



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

RiZ 2/16

vom

12. September 2018

in dem Prüfungsverfahren

Der Bundesgerichtshof - Dienstgericht des Bundes - hat am 12. September 2018 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof Mayen, den Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Karczewski, die Richterin am Bundesgerichtshof Dr. Menges, den Vorsitzenden Richter am Bundesfinanzhof Prof. Dr. Schneider und den Richter am Bundesfinanzhof Dr. Geserich

beschlossen:

Das Ablehnungsgesuch der Antragstellerin gegen den Vorsitzenden Richter am Bundesfinanzhof wird für unbegründet erklärt.

Gründe:

I.

- 1 Die Antragstellerin, Richterin am Bundesfinanzhof und gegenwärtig Mitglied des . Senats, hat in einem bei dem Senat anhängigen Prüfungsverfahren den als ersten Vertreter der begründet wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnten nichtständigen Beisitzerin des Bundesfinanzhofs mit Ablehnungsgesuch vom 4. Juli 2018 seinerseits wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt. Der abgelehnte Richter hat zum Ablehnungsgesuch Stellung genommen. Die Antragstellerin hat sich dazu mit Schriftsatz vom 5. August 2018 weiter geäußert. Sie macht insbesondere geltend, der abgelehnte Richter, der Ende des Jahres 2016 in das Präsidium des Bundesfinanzhofs gewählt worden ist, habe sich in zentralen Fragen des Prüfungsverfahrens gegen die Antragstellerin vorfestgelegt.

II.

- 2 Der Senat entscheidet über das Ablehnungsgesuch unter Beteiligung des zweiten Vertreters der nichtständigen Beisitzerin (vgl. Senatsbeschluss vom 22. November 2017 - RiZ 2/16, juris Rn. 3), der gemäß § 61 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 DRiG in Verbindung mit dem Beschluss des Präsidiums des Bundesgerichtshofs vom 9. November 2017 dem Senat gesetzmäßig angehört.
- 3 Nach § 61 Abs. 3 Satz 1 DRiG bestimmt das Präsidium des Bundesgerichtshofs unter anderem die nichtständigen Beisitzer des Dienstgerichts des Bundes; dazu gehören auch deren Vertreter. Dies ist für fünf Geschäftsjahre mit der Beschlussfassung über den Geschäftsverteilungsplan des Bundesgerichtshofs für das Jahr 2017 geschehen, wobei aufgrund der das Präsidium des Bundesgerichtshofs bindenden Vorgabe der Vorschlagsliste des Präsidiums des Bundesfinanzhofs, § 61 Abs. 3 Satz 2 DRiG, der abgelehnte Richter zum (ersten und einzigen) Vertreter der nichtständigen Beisitzerin des Bundesfinanzhofs bestellt worden ist. Aufgrund einer Verhinderung sowohl der nichtständigen Beisitzerin als auch des abgelehnten Richters nach § 62 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. e, § 66 Abs. 1 Satz 1 DRiG, § 54 Abs. 1 VwGO, § 47 Abs. 1 ZPO war die - bei der Beschlussfassung nach § 61 Abs. 3 Satz 1 DRiG mit der Jahresgeschäftsverteilung 2017 ex ante ausreichende - Vertreterkette im Herbst 2017 ausgeschöpft. In solchen Fällen kann grundsätzlich nach § 21e Abs. 3 GVG verfahren werden (BGH, Beschluss vom 4. Oktober 2016 - 2 ARs 335/16, StraFo 2017, 17). Für die Ergänzung der Vertreter der nichtständigen Beisitzer des Dienstgerichts des Bundes gilt nichts anderes. Eine solche Ergänzung hat das Präsidium des Bundesgerichtshofs durch Beschluss vom 9. November 2017 nicht nur für ein bestimmtes, bereits anhängiges Verfahren, sondern abstrakt-generell für die ver-

bleibende Amtszeit der nichtständigen Beisitzer des Bundesfinanzhofs vorgenommen. Dieser Beschluss steht entgegen der Rechtsmeinung der Antragstellerin mithin in Einklang mit dem Beschluss des Plenums des Bundesverfassungsgerichts vom 8. April 1997 (BVerfGE 95, 322 ff.).

4 Die Gesetzmäßigkeit der Besetzung des Senats für die hier zu treffende Entscheidung über das Ablehnungsgesuch der Antragstellerin ist nicht deshalb zu verneinen, weil das Präsidium des Bundesgerichtshofs einer Vorschlagsliste des Präsidiums des Bundesfinanzhofs "in eigener Sache" nicht hätte folgen dürfen. Im Gegenteil war das Präsidium des Bundesgerichtshofs ohne Rücksicht darauf nach § 61 Abs. 3 Satz 2 DRiG an die Vorschlagsliste des Präsidiums des Bundesfinanzhofs gebunden, dass die Antragstellerin Maßnahmen des Präsidiums des Bundesfinanzhofs zum Gegenstand des Prüfungsverfahrens macht. Eine Abweichung von dem in § 61 Abs. 3 Satz 2 DRiG vorgesehenen Verfahren bedürfte der gesetzlichen Grundlage, an der es für den Fall der sachlichen Betroffenheit des Präsidiums eines obersten Bundesgerichts durch ein Prüfungsverfahren fehlt.

### III.

5 Das Ablehnungsgesuch ist unbegründet.

6 1. Der abgelehnte Richter ist wegen seiner Mitgliedschaft im Präsidium des Bundesfinanzhofs nicht von Gesetzes wegen von der Ausübung des Amtes als Richter ausgeschlossen. Nach § 62 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. e, § 66 Abs. 1 Satz 1 DRiG, § 54 Abs. 2 VwGO wäre dies nur dann der Fall, wenn er "bei dem vorausgegangenen Verwaltungsverfahren mitgewirkt" hätte. Wenn ein Vorgang als Maßnahme der Dienstaufsicht angegriffen wird, entspricht der Mitwirkung an

dem vorangegangenen Verwaltungsverfahren nach § 54 Abs. 2 VwGO die Mitwirkung an dem mit dem Prüfungsantrag nach § 62 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. e DRiG angegriffenen Vorgang (BGH, Beschluss vom 24. April 2013 - RiZ 4/12, juris Rn. 2). Da die Antragstellerin zum Gegenstand ihres Prüfungsverfahrens Beschlüsse des Präsidiums des Bundesfinanzhofs macht, die vor der Wahl des abgelehnten Richters am 6. Dezember 2016 zum Mitglied des Präsidiums des Bundesfinanzhofs gefasst wurden, ist eine Vorbefassung im Sinne des § 54 Abs. 2 VwGO nicht gegeben.

7            2. Die Besorgnis der Befangenheit des abgelehnten Richters ist nicht gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. e, § 66 Abs. 1 Satz 1 DRiG, § 54 Abs. 3 VwGO begründet, weil der abgelehnte Richter Mitglied des Präsidiums des Bundesfinanzhofs ist. § 54 Abs. 3 VwGO setzt voraus, dass der Richter der Vertretung einer Körperschaft angehört, deren Interessen durch das Verfahren berührt werden. Diese Bestimmung ist hier nicht einschlägig. Der Bundesfinanzhof ist nicht körperschaftlich strukturiert und verfügt deshalb über kein dem einer (Gebiets-, Real- oder Personal-)Körperschaft vergleichbares Vertretungsorgan. Auf Mitglieder des Präsidiums eines obersten Bundesgerichts ist § 54 Abs. 3 VwGO nicht analog anwendbar (BVerwG, NJW 2014, 953 Rn. 23).

8            3. Die von der Antragstellerin angeführten Gesichtspunkte rechtfertigen nach § 62 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. e, § 66 Abs. 1 Satz 1 DRiG, § 54 VwGO, § 42 Abs. 2 ZPO auch im Übrigen nicht die Besorgnis der Befangenheit. Befangenheit ist zu besorgen, wenn aus der Sicht eines Verfahrensbeteiligten bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass gegeben ist, an der Unvoreingenommenheit und objektiven Einstellung des Richters zu zweifeln (Senatsbeschluss vom 22. November 2017 - RiZ 2/16, juris Rn. 4). Ein solcher Anlass besteht nicht.

- 9 a) Aus der Mitwirkung des abgelehnten Richters an Beschlüssen des Präsidiums, die die weitere Verwendung der Antragstellerin betrafen, ergibt sich kein Grund, der eine verständige Partei besorgen ließe, der abgelehnte Richter stehe der Sache nicht unvoreingenommen gegenüber. Die Mitwirkung als Mitglied des Präsidiums an dem Versuch, der Antragstellerin die von ihr gewünschte Rückkehr in den . Senat des Bundesfinanzhofs zu ermöglichen, lässt nicht auf eine Voreingenommenheit gegenüber der Antragstellerin schließen. Aus der dienstlichen Stellungnahme des abgelehnten Richters ergibt sich eine Vorfestlegung bei den Beratungen der - im Übrigen nach § 21e Abs. 7 Satz 1 GVG nicht notwendig einstimmig zu fassenden - Beschlüsse des Präsidiums des Bundesfinanzhofs zu den Gegenständen des Prüfungsverfahrens nicht. Nicht nach § 62 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. e, § 66 Abs. 1 Satz 1 DRiG, § 54 Abs. 1 VwGO, § 44 Abs. 2 ZPO glaubhaft gemacht ist weiter eine Parteinahme, die mit der Pflicht des erkennenden Richters zur Neutralität und Distanz unvereinbar wäre (BayObLG, WuM 1997, 69 [juris Rn. 7]; OLG Nürnberg, MDR 2016, 113 [juris Rn. 11 ff.]).
- 10 b) Die Stellung des abgelehnten Richters als Vorsitzenden des . Senats des Bundesfinanzhofs gibt bei vernünftiger Würdigung aller Umstände ebenfalls keinen Anlass, Befangenheit zu besorgen.
- 11 Zwar kann es die Besorgnis der Befangenheit begründen, wenn der abgelehnte Richter und ein Verfahrensbeteiligter nicht nur - was in Bundesrichter betreffenden Verfahren aufgrund der gesetzlichen Vorgabe des § 61 Abs. 2 Satz 2 DRiG vor dem Dienstgericht des Bundes regelmäßig der Fall ist - demselben Gericht angehören, sondern zugleich Mitglieder eines Spruchkörpers sind (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Juli 1957 - IV ARZ 5/57, LM Nr. 2 zu § 42 ZPO; BFH, Beschluss vom 14. November 1988 - VIII S 12/88, juris; Münch-KommZPO/Stackmann, 5. Aufl., § 42 Rn. 17). Mitglieder des . Senats des

Bundesfinanzhofs sind indessen am Prüfungsverfahren nicht im Sinne der § 66 Abs. 1 Satz 1 DRiG, § 63 VwGO beteiligt (vgl. BayVGH, Beschluss vom 14. Juni 2006 - 9 BV 05.1863, juris Rn. 10).

12 Dass die Antragstellerin im Prüfungsverfahren Mitglieder des . Senats des Bundesfinanzhofs als Zeugen benannt hat, genügt für sich nicht, um die Besorgnis der Befangenheit des abgelehnten Richters zu begründen. Schon seine eigene Benennung als Zeuge schliesse ihn nicht nach § 62 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. e, § 66 Abs. 1 Satz 1 DRiG, § 54 Abs. 1 VwGO, § 41 Nr. 5 ZPO von der Ausübung des Richteramtes aus; über einen entsprechenden Beweisantrag könnte er selbst mitentscheiden, ohne dass Befangenheit zu besorgen wäre (vgl. BVerwGE 63, 273 f.; BFH, Beschluss vom 22. September 2008 - II B 25/08, juris Rn. 3). Erst recht gilt dies für die bloße Benennung von Richtern als Zeugen, mit denen er in einem Spruchkörper verbunden ist.

13 Konkrete Umstände des Einzelfalls, aus denen sich ausnahmsweise etwas anderes ergeben könnte, sind weder erkennbar noch von der Antragstellerin glaubhaft gemacht. Dass dem Vorsitzenden eines Kollegialspruchkörpers allgemein daran gelegen sein wird, mit dessen Mitgliedern einschließlich der Geschäftsstelle konstruktiv und vertrauensvoll zusammenzuarbeiten, lässt im konkreten Fall nicht darauf schließen, dass er nicht in der Lage ist, zu Vorgängen vor seinem Eintritt in diesen Spruchkörper unvoreingenommen Stellung zu beziehen. Schon eine lockere Freundschaft begründet für sich, wie der Senat wiederholt und unter anderem auch in dieser Sache ausgeführt hat (BGH, Beschlüsse vom 2. Dezember 2015 - RiZ(R) 1/15, - RiZ(R) 2/15 und - RiZ(R) 3/15, jeweils juris Rn. 3, sowie vom 22. November 2017 - RiZ 2/16, juris Rn. 4), die Besorgnis der Befangenheit nicht. Erst recht gilt dies für eine rein dienstliche Beziehung.

14

4. Der Senat kann über das Ablehnungsgesuch abschließend entscheiden, ohne dass der abgelehnte Richter vorher aufgefordert werden müsste, zu den Ausführungen der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 5. August 2018 ergänzend Stellung zu nehmen. Dabei kann der Senat dahingestellt sein lassen, ob die von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 5. August 2018 angeführten Umstände nach dem Rechtsgedanken des § 25 Abs. 1 Satz 2 StPO schon deshalb nicht zur Rechtfertigung des Ablehnungsgesuchs herangezogen werden können, weil sie die Antragstellerin nicht sämtlich schon am 4. Juli 2018 vorgetragen hat (Zöller/Vollkommer, ZPO, 32. Aufl., § 43 Rn. 7). Auch dann, wenn der Rechtsgedanke des § 25 Abs. 1 Satz 2 StPO nicht entsprechend heranzuziehen wäre, bedarf es keiner weiteren dienstlichen Stellungnahme. Der abgelehnte Richter hat sich von Äußerungen eines beisitzenden Richters im . Senat des Bundesfinanzhofs zu einer einhelligen Auffassung aller Mitglieder des Präsidiums des Bundesfinanzhofs distanziert. Dass er Vorsitzender des

. Senats des Bundesfinanzhofs ist, ist dem Senat bekannt. Welche Folgerungen daraus aus Sicht eines verständigen Verfahrensbeteiligten zu ziehen sind, ist eine Rechtsfrage und vom Senat zu entscheiden.

Mayen

Karczewski

Menges

Schneider

Geserich