

Beschluss vom 09. September 2026, X B 16/25

Befangenheit des Richters im zweiten Rechtsgang

ECLI:DE:BFH:2026:B.090926.XB16.25.0

BFH X. Senat

§ 51 Abs 1 S 1 FGO, § 41 Nr 6 ZPO, § 43 ZPO

vorgehend FG Düsseldorf, 22. November 2024, Az: 3 K 1318/15 E,F

Leitsätze

1. NV: Ein Richter ist nicht nach § 51 Abs. 1 Satz 1 der Finanzgerichtsordnung i.V.m. § 41 Nr. 6 der Zivilprozessordnung kraft Gesetzes an der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen, wenn er bei der erneuten Entscheidung nach einer Zurückverweisung mitwirkt, obwohl er bereits an der aufgehobenen Entscheidung mitgewirkt hat.
2. NV: Vermeintliche Verfahrens- oder Rechtsverstöße eines Richters rechtfertigen erst eine Besorgnis der Befangenheit, wenn eine ohne Weiteres feststellbare Fehlerhaftigkeit auf einer unsachlichen Einstellung des Richters oder Willkür beruht (ständige Rechtsprechung).

Tenor

Die Beschwerde des Klägers wegen Nichtzulassung der Revision gegen das Urteil des Finanzgerichts Düsseldorf vom 22.11.2024 - 3 K 1318/15 E,F wird als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat der Kläger zu tragen.

Gründe

- 1 Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Soweit der Kläger und Beschwerdeführer (Kläger) Revisionsgründe im Sinne von § 115 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) den Anforderungen des § 116 Abs. 3 Satz 3 FGO entsprechend dargelegt hat, liegen diese nicht vor.
- 2 1. Die vom Kläger geltend gemachten Verfahrensmängel (§ 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO) sind nicht gegeben.
- 3 a) Der gerügte Verfahrensmangel in Gestalt einer Verletzung des gesetzlichen Richters im Sinne des § 119 Nr. 2 FGO (i.V.m. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes --GG--) liegt nicht vor. Nach dieser Vorschrift ist ein Urteil stets als auf der Verletzung von Bundesrecht beruhend anzusehen, wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war.
- 4 aa) Das Finanzgericht (FG) ist zutreffend davon ausgegangen, dass es unter Mitwirkung des Berichterstatters Richter am Finanzgericht T entscheiden durfte. Dieser war trotz seiner Mitwirkung an dem FG-Urteil des ersten Rechtsgangs (FG Düsseldorf, Urteil vom 29.11.2019 - 3 K 1318/15 E, F, juris) nicht gemäß § 51 Abs. 1 Satz 1 FGO i.V.m. § 41 Nr. 6 der Zivilprozessordnung (ZPO) vom Verfahren im zweiten Rechtsgang ausgeschlossen.
- 5 (1) Nach § 51 Abs. 1 Satz 1 FGO i.V.m. § 41 Nr. 6 ZPO ist ein Richter in Sachen, in denen er in einem früheren Rechtszug oder im schiedsrichterlichen Verfahren bei dem Erlass der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen, sofern es sich nicht um die Tätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters handelt. Die Vorschrift betrifft nur die Mitwirkung beim Erlass der angefochtenen Entscheidung in einer früheren (unteren) Instanz, nicht dagegen die Mitwirkung an früheren, gegenüber demselben Kläger ergangenen Entscheidungen innerhalb derselben Instanz (Senatsbeschluss vom

12.09.2007 - X B 18/03, BFH/NV 2008, 102, unter II.1.c; vgl. auch Beschluss des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 30.05.2012 - III B 239/11, BFH/NV 2012, 1470, Rz 22, jeweils m.w.N.). Sie greift nur dann ein, wenn der Richter gerade bei der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat. Es reicht nicht aus, dass der Richter in derselben Sache in einem früheren Rechtszug bei einer anderen Entscheidung als der angefochtenen mitgewirkt hat (Beschlüsse des Bundesgerichtshofs --BGH-- vom 24.07.2012 - II ZR 280/11, Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht --NJW-RR-- 2012, 1341, Rz 2, und vom 18.12.2014 - IX ZB 65/13, NJW-RR 2015, 444, Rz 8, m.w.N.).

- 6 (2) Soweit in § 41 Nr. 6 ZPO von dem "früheren Rechtszug" die Rede ist, meint dies deshalb nicht den sogenannten "ersten Rechtsgang", der gegeben ist, wenn aufgrund einer Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung dieses Gericht erneut entscheiden muss. Der Begriff des "Rechtszugs" ist in der Zivilprozessordnung stets dadurch gekennzeichnet, dass es sich um den Instanzenzug zu einem höheren Gericht handelt (vgl. etwa § 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). Aus diesem Grunde ist § 41 Nr. 6 ZPO sogar auf "echte" Wiederaufnahmeverfahren nicht (!) anwendbar (Senatsbeschluss vom 09.05.2018 - X B 143/17, BFH/NV 2018, 973, Rz 32, m.w.N.). Eine dem § 23 Abs. 2 Satz 1 der Strafprozessordnung entsprechende Regelung --dort jedoch auch nur für die Mitwirkung im Wiederaufnahmeverfahren-- kennt die über § 51 Abs. 1 Satz 1, § 155 Satz 1 FGO anwendbare Zivilprozessordnung gerade nicht.
- 7 (3) § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO zeigt vielmehr, dass nach der Konzeption des Gesetzes die erneute Entscheidung nach einer Zurückverweisung gerade kein Fall des § 41 Nr. 6 ZPO ist. Die Vorschrift ermöglicht es, eine Zurückverweisung im Revisionsverfahren an einen anderen Spruchkörper des Berufungsgerichts vorzunehmen, im Finanzprozess an einen anderen Spruchkörper des FG. Das impliziert, dass die Zurückverweisung im Regelfall an denselben Spruchkörper erfolgt. Bei zügiger Entscheidung im Revisionsverfahren führt das regelmäßig dazu, dass der Spruchkörper des Berufungsgerichts/des FG vollständig oder zumindest teilweise personenidentisch besetzt ist. Wäre dies von Gesetzes wegen (§ 41 Nr. 6 ZPO) ausgeschlossen, wäre die in § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO eröffnete Option strukturell verfehlt.
- 8 (4) § 41 Nr. 6 ZPO kann nicht über seinen eindeutigen Wortlaut hinaus erweiternd ausgelegt werden. Der Katalog der Ausschlussgründe ist erschöpfend. Das geltende Verfahrensrecht ist von dem Gedanken geprägt, dass ein Richter grundsätzlich auch dann unvoreingenommen an die Beurteilung einer Sache herantritt, wenn er sich schon früher über denselben Sachverhalt ein Urteil gebildet hat. Besteht im konkreten Einzelfall die Besorgnis der Voreingenommenheit, ermöglicht das Ablehnungsverfahren nach §§ 42 ff. ZPO die Berücksichtigung solcher besonderen Umstände (vgl. Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 04.11.1974 - VII B 9/74, Neue Juristische Wochenschrift 1975, 1241; BGH-Beschluss vom 24.07.2012 - II ZR 280/11, NJW-RR 2012, 1341, Rz 3 f.; beide unter Bezugnahme auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 26.01.1971 - 2 BvR 443/69, BVerfGE 30, 149, unter III.1.). Dies ist ausreichend, um dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf einen neutralen Richter Rechnung zu tragen.
- 9 bb) Soweit der Kläger ausführt, dass die Vorsitzende des FG-Senats § 41 Nr. 6 ZPO nicht beziehungsweise falsch angewandt habe und in diesem Zusammenhang auf die abstrakte Gefahr einer Befangenheit eingeht, wäre eine solche auf § 119 Nr. 2 FGO gestützte Verfahrensrüge unzulässig. Abgesehen davon, dass schon nicht klar ist, ob der Kläger in diesem Zusammenhang von einer Befangenheit des Berichterstatters oder der Senatsvorsitzenden ausgeht, setzt § 119 Nr. 2 FGO nach seinem klaren Wortlaut voraus, dass der Richter "mit Erfolg abgelehnt war". Der Kläger hat aber noch nicht einmal vorgetragen, dass er während des Klageverfahrens überhaupt einen Ablehnungsantrag gestellt habe, erst recht nicht, dass dieser Erfolg gehabt habe.
- 10 Hätte das Gericht einen Ablehnungsantrag zurückgewiesen, läge ein Besetzungsmangel im Sinne des § 119 Nr. 1 FGO zwar vor, wenn dies willkürlich gewesen wäre (vgl. BFH-Urteil vom 22.02.2023 - I R 27/20, BFHE 280, 55, BStBl II 2023, 840, Rz 49). Die bloße Möglichkeit aber, 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 im Sinne des § 119 Nr. 1 FGO (so schon Senatsbeschluss vom 09.05.2018 - X B 143/17, BFH/NV 2018, 973, Rz 36, m.w.N.).
- 11 Im Übrigen ist auch nichts dafür ersichtlich, dass ein Befangenheitsantrag gegen die Senatsvorsitzende Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. Vermeintliche Verfahrens- oder Rechtsverstöße eines Richters können erst eine Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen, wenn eine --ohne Weiteres feststellbare-- Fehlerhaftigkeit auf einer unsachlichen Einstellung des Richters oder Willkür beruht (Senatsbeschluss vom 28.05.2020 - X S 38/19 (PKH), X S 4/20 (PKH),

BFH/NV 2020, 910, Rz 11, m.w.N.). Soweit die Vorsitzende auf die Mitwirkung des Berichterstatters T zurückgriff, war das jedoch noch nicht einmal fehlerhaft.

- 12** Schließlich hätte der Kläger ein etwaiges Ablehnungsrecht nach § 51 Abs. 1 Satz 1 FGO i.V.m. § 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. Dies ist hier der Fall.

(...)

- 13** 4. Der Senat hat von einer Darstellung des Sachverhalts und einer weiteren Begründung gemäß § 116 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 FGO abgesehen.
- 14** 5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de