Beschluss vom 09. Mai 2018, X B 143/17

Ausschließung oder Ablehnung eines Richters, über dessen früheres Verhalten im Prozess Beweis erhoben wird

ECLI:DE:BFH:2018:B.090518.XB143.17.0

BFH X. Senat

ZPO § 41 Nr 1, ZPO § 41 Nr 5, ZPO § 41 Nr 6, ZPO § 43, ZPO § 48, ZPO § 580 Nr 5, FGO § 119 Nr 1, FGO § 119 Nr 2, FGO § 119 Nr 6

vorgehend Finanzgericht Mecklenburg-Vorpommern , 05. September 2017, Az: 1 K 286/13

Leitsätze

1. NV: Ein Richter, über dessen Verhalten in einem früheren Verfahrensabschnitt, das ein Prozessbeteiligter als Nötigung bezeichnet, Beweis erhoben wird, ist nicht schon kraft Gesetzes von der Mitwirkung an der Beweisaufnahme und der Entscheidung über deren Ergebnis ausgeschlossen. Die Beteiligten können ihren verfassungsrechtlichen Anspruch auf einen neutralen und unabhängigen Richter in einem derartigen Fall aber durch Anbringung eines Ablehnungsgesuchs durchsetzen. Diese Rechtslage genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

2. NV: Der Ausschluss eines Richters nach § 41 Nr. 5 ZPO setzt voraus, dass der Richter tatsächlich als Zeuge oder Sachverständiger vernommen wurde. Ist eine solche Vernehmung nicht durchgeführt worden, sind die Voraussetzungen des § 41 Nr. 5 ZPO auch dann nicht erfüllt, wenn das Unterbleiben der Vernehmung verfahrensfehlerhaft gewesen sein sollte.

3. NV: § 41 Nr. 6 ZPO setzt voraus, dass das Verfahren in einem höheren Rechtszug anhängig ist. Daran fehlt es sowohl bei einem Wiederaufnahmeverfahren als auch bei einem Verfahren, in dem es um die Frage geht, ob abgegebene Erledigungserklärungen unwirksam sind und das Ursprungsverfahren daher fortzusetzen ist.

4. NV: Die in § 41 ZPO enthaltene Aufzählung der gesetzlichen Ausschließungsgründe ist abschließend.

5. NV: Die Voraussetzungen des § 119 Nr. 2 FGO liegen nicht vor, wenn die Beteiligten zwar die Möglichkeit gehabt hätten, ein Ablehnungsgesuch mit Aussicht auf Erfolg anzubringen, tatsächlich aber keinen Ablehnungsantrag gestellt haben.

Tenor

Die Beschwerde der Kläger wegen Nichtzulassung der Revision gegen das Urteil des Finanzgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 6. September 2017 1 K 286/13 wird als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens haben hinsichtlich der Einkommensteuer 2002 und der Gewerbesteuermessbeträge 2001 bis 2003 der Kläger und im Übrigen die Kläger zu tragen.

Tatbestand

I.

1 Die Kläger und Beschwerdeführer (Kläger) sind Eheleute. In den Streitjahren 2001 und 2003 wurden sie zur Einkommensteuer zusammenveranlagt; im Streitjahr 2002 wählten sie die getrennte Veranlagung. Der Kläger ist als Versicherungsvertreter gewerblich tätig; die Klägerin erzielt als Lehrerin Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit.

2 Im Anschluss an eine Außenprüfung für die Streitjahre erhöhte der Beklagte und Beschwerdegegner (das Finanzamt --FA--) mit geänderten Bescheiden vom 2. Mai 2007 den Gewinn des Klägers in zahlreichen Einzelpunkten. Unter

anderem versagte er für das Streitjahr 2003 den Betriebsausgabenabzug für Aufwendungen in Höhe von insgesamt 42.982 €, die nach dem Vorbringen der Kläger mit dem Versuch der Vermarktung eines Patents, dessen Mitinhaber der Kläger war, in Zusammenhang standen. In der Einspruchsentscheidung vom 13. Oktober 2008 nahm das FA wegen eines Rechenfehlers eine geringfügige Herabsetzung der Einkommensteuer und des Gewerbesteuermessbetrags 2001 vor; für das Streitjahr 2003 kam es --nach vorherigem Hinweis-- zu einer Erhöhung der Festsetzungen.

3 Während des anschließenden Klageverfahrens erteilte das FA dem Kläger in einem parallel geführten Einspruchsverfahren wegen der Bescheide für die Folgejahre eine verbindliche Auskunft. Darin heißt es, die Veräußerung der Patentrechte aus dem Privatvermögen sei kein steuerbarer Vorgang, weil der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung mehr als ein Jahr betrage. Dies gelte allerdings nur unter der Voraussetzung, dass sich die Rechte nicht in einem Betriebsvermögen befinden.

4 Im Klageverfahren wegen der Streitjahre 2001 bis 2003 beschloss der zuständige Senat des Finanzgerichts (FG) am 25. Februar 2010, den Rechtsstreit dem Berichterstatter als Einzelrichter zur Entscheidung zu übertragen. Welcher Richter als Berichterstatter und damit als Einzelrichter vorgesehen war, ließ sich diesem Beschluss nicht entnehmen; auch der senatsinterne Geschäftsverteilungsplan enthielt keine Bestimmung darüber, wer der jeweils zuständige Einzelrichter sein solle. Aus diesem Grund sind das FG und die Beteiligten heute unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) zu vergleichbaren Konstellationen (Beschlüsse vom 23. November 2011 IV B 7/10, BFH/NV 2012, 429, und vom 8. Januar 2013 X B 118/12, BFH/NV 2013, 750, Rz 13) übereinstimmend der Auffassung, dass der Übertragungsbeschluss unwirksam war.

5 In der Folgezeit wurde das Senatsmitglied E als Einzelrichter tätig. Er erließ zunächst einen klageabweisenden Gerichtsbescheid, der aber aufgrund eines Antrags der Kläger auf mündliche Verhandlung als nicht ergangen galt. Am 25. März 2011 führte E die mündliche Verhandlung in dem Klageverfahren durch. In dem entsprechenden Protokoll heißt es, die Beteiligten hätten die "folgende tatsächliche Verständigung" getroffen: "Der Vertreter des Beklagten sagt zu, weitere Betriebsausgaben i.H.v. 50 %" der streitigen Aufwendungen für die Patentvermarktung anzuerkennen. Ein bestimmter Sachverhalt, auf den sich die Beteiligten verständigt hätten, ist dem Protokoll hingegen nicht zu entnehmen. Weiter heißt es, beide Beteiligte hätten die Sache in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt. Das vorläufig auf einem Tonträger aufgezeichnete Protokoll (§ 94 der Finanzgerichtsordnung --FGO-- i.V.m. § 160a Abs. 1 der Zivilprozessordnung --ZPO--) enthält hierzu nicht den Vermerk, dass die Aufzeichnungen über den Inhalt der Verständigung und die Erledigungserklärungen gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2, 3 ZPO vorgespielt und genehmigt wurden, sondern nur die Angabe "Laut diktiert und genehmigt". Anschließend verkündete E den Beschluss, dass das Verfahren eingestellt wird, und traf eine Kostenentscheidung.

6 Mit Änderungsbescheiden vom 24. Juni 2011 setzte das FA die Einkommensteuer und den Gewerbesteuermessbetrag 2003 entsprechend der "tatsächlichen Verständigung" herab. Gegen diese Bescheide legten die Kläger Einspruch ein. Sie führten zur Begründung aus, bereits die nach der Außenprüfung ergangenen Änderungsbescheide vom 2. Mai 2007 seien nichtig, so dass die Festsetzungsfrist zwischenzeitlich abgelaufen sei und auch die Änderungsbescheide vom 24. Juni 2011 nicht mehr hätten ergehen dürfen. Ferner beantragten sie, die Nichtigkeit der Bescheide vom 2. Mai 2007 festzustellen.

7 Das FA verwarf die Einsprüche gegen die Änderungsbescheide vom 24. Juni 2011 im Hinblick auf die vorangegangene tatsächliche Verständigung und die Hauptsacheerledigung als unzulässig. Den Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit lehnte es ab und wies den hiergegen eingelegten Einspruch zurück. Gegen beide Einspruchsentscheidungen erhoben die Kläger gesonderte Klagen, die das FG am 7. März 2013 als unzulässig verwarf. Die hiergegen erhobenen Nichtzulassungsbeschwerden sah der beschließende Senat ebenfalls als unzulässig an (Beschluss vom 8. Januar 2014 X B 112, 113/13, BFH/NV 2014, 487). Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat die nachfolgend eingelegte Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen (Beschluss vom 7. April 2016 2 BvR 2237/15).

8 Am 3. April 2013 erhoben die Kläger "Nichtigkeits- und Restitutionsklage" im Hinblick auf den von E gefassten Einstellungsbeschluss vom 25. März 2011. Als Nichtigkeitsgrund führten sie an, das FG sei wegen der Unwirksamkeit des Beschlusses über die Übertragung der Entscheidung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen. Hinsichtlich der Restitutionsklage sahen sie die in § 580 Nr. 4 und Nr. 7 Buchst. b ZPO genannten Gründe als gegeben an. Sie hätten nicht gewusst, dass dem FG im ursprünglichen Klageverfahren wegen der Streitjahre 2001 bis 2003 die verbindliche Auskunft des FA vom 24. November 2009 nicht vorgelegen habe. Hätten sie dies gewusst, hätten sie sich auf den Verständigungsvorschlag nicht eingelassen. Das FA habe

diese Urkunde im Rechtsstreit in strafbarer Weise unterdrückt. Die Kläger erstatteten eine entsprechende Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft; diese stellte das Verfahren indes am 6. November 2013 mangels hinreichenden Tatverdachts nach § 170 Abs. 2 der Strafprozessordnung (StPO) ein.

9 Das FG sah diese Klage als Antrag auf Fortsetzung des ursprünglichen Klageverfahrens an. Wegen der --nunmehr auch vom FG angenommenen-- Unwirksamkeit des Beschlusses über die Übertragung der Entscheidung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter wurde der Vollsenat tätig; E war der für das Verfahren zuständige Berichterstatter. Ferner vertrat das FG bereits im vorbereitenden Verfahren die Auffassung, der von E am 25. März 2011 gefasste Einstellungsbeschluss sei mangels Rechtsgrundlage ohne rechtliche Wirkung.

10 In einer ersten mündlichen Verhandlung am 21. Juni 2017 hob das FG den Einstellungsbeschluss vom 25. März 2011 förmlich auf. Insoweit erklärten die Beteiligten den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt. Der Kläger brachte zur Stützung seiner Rechtsauffassung, die von ihm seinerzeit abgegebene Erledigungserklärung sei unwirksam gewesen, nunmehr zusätzlich vor, er sei von E mit den Worten: "Sie haben diesen Vergleich anzunehmen. Wenn Sie ihn nicht annehmen, erkenne ich gar nichts an" zur Abgabe der Erledigungserklärung genötigt worden.

11 Das FG vertagte die Sache und beschloss am 19. Juli 2017 --unter Mitwirkung des E--, über die Behauptung des Klägers, er sei von E mit den zitierten Worten zur Abgabe der Erledigungserklärung veranlasst worden, durch Vernehmung der im Termin am 25. März 2011 zugegen gewesenen Personen --nicht jedoch des E-- als Zeugen Beweis zu erheben.

12 Im zweiten Termin zur mündlichen Verhandlung führte das Gericht --unter Mitwirkung des E-- die Beweisaufnahme durch. Ein früherer Steuerberater des Klägers sowie eine weitere Mitinhaberin des Patents bestätigten die Behauptung des Klägers; der damalige Terminvertreter des FA erklärte hingegen, sich nicht mehr an den Ablauf erinnern zu können.

13 Mit seinem im vorliegenden Verfahren angegriffenen Urteil stellte das FG --weiterhin unter Mitwirkung des E-- fest, dass das Verfahren wegen der Einkommensteuer- und Gewerbesteuermessbescheide 2001 bis 2003 in der Hauptsache erledigt sei; im Übrigen wies es die Klage ab. Zur Begründung führte es aus, die am 25. März 2011 von den Beteiligten abgegebenen Erledigungserklärungen seien wirksam gewesen und hätten die Rechtshängigkeit unmittelbar beendet, ohne dass es noch eines gerichtlichen Tätigwerdens --insbesondere eines Einstellungsbeschlusses-- bedurft hätte. Die Erledigungserklärungen seien unstreitig abgegeben worden. Selbst wenn derartige Erklärungen nicht oder nicht ordnungsgemäß protokolliert würden, seien sie wirksam, wenn sie auf andere Weise feststellbar seien. Dies sei hier der Fall, weil die Kläger in einem nachfolgenden Schriftsatz selbst angegeben hätten, das Verfahren sei durch übereinstimmende Erledigungserklärungen wirksam beendet worden.

14 Zwar halte der BFH eine Erledigungserklärung für unwirksam, wenn insoweit einer der in § 134 FGO i.V.m. § 580 ZPO genannten Restitutionsgründe vorliege. Dies sei hier aber nicht der Fall. Weder sei wegen der vom Kläger angezeigten Straftat --wie es § 581 Abs. 1 ZPO erfordere-- eine rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung ergangen noch sei der Kläger gehindert gewesen, die Urkunde über die tatsächliche Verständigung seinerzeit selbst dem FG vorzulegen.

15 Die Erledigungserklärung sei auch nicht wegen einer unzulässigen Einwirkung des E auf den Kläger unwirksam. Der Senat habe nicht feststellen können, dass E den vom Kläger behaupteten Satz genau so ausgesprochen habe. Zwar hätten die aus dem Umfeld des Klägers stammenden Zeugen diese Behauptung bestätigt. Sie hätten sich aber auf die Frage des Gerichts vorbereiten können. Ihre Glaubwürdigkeit sei zudem zweifelhaft, weil sie vor der Vernehmung Kontakt zum Kläger gehabt hätten. Demgegenüber habe sich der Terminvertreter des FA nicht mehr erinnern können. Auch habe er deutlich länger als die anderen Zeugen überlegt; die schnellen Antworten der aus dem Umfeld des Klägers stammenden Zeugen hätten vorbereitet gewirkt. Im Übrigen habe das Gericht den Kläger nicht als Persönlichkeit erlebt, die sich leicht unter Druck setzen lasse.

16 Hinzu komme, dass dieser Restitutionsgrund verspätet geltend gemacht worden sei. Bei erstmaliger Geltendmachung der behaupteten Nötigung am 21. Juni 2017 sei sowohl die Frist von einem Monat seit Kenntniserlangung von dem Anfechtungsgrund (§ 586 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 ZPO) als auch die Frist von fünf Jahren seit Rechtskraft des Urteils (§ 586 Abs. 2 Satz 2 ZPO) abgelaufen gewesen.

17 Mit ihrer Beschwerde begehren die Kläger die Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache und Verfahrensmängeln.

18 Das FA hält die Beschwerde für unbegründet.

Entscheidungsgründe

II.

19 Die Beschwerde ist unbegründet.

20 Keiner der von den Klägern geltend gemachten Zulassungsgründe ist tatsächlich gegeben.

21 1. Als Verfahrensmangel (§ 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO) rügen die Kläger zunächst, E habe in unzulässiger Weise bei der Entscheidung mitgewirkt.

22 Gemäß § 119 Nr. 2 FGO liegt stets ein Verfahrensmangel vor, wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen (dazu unten a) oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war (unten b). Im Streitfall ist jedoch keine dieser Alternativen erfüllt.

23 a) Die Vorschriften des § 41 ZPO (i.V.m. § 51 Abs. 1 Satz 1 FGO) regeln, in welchen Fällen ein Richter von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist.

24 aa) Die Kläger sind der Auffassung, E sei bereits gemäß § 580 Nr. 5 ZPO kraft Gesetzes von der Mitwirkung ausgeschlossen gewesen, weil gegen ihn der Vorwurf einer Straftat (Nötigung) erhoben worden sei.

25 Nach der genannten Vorschrift findet die Restitutionsklage statt, wenn ein Richter bei dem Urteil mitgewirkt hat, der sich in Beziehung auf den Rechtsstreit einer strafbaren Verletzung seiner Amtspflichten gegen die Partei schuldig gemacht hat. Weitere Voraussetzung ist allerdings, dass wegen der Straftat eine rechtskräftige Verurteilung ergangen ist oder die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweisen nicht erfolgen kann (§ 581 Abs. 1 ZPO). Schon daran fehlt es im Streitfall, so dass der Senat nicht dazu Stellung nehmen muss, ob § 580 ZPO den Katalog der in § 41 ZPO genannten Ausschließungsgründe überhaupt erweitern könnte.

26 bb) Nach § 41 Nr. 1 ZPO ist ein Richter ausgeschlossen in Sachen, in denen er selbst Partei ist oder bei denen er zu einer Partei in dem Verhältnis eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regresspflichtigen steht.

27 Auch wenn es in dem angefochtenen Urteil wesentlich um das eigene Verhalten des E ging, wird er dadurch nicht zur "Partei" (zum Beteiligten). Die Beteiligten an einem finanzgerichtlichen Verfahren sind in § 57 FGO abschließend aufgezählt. Ein Richter, dessen persönliches Verhalten zu ermitteln und zu bewerten ist, fällt nicht unter diese Aufzählung.

28 Darüber hinaus ließe sich konstruieren, dass E --sollte er tatsächlich das vom Kläger behauptete Verhalten an den Tag gelegt haben und dies als Straftat zu bewerten sein-- zum Kläger im Verhältnis eines Regresspflichtigen im Hinblick auf einen etwaigen Amtshaftungsanspruch stehen könnte. Indes entspricht es allgemeiner Auffassung, dass sich eine solche Regresspflicht aus dem Streitgegenstand des Verfahrens ergeben muss, eine etwaige Regresspflicht des Richters wegen fehlerhafter Verfahrensführung aber kein Fall des § 41 Nr. 1 ZPO ist (Oberlandesgericht Frankfurt, Beschluss vom 15. Juni 2016 4 W 22/16, Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht 2017, 191, Rz 22; Zöller/Vollkommer, ZPO, 32. Aufl., § 41 Rz 7; vgl. auch § 72 Abs. 2 Satz 1 ZPO, wonach eine Streitverkündung gegen das Gericht auch dann ausgeschlossen ist, wenn eine Partei für den Fall des ihr ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits einen Anspruch auf Schadloshaltung gegen das Gericht erheben zu können glaubt).

29 cc) Gemäß § 41 Nr. 5 ZPO ist ein Richter in Sachen ausgeschlossen, in denen er als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist. Voraussetzung ist nach dem klaren Gesetzeswortlaut allerdings, dass der Richter tatsächlich als Zeuge vernommen wurde. Hingegen tritt die Ausschlusswirkung nicht schon dann ein, wenn eine Vernehmung des Richters als Zeuge --wie hier-- in Betracht kommt (ebenso Beschluss des Bundesgerichtshofs --BGH-- vom 11. November 2008 4 StR 480/08, Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungsreport Strafrecht 2009, 85, zur gleichlautenden Regelung des § 22 Nr. 5 StPO).

30 Ob das Unterbleiben einer Zeugenvernehmung des E seinerseits im Hinblick auf die dem FG obliegende Sachaufklärungspflicht verfahrensfehlerhaft war, braucht der Senat vorliegend nicht zu entscheiden, weil die Kläger

keine hierauf bezogene Verfahrensrüge erhoben haben.

31 dd) Auch § 41 Nr. 6 ZPO ist nicht einschlägig. Nach dieser Regelung ist ein Richter in Sachen ausgeschlossen, in denen er in einem früheren Rechtszug bei dem Erlass der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat.

32 Der Begriff des "Rechtszugs" ist in der ZPO stets dadurch gekennzeichnet, dass es sich um den Instanzenzug zu einem höheren Gericht handelt (vgl. § 36 Abs. 1, § 45 Abs. 3, § 103 Abs. 2 Satz 1, § 119 Abs. 1 Satz 2, § 127 Abs. 1 Satz 2, § 172 Abs. 2, § 511 Abs. 1, § 531, § 534, § 538 Abs. 2 Satz 1 ZPO und öfter). Daran fehlt es, wenn ein Kläger --wie vorliegend-- geltend macht, das Verfahren des ersten Rechtszugs sei deshalb fortzusetzen, weil eine abgegebene Erledigungserklärung unwirksam sei. Dementsprechend ist § 41 Nr. 6 ZPO auch auf "echte" Wiederaufnahmeverfahren --um ein solches handelte es sich vorliegend nicht einmal-- nicht anwendbar (BFH-Beschlüsse vom 4. November 1998 IV R 74/97, BFH/NV 1999, 641, und vom 21. September 1993 IV R 78/92, BFH/NV 1994, 795, m.w.N.; ebenso BGH-Urteil vom 5. Dezember 1980 V ZR 16/80, Neue Juristische Wochenschrift --NJW-- 1981, 1273, unter I., m.w.N.), zumal eine dem § 23 Abs. 2 Satz 1 StPO entsprechende Vorschrift in der ZPO gerade fehlt.

33 ee) Die in § 41 ZPO enthaltene Aufzählung der gesetzlichen Ausschließungsgründe ist abschließend (ständige höchstrichterliche Rechtsprechung, vgl. BGH-Entscheidungen vom 4. Dezember 1989 RiZ (R) 5/89, NJW 1991, 425, unter 1.a, und vom 20. Oktober 2003 II ZB 31/02, NJW 2004, 163, unter II.2.a; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Oktober 1979 3 C 117/79, NJW 1980, 2722). Diese Wertung beruht auf der verfassungsrechtlichen Forderung, den gesetzlichen Richter im Voraus möglichst eindeutig zu bestimmen.

34 Zwar gehört es zum Wesen der richterlichen Tätigkeit, dass sie von einem nichtbeteiligten Dritten in sachlicher und persönlicher Unabhängigkeit ausgeübt wird (BVerfG-Beschlüsse vom 17. Dezember 1969 2 BvR 271, 342/68, BVerfGE 27, 312, unter C.4. vor a, und vom 24. März 1982 2 BvH 1, 2/82, 2 BvR 233/82, BVerfGE 60, 175, unter B.II.1., beide m.w.N.). Die Beteiligten bleiben aber auch in denjenigen Fällen, die von der abschließenden Aufzählung des § 41 ZPO nicht erfasst werden, obwohl ein Mitglied des zuständigen Gerichts --wie hier-- in vergleichbarer Weise zum "Richter in eigener Sache" zu werden droht, nicht schutzlos, sondern haben die Möglichkeit, einen solchen Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen. Dem verfassungsrechtlichen Gebot, wonach gewährleistet sein muss, dass der Rechtsuchende nicht vor einem Richter steht, der aus bestimmten Gründen die gebotene Neutralität und Distanz vermissen lässt, ist jedenfalls im Grundsatz auch dann hinreichend Rechnung getragen, wenn die prozessuale Konstellation, in der es einem Richter --tatsächlich oder typischerweise-- an der gebotenen Neutralität fehlt, zwar keinem gesetzlichen Ausschließungsgrund unterfällt, wohl aber die Möglichkeit zur Stellung eines Ablehnungsantrags gegeben ist (ausführlich BVerfG-Beschluss vom 26. Januar 1971 2 BvR 443/69, BVerfGE 30, 149, unter III.1.).

35 b) E ist auch nicht wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt worden, so dass die Voraussetzungen der zweiten Alternative des § 119 Nr. 2 FGO ebenfalls nicht erfüllt sind.

36 aa) Die --fachkundig vertretenen-- Beteiligten haben während des Klageverfahrens keinen Ablehnungsantrag gestellt. Die bloße *Möglichkeit*, mit Aussicht auf Erfolg ein Ablehnungsgesuch anzubringen, reicht nach dem klaren Wortlaut des § 119 Nr. 2 FGO nicht aus und bewirkt auch keine unvorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts i.S. des § 119 Nr. 1 FGO (BFH-Beschlüsse vom 20. November 2002 I B 99/02, BFH/NV 2003, 335, unter II.1.c, und vom 30. Mai 2012 III B 239/11, BFH/NV 2012, 1470, Rz 21 f.; BGH-Urteil vom 9. November 1992 II ZR 230/91, BGHZ 120, 141, unter 1.).

37 bb) Im Übrigen haben die Kläger ihr zunächst bestehendes Ablehnungsrecht nach § 43 ZPO verloren. Nach dieser Vorschrift kann eine Partei einen Richter nicht mehr wegen Besorgnis der Befangenheit ablehnen, wenn sie sich bei ihm, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen, in eine Verhandlung eingelassen oder Anträge gestellt hat.

38 Vorliegend war den Klägern der Ablehnungsgrund spätestens seit dem Zeitpunkt bekannt, als sie sich in der ersten mündlichen Verhandlung vor dem FG am 21. Juni 2017 erstmals auf die angeblich von E getätigte Äußerung berufen haben. E ist --für die Kläger erkennbar-- beim Erlass des Beweisbeschlusses am 19. Juli 2017 sowie in der zweiten mündlichen Verhandlung am 6. September 2017 weiterhin tätig geworden. Gleichwohl haben die Kläger den E nicht spätestens in dieser zweiten mündlichen Verhandlung abgelehnt, sondern dort ihre Sachanträge gestellt. Soweit die Kläger geltend machen, sie hätten Bedenken gegen die Mitwirkung des Richters E geäußert, die der Vorsitzende abgewiegelt habe, ist dies nicht protokolliert.

39 cc) E hat auch kein Selbstablehnungsverfahren nach § 48 ZPO eingeleitet. Ob eine gerichtliche Entscheidung, die ergeht, obwohl ein daran beteiligter Richter einen bestehenden Ablehnungsgrund nicht nach § 48 ZPO angezeigt hat, verfahrensfehlerhaft ist (so wohl BGH-Urteil vom 15. Dezember 1994 I ZR 121/92, NJW 1995, 1677, unter II.2.), kann der Senat offen lassen, da die Kläger keine hierauf gestützte Verfahrensrüge erhoben haben.

40 2. Als weiteren Verfahrensmangel rügen die Kläger, E sei bei Fällung des Einstellungsbeschlusses am 25. März 2011 nicht der gesetzliche Richter gewesen.

41 Dies trifft zwar zu. Allerdings hat das FG, das insoweit die Rechtsauffassung der Kläger geteilt hat, diesen Einstellungsbeschluss bereits am 21. Juni 2017 förmlich aufgehoben. Es ist daher nicht erkennbar, wie dieser zwischenzeitlich behobene Mangel das angefochtene Urteil noch sollte beeinflussen können.

42 3. Die Kläger rügen ferner, das FG habe nach der Aufhebung des Einstellungsbeschlusses vom 25. März 2011 darüber entscheiden müssen, ob auch die weiteren 50 % der Aufwendungen, für die die Kläger einen Zusammenhang mit der Patentvermarktung behauptet haben, als Betriebsausgaben abzuziehen seien. Die Kläger benennen insoweit zwar keinen Zulassungsgrund; der Senat versteht dieses Vorbringen aber dahingehend, dass die Kläger geltend machen wollen, das angefochtene Urteil sei insoweit nicht mit Gründen versehen (§ 119 Nr. 6 FGO). Das Vorbringen der Kläger beruht auf ihrer nunmehrigen Auffassung, ihre damalige Erledigungserklärung habe sich nur auf 50 % der streitigen Betriebsausgaben bezogen, nicht aber auf das gesamte Verfahren.

43 § 119 Nr. 6 FGO ist allerdings nur dann einschlägig, wenn die Frage, die das Gericht übergangen haben soll, einen wesentlichen Streitpunkt vor dem FG gebildet hat; der spätere Rechtsmittelführer muss sich bereits vor dem FG auf den nunmehr vorgebrachten Standpunkt berufen haben (BFH-Beschluss vom 10. Januar 2007 VIII B 218/05, BFH/NV 2007, 1086, unter II.1.).

44 Daran fehlt es. Die Kläger hatten in ihrer Klagebegründung vom 3. April 2013 in diesem Zusammenhang lediglich geltend gemacht, sie hätten sich auf den Vorschlag des Gerichts, die Hauptsache für erledigt zu erklären, nicht eingelassen, wenn E zuvor ausgeführt hätte, dass nur die Hälfte der Hauptsache für erledigt erklärt werden könne und das Verfahren über die anderen 50 % fortzusetzen sei.

45 Auf dieses Vorbringen musste das FG im Urteil schon deshalb nicht eingehen, weil es ersichtlich unerheblich war. E war unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt verpflichtet, den von den Klägern gewünschten modifizierten Erledigungsvorschlag zu unterbreiten. Auf unerhebliches Vorbringen muss das FG aber nicht eingehen. Die nunmehrige Auffassung der Kläger, ihre Erledigungserklärung habe sich von vornherein nur auf 50 % der streitigen Beträge bezogen, haben sie im Klageverfahren hingegen nicht vorgebracht.

46 4. Als grundsätzlich bedeutsam (§ 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO) sehen die Kläger die Rechtsfrage an, "ob im vorliegenden Fall eine übereinstimmende Erklärung zur Hauptsache am 24.03.2011 vorgelegen hat, wenn sich die Parteien nur über 50 % des Streitgegenstandes verständigt haben".

47 Damit kann eine grundsätzlich bedeutsame Rechtsfrage schon deshalb nicht dargelegt werden, weil die Formulierung der Kläger ausschließlich einzelfallbezogen ist. Im Übrigen wäre diese Rechtsfrage im Streitfall auch nicht klärungsfähig (für eine Entscheidung im Revisionsverfahren rechtserheblich; vgl. zu diesem Erfordernis Senatsbeschluss vom 23. Januar 2013 X B 84/12, BFH/NV 2013, 771, unter II.1.a, m.w.N.), weil nichts dafür ersichtlich ist, dass die Beteiligten sich nur über die Behandlung von 50 % der Betriebsausgaben verständigen und den Rechtsstreit im Übrigen fortsetzen wollten.

48 5. Auch die von den Klägern gerügten Verstöße gegen die Grundregeln der Bewertung von Zeugenaussagen können nicht zur Zulassung der Revision führen, weil die Grundsätze der Beweiswürdigung dem materiellen Recht angehören (Senatsbeschlüsse vom 25. März 2010 X B 176/08, BFH/NV 2010, 1455, und vom 19. Januar 2011 X B 127/10, BFH/NV 2011, 632, unter 3.).

49 6. Die weiteren Einwendungen der Kläger --die sie selbst nicht in Beziehung zu einem der in § 115 Abs. 2 FGO abschließend aufgeführten Zulassungsgründe gesetzt haben-- betreffen vermeintliche materiell-rechtliche Fehler des FA und des FG. Ein Zulassungsgrund kann mit derartigem Vorbringen grundsätzlich nicht dargelegt werden (Senatsbeschluss vom 15. Oktober 2014 X B 38/14, BFH/NV 2015, 156, Rz 10, m.w.N.).

50 7. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

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

Quelle: www.bundesfinanzhof.de