FGO) vor, weil das FG ihren Antrag auf Verlegung des Termins der mündlichen Verhandlung abgelehnt hat, kann ebenfalls nicht zur Zulassung der Revision führen. Das FG hat den Anspruch der Kläger auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG, § 96 Abs. 2 FGO) mit der Ablehnung des Antrags auf Terminsverlegung und der nachfolgenden Durchführung der mündlichen Verhandlung nicht verletzt.

**19** a) Gemäß § 155 FGO i.V.m. § 227 Abs. 1 ZPO ist Voraussetzung für eine Terminsverlegung, dass hierfür erhebliche Gründe vorliegen. Die erheblichen Gründe sind auf Verlangen des Vorsitzenden glaubhaft zu machen (§ 227 Abs. 2 ZPO). Die Glaubhaftmachung erfordert zwar nicht den vollen Beweis, wohl aber die überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass die Umstände, aus denen der erhebliche Grund abgeleitet wird, tatsächlich vorliegen (vgl. BFH-Beschluss vom 14. Oktober 2013 III B 58/13, BFH/NV 2014, 356, Rz 10, m.w.N.). Ob im Einzelfall eine Terminsverlegung gerechtfertigt ist, hat das FG anhand sämtlicher ihm bekannter Umstände zu beurteilen. Dabei kann es auch das Verhalten des Prozessbevollmächtigten während des Verfahrens und die Erfüllung bzw. Nichterfüllung von Mitwirkungspflichten oder andere Umstände berücksichtigen, die auf das Bestehen einer Prozessverschleppungsabsicht schließen lassen (ständige BFH-Rechtsprechung, vgl. z.B. jüngst Beschluss vom 4. September 2017 IX B 84/17, BFH/NV 2017, 1619, Rz 4, m.w.N.). Einem Antrag auf Terminsverlegung ist hingegen regelmäßig aufgrund Vorliegens eines erheblichen Grundes stattzugeben, wenn der Beteiligte infolge eines vor Anberaumung des Termins geplanten Urlaubs ortsabwesend ist, wenn eine Vertretung nicht in Betracht kommt und die Wahrnehmung des gerichtlichen Termins als nicht zumutbar erscheint (vgl. BFH-Beschluss in BFH/NV 2017, 1619, Rz 5, m.w.N.). Es muss sich aber um einen im Zeitpunkt der Zustellung der Ladung bereits verbindlich geplanten Urlaub handeln, der außerdem in seiner Planung so ausgestaltet sein muss, dass die Wahrnehmung des Termins während dieser Zeit nicht zumutbar erscheint (Senatsbeschluss vom 16. September 2008 X B 224/06, juris, unter 1.a, s.a. Gräber/Herbert, Finanzgerichtsordnung, 8. Aufl., § 91 Rz 4, Stichwort Ortsabwesenheit, m.w.N. aus der BFH-Rechtsprechung).

**20** b) Nach diesen Maßstäben begegnet die Zurückweisung des Antrags auf Terminsverlegung durch das FG keinen rechtlichen Bedenken. Das FG hat in nicht zu beanstandender Weise die von dem Kläger vorgelegte Urlaubsbestätigung vom 16. Januar 2017 als nicht ausreichende Glaubhaftmachung eines erheblichen Hinderungsgrundes gewürdigt. Insoweit kann auf die überzeugende Begründung des FG in dem Urteil vom 30. Mai 2017 unter II.1. verwiesen werden, dessen Argumente der angerufene Senat vollumfänglich teilt.

**21** 4. Die Rüge der Verletzung des Rechts auf Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) greift jedoch aus einem anderen Grund. Das FG hat eine Überraschungsentscheidung getroffen, weil es die Kosten für den Kaminkehrer --ohne vorherigen

Hinweis-- mit der Begründung nicht berücksichtigt hat, ein Zahlungsnachweis auf das Konto des Erbringers der Leistung liege nicht vor.

22 a) Die Verletzung der richterlichen Hinweispflicht gemäß § 76 Abs. 2 FGO bedeutet regelmäßig die Verletzung rechtlichen Gehörs (s. BFH-Beschluss vom 4. Oktober 2016 II B 24/16, BFH/NV 2017, 164). Der Anspruch auf rechtliches Gehör gewährleistet den Beteiligten das Recht, sich vor der Entscheidung des Gerichts zum entscheidungserheblichen Sachverhalt und zur Rechtslage ausreichend äußern zu können. Das Gericht verletzt daher das Recht auf Gehör i.S. von Art. 103 Abs. 1 GG, wenn die Verfahrensbeteiligten von einer Entscheidung überrascht werden, weil das Urteil auf tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte gegründet ist, zu denen sie sich nicht geäußert haben und zu denen sich zu äußern sie nach dem vorherigen Verlauf des Verfahrens auch keine Veranlassung hatten. Art. 103 Abs. 1 GG schützt daher die Beteiligten davor, von neuen rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkten überfahren zu werden, die dem Rechtsstreit eine Wendung geben, mit der auch ein kundiger Beteiligter nach dem bisherigen Verlauf des Verfahrens nicht zu rechnen brauchte (ständige höchstrichterliche Rechtsprechung, vgl. statt vieler Kammerbeschluss des BVerfG vom 8. Juli 1993 2 BvR 218/92, Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung 1993, 595; BFH-Urteil vom 21. Januar 1998 III R 31/97, BFH/NV 1998, 732, unter II.1., m.w.N.).

23 Dem Anspruch auf rechtliches Gehör wird nicht allein bereits dadurch entsprochen, dass ein Kläger unter Hinweis auf die Folgen seines (unentschuldigten) Ausbleibens (vgl. § 91 Abs. 2 FGO) ordnungsgemäß zur mündlichen Verhandlung geladen wird.

24 aa) Zwar genügt es grundsätzlich für die Gewährung rechtlichen Gehörs, den Verfahrensbeteiligten ausreichend Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Es obliegt dann der Verantwortung der Verfahrensbeteiligten, die Gelegenheit zur Verwirklichung ihres rechtlichen Gehörs auch wahrzunehmen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird damit durch die prozessuale Mitverantwortung der Beteiligten begrenzt (Senatsbeschluss vom 12. August 2008 X S 35/08 (PKH), BFH/NV 2008, 2030, unter II.3.c cc). Deshalb kommt das FG seiner Verpflichtung, den Beteiligten rechtliches Gehör zu gewähren, in der Regel bereits dadurch nach, dass es eine mündliche Verhandlung anberaumt, die Beteiligten ordnungsgemäß lädt und die mündliche Verhandlung zu dem festgesetzten Zeitpunkt durchführt (BFH-Beschlüsse vom 18. Juli 2003 XI B 47/01, BFH/NV 2004, 51, unter II.2.a, und vom 9. Mai 2005 VI B 187/04, BFH/NV 2005, 1364).

25 bb) Dies kann aber nur für bereits in das jeweilige Verfahren eingeführte und den Beteiligten bekannte oder bekanntgegebene Tatsachen oder Rechtsfragen gelten. Im Falle des Ausbleibens eines Beteiligten hat das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen darüber zu befinden, ob es gleichwohl in der Sache entscheidet oder den Termin vertagt. Es ist im Rahmen seiner Ermessensentscheidung insbesondere dann zur Vertagung verpflichtet, wenn die Entscheidung nur aufgrund tatsächlicher oder rechtlicher Gesichtspunkte erfolgen könnte, zu denen den Beteiligten bisher kein rechtliches Gehör gewährt worden war (ständige BFH-Rechtsprechung, vgl. z.B. Entscheidungen in BFH/NV 1998, 732, unter II.1.; in BFH/NV 2004, 51, unter II.2.a, und vom 31. Oktober 2012 X B 9/11, BFH/NV 2013, 233, Rz 12).

26 b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze liegt eine Überraschungsentscheidung vor. Die Kläger hatten mit dem Schriftsatz vom 25. November 2016 die Rechnung des K vorgelegt und diesen Betrag als Handwerkerdienstleistungen steuerlich geltend gemacht. Im Verfahren hat das FG bis zu seinem Urteil zu keinem Zeitpunkt darauf hingewiesen, dass ihm die Rechnung als Nachweis des § 35a Abs. 3 und 5 EStG nicht ausreicht und noch ein Beleg der Banküberweisung notwendig sei.

27 Die vom FG als Begründung angeführte Bezugnahme auf die gesetzte Ausschlussfrist vom 9. November 2016 geht fehl. Zunächst ist den Akten keine Ausschlussfrist vom 9. November 2016 zu entnehmen. Sollte das FG hingegen den richterlichen Hinweis vom 29. November 2016 meinen, kann auch hierin keine ausreichende Gewährung des rechtlichen Gehörs gesehen werden, da dieser nur Unterlagen in Bezug auf das Arbeitszimmer und zu der Unterbringung der Mutter der Klägerin betroffen hat.

28 5. Da aus diesem Grunde die Nichtzulassungsbeschwerde der Kläger Erfolg hat, ist es nicht notwendig, auf die weiteren von den Klägern geltend gemachten Verfahrensfehler einzugehen.

29 6. Für die von den Klägern beantragte Zurückverweisung an einen anderen Senat des FG besteht im Hinblick auf den damit verbundenen Eingriff in den Anspruch auf den gesetzlichen Richter kein Anlass.

30 7. Die Kostenentscheidung beruht auf § 143 Abs. 2 FGO.

31 8. Von einer weiteren Darstellung des Sachverhalts sowie einer weiteren Begründung sieht der Senat gemäß § 116 Abs. 5 Satz 2 FGO ab.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de