

# Beschluss vom 28. Oktober 2020, XI B 26/20

## Rechtsmissbräuchliches Ablehnungsgesuch

ECLI:DE:BFH:2020:B.281020.XIB26.20.0

BFH XI. Senat

FGO § 51 Abs 1 S 1, ZPO § 42 Abs 2, ZPO § 44 Abs 3, FGO § 115 Abs 1 Nr 1, FGO § 115 Abs 2 Nr 3, UStG § 15 Abs 1 Nr 1  
vorgehend Niedersächsisches Finanzgericht, 21. Mai 2020, Az: 11 K 180/19

## Leitsätze

1. NV: Ein Ablehnungsgesuch kann grundsätzlich nur in zulässiger Weise wiederholt werden, wenn neue Ablehnungsgründe oder Beweismittel geltend gemacht werden. Allerdings kann es auch genügen, die bisherigen Ablehnungsgründe zu ergänzen.
2. NV: Bei einer Entscheidung durch den sog. konsentierten Einzelrichter kann dieser selbst in den Gründen der Hauptsacheentscheidung das unzulässige Ablehnungsgesuch zurückweisen.

## Tenor

Die Beschwerde der Klägerin wegen Nichtzulassung der Revision gegen das Urteil des Niedersächsischen Finanzgerichts vom 22.05.2020 - 11 K 180/19 wird als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

## Tatbestand

I.

- 1 Im Klageverfahren vor dem Niedersächsischen Finanzgericht (FG) war der Vorsteuerabzug aus Eingangsrechnungen der Klägerin und Beschwerdeführerin (Klägerin) streitig. Die Klägerin ist eine GmbH, die insbesondere die Projektierung, Errichtung und den Verkauf von Wohnhäusern zum Gegenstand hat.
- 2 Die alleinige Anteilseignerin der Klägerin war Eigentümerin eines Grundstücks in X. Dieses sollte auf die Klägerin übertragen werden, damit für diese die Möglichkeit bestand, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung auf dem Grundstück ein Mehrfamilienhaus zu errichten und als Wohneigentum zu veräußern. Die Klägerin erhielt von einer Bank die Finanzierungszusage für dieses Projekt unter der Bedingung, dass mindestens zwei verbindliche Kaufverträge vorliegen.
- 3 Im Rahmen der Umsatzsteuererklärung 2013 und 2014 machte die Klägerin aus allgemeinen Betriebskosten Vorsteuerbeträge geltend. Im Wesentlichen handelte es sich um die Vorsteuer für die Anschaffung eines PKW und einer Alarmanlage.
- 4 Aufgrund einer Umsatzsteuer-Sonderprüfung lehnte der Beklagte und Beschwerdegegner (das Finanzamt) u.a. den Vorsteuerabzug aus diesen Rechnungen ab, weil die Klägerin bisher noch keine Umsätze erzielt habe und mit dem geplanten Verkauf von zu errichtenden Eigentumswohnungen ausschließlich steuerfreie Umsätze erzielen werde. Mit Umsatzsteuerbescheiden vom 23.11.2015 wurde daher die Umsatzsteuer 2013 und 2014 auf jeweils 0 € festgesetzt. Ebenso wurden die Umsatzsteuer-Vorauszahlungen für Januar bis März 2015 und für das 2. und 3. Kalendervierteljahr 2015 auf 0 € festgesetzt. Im dagegen erfolglos durchgeführten Einspruchsverfahren wurde auch die Umsatzsteuer 2015 durch Bescheid vom 22.12.2016 auf 0 € festgesetzt.

- 5 Gegen die Einspruchsentscheidung vom 05.06.2019 erhob die Klägerin Klage.
- 6 Im Klageverfahren stellte die Klägerin ein gegen den Berichterstatter gerichtetes Ablehnungsgesuch, das vom 11. Senat des FG ohne Beteiligung des Berichterstatters mit Beschluss vom 18.05.2020 zurückgewiesen wurde. Der Berichterstatter --so die Beschlussbegründung-- habe im Verlauf des Verfahrens mehrfach die Klägerin aufgefordert, ihre Verwendungsabsicht (umsatzsteuerpflichtiger Verkauf der Planungsleistungen) durch objektive Anhaltspunkte zu belegen oder Zeugen für den Nachweis dieser Absicht zu benennen. Nachdem dies geschehen sei, habe der Berichterstatter seine Rechtsauffassung schriftlich dargelegt und ein persönliches Erscheinen der Zeugen für unabdingbar gehalten, weil er sich ein persönliches Bild von der Glaubwürdigkeit der benannten Zeugen machen wolle. In dem Verhalten des Berichterstatters im Klageverfahren sei nicht zu erkennen, dass er voreingenommen gehandelt hätte.
- 7 Nach einem daraufhin am 19.05.2020 geführten Telefonat mit dem Berichterstatter stellte die Klägerin am 20.05.2020 einen weiteren Ablehnungsantrag, da der Berichterstatter bei seiner Auffassung geblieben sei. Er beabsichtige, die von der Klägerin benannten Zeugen zum Beweis für die klägerseits behauptete Verwendungsabsicht zu hören und verbleibe bei der Auffassung, dass eine aufschiebend bedingte Verwendungsabsicht der Klägerin gegeben sein könnte.
- 8 Die Klage wurde --nachdem die Beteiligten mit Schriftsätzen vom 26.08.2019 ihr Einverständnis mit einer Entscheidung durch den Berichterstatter gemäß § 79a Abs. 3, 4 der Finanzgerichtsordnung (FGO) erklärt hatten-- durch den Berichterstatter als unbegründet zurückgewiesen. Im Urteil wurde das erneute Ablehnungsgesuch vom 20.05.2020 mit der Begründung als unzulässig abgewiesen, dass die Klägerin darin keinen neuen Ablehnungsgrund geltend gemacht habe.
- 9 Die Klägerin wendet sich mit der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision. Sie macht die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache (§ 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO), das Erfordernis einer Entscheidung des Bundesfinanzhofs (BFH) zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 115 Abs. 2 Nr. 2 Alternative 2 FGO) und einen Verfahrensfehler (§ 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO) geltend.

## Entscheidungsgründe

II.

- 10 Die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin ist jedenfalls unbegründet und daher zurückzuweisen.
- 11 1. Die Revision ist nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO) zuzulassen.
- 12 a) Die Darlegung des Zulassungsgrundes der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache verlangt substantiierte Ausführungen zur Klärungsbedürftigkeit einer hinreichend bestimmten Rechtsfrage, die im konkreten Streitfall voraussichtlich klärbar und deren Beurteilung zweifelhaft oder umstritten ist. Hierzu muss sich der Beschwerdeführer mit der Rechtsprechung des BFH und den Äußerungen im Schrifttum auseinandersetzen. Insbesondere sind Ausführungen dazu erforderlich, in welchem Umfang, von welcher Seite und aus welchen Gründen die Beantwortung der Rechtsfrage zweifelhaft und umstritten ist. Liegt zu der vom Beschwerdeführer herausgestellten Rechtsfrage bereits höchstrichterliche Rechtsprechung vor, so gehört zu der Darlegung der Klärungsbedürftigkeit eine fundierte Stellungnahme dazu, weshalb diese Rechtsprechung noch nicht zu einer hinreichenden Klärung geführt habe oder aufgrund welcher neuen Entwicklung sie nunmehr erneut in Frage gestellt werden müsse. Allein der Umstand, dass zu einer bestimmten Rechtsfrage noch keine Entscheidung des BFH vorliegt, rechtfertigt noch nicht die Revisionszulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung (vgl. z.B. BFH-Beschlüsse vom 20.10.2015 - IV B 80/14, BFH/NV 2016, 168, Rz 7; vom 26.09.2017 - XI B 65/17, BFH/NV 2018, 240, Rz 12 ff.).
- 13 b) Ausgehend davon enthält die Beschwerdebegründung keine für eine Zulassung der Revision ausreichenden Darlegungen.
- 14 aa) Die Klägerin wirft folgende zwei Rechtsfragen auf:
- 15 Kann "eine Verwendungsabsicht in Gestalt einer aufschiebend bedingten Verwendungsabsicht auch bereits dann vorliegen [...], wenn es (noch) an der objektiven Möglichkeit der Verwirklichung dieser Absicht fehlt"?

- 16** Muss "eine solche aufschiebend bedingte Möglichkeit explizit aufgegeben werden bzw. gescheitert sein [...], um eine Verwendungsabsicht im Sinne der zum Zeitpunkt des Leistungsbezuges unbedingt möglichen Verwendung zu bejahen"?
- 17** bb) Unabhängig davon, dass sich die Klägerin im Zusammenhang mit diesen Rechtsfragen nicht mit der Rechtsprechung des BFH und den Äußerungen im Schrifttum auseinandergesetzt hat, fehlt es auch an der Klärungsbedürftigkeit. Die Vorinstanz hat zutreffend darauf hingewiesen, dass das Recht auf Vorsteuerabzug entsteht, soweit der Leistungsempfänger die durch objektive Anhaltspunkte belegte Absicht hat, besteuerte Verwendungsumsätze auszuführen (vgl. z.B. Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union --EuGH-- Sveda vom 22.10.2015 - C-126/14, EU:C:2015:712, Rz 20; BFH-Urteil vom 11.07.2012 - XI R 17/09, BFH/NV 2013, 266, Rz 66). Kommt es aufgrund von Umständen, die vom Willen des Leistungsempfängers unabhängig sind, nicht zu den beabsichtigten Umsätzen, bleibt der Vorsteuerabzug sogar endgültig bestehen (vgl. z.B. EuGH-Urteile INZO vom 29.02.1996 - C-110/94, EU:C:1996:67, Rz 20; Ghent Coal Terminal vom 15.01.1998 - C-37/95, EU:C:1998:1, Rz 19 und 20; Imofloresmira - Investimentos Imobiliários vom 28.02.2018 - C-672/16, EU:C:2018:134, Rz 40). Allerdings kann der Steuerpflichtige die Verwendungsentscheidung nicht "offen halten". Wegen der zeitgleichen Entstehung von Steueranspruch und Vorsteuerabzugsanspruch muss sich der Unternehmer sofort entscheiden, für welche Ausgangsumsätze er die empfangenen Eingangsleistungen verwenden will (vgl. z.B. BFH-Urteile vom 08.03.2001 - V R 24/98, BFHE 194, 522, BStBl II 2003, 430, unter II.1.b; vom 28.11.2002 - V R 51/01, BFH/NV 2003, 515, unter II.1.; vom 13.01.2011 - V R 12/08, BFHE 232, 261, BStBl II 2012, 61, Rz 53). Ohne die Sofortentscheidung des Unternehmers über die beabsichtigten Verwendungsumsätze kann der Vorsteuerabzugsanspruch dem Grunde und der Höhe nach nicht beurteilt werden (vgl. BFH-Urteil in BFH/NV 2003, 515, unter II.1.). Eine Verwendungsabsicht in Gestalt einer aufschiebend bedingten Verwendungsabsicht ist nicht maßgeblich, so dass sich damit zusammenhängende Rechtsfragen (s. dazu unter II.1.b aa) nicht stellen.
- 18** 2. Auch der geltend gemachte Zulassungsgrund der Divergenz (§ 115 Abs. 2 Nr. 2 Alternative 2 FGO) ist nicht den Darlegungsanforderungen des § 116 Abs. 3 Satz 3 FGO entsprechend dargetan.
- 19** a) Eine Zulassung der Revision gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 2 Alternative 2 FGO wegen Divergenz setzt voraus, dass das FG bei gleichem oder vergleichbarem Sachverhalt in einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage eine andere Auffassung vertritt als der BFH, der EuGH, das Bundesverfassungsgericht, der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, ein anderes oberstes Bundesgericht oder ein anderes Gericht; das FG muss seiner Entscheidung einen tragenden abstrakten Rechtssatz zugrunde gelegt haben, der mit den ebenfalls tragenden Rechtsausführungen in der Divergenzentscheidung des anderen Gerichts nicht übereinstimmt (vgl. BFH-Beschlüsse vom 22.07.2014 - XI B 29/14, BFH/NV 2014, 1780, Rz 10; vom 27.02.2018 - XI B 97/17, BFH/NV 2018, 738, Rz 8; vom 13.03.2019 - XI B 89/18, BFH/NV 2019, 945, Rz 22).
- 20** b) Zur schlüssigen Darlegung dieses Zulassungsgrundes muss der Beschwerdeführer tragende abstrakte Rechtssätze aus dem angefochtenen Urteil einerseits und aus der behaupteten Divergenzentscheidung andererseits herausarbeiten und einander so gegenüberstellen, dass die behauptete Abweichung erkennbar wird (vgl. z.B. BFH-Beschlüsse vom 09.05.2017 - XI B 13/17, BFH/NV 2017, 1198, Rz 16; vom 05.07.2018 - XI B 17/18, BFH/NV 2018, 1139, Rz 19; in BFH/NV 2019, 945, Rz 23). Aus der Beschwerdebegründung muss sich auch ergeben, dass dem Streitfall ein vergleichbarer Sachverhalt zugrunde liegt wie der Divergenzentscheidung (vgl. z.B. BFH-Beschlüsse vom 09.04.2014 - XI B 10/14, BFH/NV 2014, 1099, Rz 9; in BFH/NV 2018, 240, Rz 25; in BFH/NV 2019, 945, Rz 23).
- 21** c) Diesen Anforderungen wird die Beschwerdebegründung nicht gerecht. Die Klägerin behauptet zwar, dass die Vorentscheidung von einer Entscheidung des BFH (vgl. BFH-Urteil vom 26.02.1987 - V R 71/77, BFHE 150, 165, BStBl II 1987, 685) abweicht; allerdings stellt sie nicht konkrete Rechtssätze der angefochtenen Entscheidung und der vermeintlichen Divergenzentscheidung gegenüber.
- 22** 3. Im Kern stellt die Klägerin die materielle Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung in Frage. Dies vermag die Zulassung der Revision aber grundsätzlich nicht zu rechtfertigen (ständige Rechtsprechung, vgl. z.B. allgemein BFH-Beschlüsse vom 09.04.2014 - XI B 128/13, BFH/NV 2014, 1224, Rz 20; vom 21.01.2015 - XI B 88/14, BFH/NV 2015, 864, Rz 29; vom 03.02.2016 - XI B 53/15, BFH/NV 2016, 954, Rz 36).
- 23** 4. Die Revision ist schließlich nicht aufgrund von Verfahrensmängeln (§ 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO) zuzulassen. Die Abweisung des erneuten Ablehnungsgesuchs der Klägerin vom 20.05.2020 durch den Berichtersteller als unzulässig ist nicht zu beanstanden.
- 24** a) Nach § 51 Abs. 1 Satz 1 FGO i.V.m. § 42 Abs. 2 der Zivilprozessordnung (ZPO) findet die Ablehnung eines Richters

wegen Besorgnis der Befangenheit statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen dessen Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Grundsätzlich ist über das Ablehnungsgesuch ohne Mitwirkung des oder der abgelehnten Richter zu entscheiden (§ 51 Abs. 1 Satz 1 FGO i.V.m. § 45 Abs. 1 ZPO). Dabei kommt es darauf an, ob der betroffene Beteiligte von seinem Standpunkt aus bei vernünftiger objektiver Betrachtung Anlass hat, die Voreingenommenheit des abgelehnten Richters zu befürchten (vgl. BFH-Beschlüsse vom 01.04.2003 - VII S 7/03, BFH/NV 2003, 1331; vom 10.03.2015 - V B 108/14, BFH/NV 2015, 849; vom 29.12.2015 - IV B 68/14, BFH/NV 2016, 575). Grundsätzlich ist über das Ablehnungsgesuch nach vorheriger dienstlicher Äußerung des abgelehnten Richters ohne dessen Mitwirkung (§ 51 Abs. 1 Satz 1 FGO i.V.m. § 44 Abs. 3 ZPO) zu entscheiden. Ist in Ausnahmefällen das Ablehnungsgesuch wegen Rechtsmissbrauchs oder aus anderen Gründen offensichtlich unzulässig, so kann der Ablehnungsantrag in den Gründen der Hauptsacheentscheidung unter Mitwirkung des abgelehnten Richters zurückgewiesen werden (vgl. BFH-Beschlüsse vom 04.03.2014 - VII B 131/13, BFH/NV 2014, 1055; vom 03.07.2014 - V S 15/14, BFH/NV 2014, 1574; in BFH/NV 2016, 575). Im Fall einer Einzelrichterentscheidung oder einer Entscheidung eines sog. konsentierten Einzelrichters kann jener selbst in den Gründen der Hauptsacheentscheidung das Ablehnungsgesuch zurückweisen (vgl. BFH-Beschlüsse vom 08.01.2010 - V B 99/09, BFH/NV 2010, 911; vom 17.05.2010 - VII B 254/09, BFH/NV 2010, 1835; vom 07.10.2010 - II S 26/10 (PKH), BFH/NV 2011, 59 zu Einzelrichterentscheidungen; Brandis in Tipke/Kruse, § 51 FGO Rz 37).

- 25** Ein Fall des Rechtsmissbrauchs kann das Stellen eines wiederholten Ablehnungsgesuchs sein (vgl. BFH-Beschluss vom 02.02.2016 - X B 38/15, BFH/NV 2016, 930, Rz 25; Brandis in Tipke/Kruse, § 51 FGO Rz 38, m.w.N.). Ein Ablehnungsgesuch kann grundsätzlich nur in zulässiger Weise wiederholt werden, wenn neue Ablehnungsgründe oder Beweismittel geltend gemacht werden. Allerdings kann es auch genügen, die bisherigen Ablehnungsgründe zu ergänzen (vgl. BFH-Beschluss vom 18.12.1998 - III S 7/98, BFH/NV 1999, 945, unter II.2.c; Gräber/Stapperfend, Finanzgerichtsordnung, 9. Aufl., § 51 Rz 34).
- 26** b) Im Streitfall ist das Ablehnungsgesuch vom 20.05.2020 rechtsmissbräuchlich. Die Klägerin hat mit diesem Gesuch keine neuen Ablehnungsgründe vorgetragen oder ergänzt. Als Grund für dieses Ablehnungsgesuch bezog sich die Klägerin auf die telefonische Mitteilung des Berichterstatters vom 19.05.2020, in dem dieser weiterhin auf die Vernehmung eines Zeugen beharrt und ebenso seine bisherige Ansicht weiter vertreten hätte. Diese Ansicht und die Absicht zur Vornahme einer Zeugenvernehmung hatte er aber bereits vor Stellung des ersten Ablehnungsgesuchs geäußert, wobei die Umstände vom FG durch Beschluss vom 18.05.2020 bereits geprüft worden sind. Auf dieser Grundlage kann das Aufrechterhalten der Rechtsmeinung ein erneutes Ablehnungsgesuch nicht rechtfertigen.
- 27** 5. Der Senat sieht von einer weiteren Begründung ab (§ 116 Abs. 5 Satz 2 FGO).
- 28** 6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

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