

## Finanzgerichtsordnung: FGO

Kommentar

Bearbeitet von

Begründet von Dr. Fritz Gräber, Bearbeitet von Dr. Ulrich Herbert, Vorsitzender Richter am Finanzgericht, Dr. Christian Levedag, Richter am Bundesfinanzhof, Dr. Eckart Ratschow, Richter am Bundesfinanzhof, Prof. Dr. Thomas Stapperfend, Präsident des Finanzgerichts, und Michaela Teller, Richterin am Bundesfinanzhof

9. Auflage 2019. Buch. XXVIII, 1736 S. Hardcover (In Leinen)

ISBN 978 3 406 72411 4

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Steuern > Steuerverfahrensrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

lende Gericht verwiesen oder, wenn die Wahl unterbleibt, an das vom verweisenden Gericht zu bestimmende (§ 17a II 2 GVG). – Zur **Bindung** des Gerichts, an das verwiesen worden ist, → Rn. 28 ff.

Die **Verweisung** erfolgt nach Anhörung der Beteiligten (§ 17a II 1 GVG) **durch Beschluss**. – Wegen der Einzelheiten → Rn. 19; und wegen der Kosten → Rn. 19, 44. 26

### 3. Bindungswirkung

**a) Bindung bei rechtskräftiger Bejahung der Zulässigkeit des Rechtswegs (§ 17a I GVG).** Hat ein Gericht den zu ihm beschrifteten Rechtsweg **rechtskräftig für zulässig** erklärt, sind andere Gerichte an diese Entscheidung gebunden (§ 17a I GVG). Dabei ist gleichgültig, ob die Zulässigkeit des Rechtswegs vorab oder in der Endentscheidung zur Hauptsache (→ Rn. 18) bejaht worden ist. Die Gerichte der anderen Gerichtszweige sind **bei Identität des Streitgegenstandes** (→ Rn. 14) in beiden Fällen an die Entscheidung gebunden. Davon ist nur unter besonderen Umständen eine Ausnahme zu machen. – Zum Umfang der Bindungswirkung → Rn. 32–34. – Zur Bindungswirkung des Rechtsmittelgerichts → Rn. 40. 28

Ein nach Beendigung der Rechtshängigkeit in derselben Sache vor einem Gericht eines anderen Gerichtszweiges erhobenes Rechtsschutzbegehren ist deshalb an das Gericht zu verweisen, das die Zulässigkeit des (zunächst) zu ihm beschrifteten Rechtswegs rechtskräftig bejaht hat (→ Rn. 24). Dasselbe muss gelten, wenn die Sache gleichzeitig bei Gerichten verschiedener Gerichtszweige anhängig gemacht worden ist und eines der angerufenen Gerichte den zu ihm beschrifteten Rechtsweg rechtskräftig bejaht hat (aA *Hartmann* in *BLAH* GVG § 17a Rn. 6: Abweisung als unzulässig).

Ist das Verfahren noch bei dem Gericht anhängig, das die Zulässigkeit des Rechtswegs bejaht hat, sind weitere Klagen/Anträge in derselben Sache vor einem Gericht eines anderen Rechtswegs als unzulässig abzuweisen (→ Rn. 12).

Eine § 17a I GVG entsprechende Regelung fehlt für den Fall, dass ein Gericht den zu ihm beschrifteten **Rechtsweg rechtskräftig für unzulässig erklärt** hat (§ 17a II 1 GVG). Da die Verweisung für das Adressatgericht bei Identität des Streitgegenstandes (→ Rn. 14) hinsichtlich des Rechtswegs stets bindend ist (→ Rn. 32 ff.), besteht auf den ersten Blick kein Handlungsbedarf. Die Frage der Bindung kann sich aber für ein drittes Gericht ergeben, wenn es früher oder gleichzeitig angerufen worden ist (bei späterer Anrufung greift § 17 I 2 GVG ein; → Rn. 11). ME ergibt sich die Bindung dann aus der materiellen Rechtskraft der Entscheidung über die Unzulässigkeit des Rechtswegs (*Hartmann* in *BLAH* GVG § 17a Rn. 6), so dass eine Verweisung an das Gericht, das die Zulässigkeit des Rechtswegs verneint hat, ausgeschlossen ist. 30

**b) Bindende Wirkung der Verweisung (§ 17a II 3 GVG).** Der formell rechtskräftige **Verweisungsbeschluss** ist für das Gericht, an das der Rechtsstreit verwiesen worden ist, **bei Identität des Streitgegenstandes** (→ Rn. 14) hinsichtlich des Rechtswegs **bindend**. Das bedeutet, dass das in dem Verweisungsbeschluss bezeichnete Gericht den Rechtsstreit weder zurück- noch (an ein drittes Gericht) weiterverweisen kann (BVerwG 1 WB 46/12, BeckRS 2015, 50598; *Kissel* NJW 1991, 945 (949)). Damit ist die früher streitig gewesene Frage nach der Zulässigkeit der **Weiterverweisung** in dem Sinne geklärt, dass der Rechtsweg mit der Verwei-

sung endgültig festliegt, eine Weiterverweisung an einen anderen Rechtsweg also **unzulässig** ist (BGH III ZB 2/04, NJW-RR 2005, 142; aA *Steinhoff* in HHS § 34 Rn. 130; → Rn. 34). Die Bindungswirkung tritt jedoch nicht ein, wenn nach (zulässiger) Klageänderung ein neuer Streitgegenstand zu beurteilen ist (BFH V S 21/04, BStBl. II 2005, 101; VI S 7/03, BFH/NV 2005, 1196; → § 38 Rn. 9) oder wenn sich das Gericht, an das verwiesen worden ist, zuvor rechtskräftig für unzuständig erklärt hatte.

Die **Bindungswirkung** tritt **auch** dann ein, **wenn** der **Verweisungsbeschluss mit den gesetzlichen Vorschriften über den Rechtsweg nicht im Einklang** steht oder wenn er mit Verfahrensmängeln (die nicht in der Versagung des rechtlichen Gehörs bestehen) behaftet ist (BFH VII B 221/90, BFH/NV 1991, 619 (620, 621); VI S 17/05, BFH/NV 2006, 329; II R 50/14, BStBl. II 2016, 691; BGH X ARZ 167/13, HFR 2013, 1159; X ARZ 146/14, NZS 2014, 675; sa BFH VII B 202/05, BFH/NV 2007, 251 (252)). Das ergibt sich aus dem Zweck der Neuregelung, ausgehend von der Gleichwertigkeit aller Gerichtszweige Rechtswestreitigkeiten abzukürzen. – Der Verweisungsbeschluss entfaltet **ausnahmsweise keine Bindungswirkung** hinsichtlich des Rechtswegs, wenn er auf der Versagung des rechtlichen Gehörs ggü. einem oder mehreren Verfahrensbeteiligten beruht (BFH IX S 5/94, BFH/NV 1995, 907; VI S 7/03, BStBl. II 2005, 573; X S 42/08, BFH/NV 2009, 780; III S 12/15, BFH/NV 2015, 1421; BAG 9 AS 5/17, BeckRS 2017, 129754; aA BGH X ARZ 174/15, NZA-RR 2015, 552, wenn von der Möglichkeit einer Beschwerde kein Gebrauch gemacht wurde) oder **offensichtlich unhaltbar** ist. Das ist zB der Fall, wenn sich die Verweisung bei Auslegung und Anwendung der maßgeblichen Normen in einer nicht mehr hinnehmbaren **willkürlichen** Weise von dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des gesetzlichen Richters entfernt und damit unter Berücksichtigung rechtsstaatlicher Grundsätze nicht mehr verständlich erscheint, also allenfalls bei „extremen Verstößen“ gegen die maßgeblichen Vorschriften. In einem solchen Fall muss die Bindungswirkung des Verweisungsbeschlusses hinter dem Rechtsgedanken des Art. 101 I 2 GG zurücktreten (BFH VII B 341/03, BStBl. II 2004, 458; X S 42/08, BFH/NV 2009, 780; VI S 10/11, BFH/NV 2012, 771; II R 50/14, BStBl. II 2016, 691; BVerwG 8 AV 2/12, BeckRS 2013, 53370; BGH X ARZ 167/13, HFR 2013, 1159; X ARZ 326/17, NJW-RR 2018, 250; BAG 9 AS 5/17, BeckRS 2017, 129754; zur Abgrenzung s. BFH VI S 17/05, BFH/NV 2006, 329; diese Voraussetzungen bejahend BGH 2 ARs 196/16, NJW 2017, 1689; ähnlich *W.-R. Schenke/Ruthig* in Kopp/Schenke VwGO Anh. § 41 Rn. 22; vgl. *Fischer MDR* 2016, 500). Letzteres wurde bejaht bei einem offensichtlichen Verstoß gegen den Grundsatz der perpetuatio fori (§ 17 I 1 GVG; → Rn. 10; BFH VI S 7/03, BStBl. II 2005, 573), nach einer Verweisung eines Amtshaftungsprozesses an das FG (FG BW 4 K 2089/09, EFG 2009, 1582; → Rn. 14), bei einer Verweisung (nahezu) ohne Begründung (BAG 10 AS 2/15, NJW 2015, 2523; 9 AS 2/18, NJW 2018, 3197) oder bei einer Verweisung durch ein Gericht, bei dem der Rechtsstreit nicht (mehr) anhängig war (BAG 10 AS 9/15, NZA 2016, 446). – **Negative Kompetenzkonflikte** sind damit grds. ausgeschlossen; entstehen sie dennoch, ist § 39 I Nr. 4 entsprechend anzuwenden (BFH VII B 341/03, BStBl. II 2004, 458; BGH X ARZ 167/13, HFR 2013, 1159; X ARZ 146/14, NZS 2014, 675; BVerwG 3 AV 1/12, BeckRS 2013, 46743). Zuständig ist das oberste Bundesgericht, das zuerst angerufen wird (BGH X ARZ 167/13, HFR 2013, 1159; X ARZ 76/17, NJW-RR 2017, 1215; BVerwG 6 AV 1/16, BeckRS 2016, 44237; BAG 9 AS 5/17, BeckRS 2017, 129754; BSG 4 SF 4/16 R, BeckRS 2016, 113426). Für die Beseitigung von Fehlern des verwei-

senden Gerichts ist grds. das Beschwerdeverfahren (→ Rn. 38) der richtige Weg. – Zur **Bindungswirkung einer gesetzwidrigen Rückverweisung** s. BGH III ZB 33/99, NJW 2000, 1343; Xa ARZ 283/10, MDR 2011, 253; BVerwG 1 WB 46/12, BeckRS 2015, 50598. Die **Bindung** erfasst nicht nur das Gericht, an das verwiesen worden ist, sondern auch das im Instanzenzug übergeordnete **Rechtsmittelgericht** (→ Rn. 40).

Die Bindungswirkung bezieht sich grds. **nur** auf das **konkrete Verfahren**, das verwiesen worden ist. Bei Verweisung eines Prozesskostenhilfverfahrens oder eines vorläufigen Rechtsschutzverfahrens (§§ 69, 114) erstreckt sich die Bindungswirkung deshalb **nicht** auf die **nachfolgende Hauptsache** (zB BFH VII R. 37/85, BStBl. II 1986, 410 (411); VIII R. 188/85, BStBl. II 1990, 582; BGH XII ARZ 14/91, NJW-RR 1991, 1342; Xa ARZ 167/09, NJW-RR 2010, 209; BAG 5 AS 5/92, NJW 1993, 751). Ist jedoch zunächst die Hauptsache verwiesen worden, tritt die Bindungswirkung auch für die **nachfolgenden Nebenverfahren** ein, wenn das Gericht als Gericht der Hauptsache bzw. als Prozessgericht für derartige Nebenverfahren zuständig ist (vgl. für den Fall des § 262 AO iVm §§ 771, 769 II ZPO; FG Brem II 198/90 V, EFG 1990, 557 (558)).

Die **Bindung** an den Verweisungsbeschluss gilt **nur hinsichtlich des Rechtswegs**. Das Gericht, an das der Rechtsstreit verwiesen worden ist, kann deshalb das Verfahren innerhalb seines Rechtswegs aus Gründen der sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit weiterverweisen (BAG AZB 45/17, NZA 2017, 1143; BSG B 12 SF 1/10 R., NZI 2013, 197; FG Hmb II 202/05, EFG 2006, 992; OLG Frankfurt aM 11 SV 116/45, BeckRS 2016, 15321; *Kissel*/NJW 1991, 945 (949); *Hüftege* in *Thomas/Putzo GVG* § 17a Rn. 12).

Das Gericht, an das verwiesen worden ist, hat bei **fehlerhafter**, aber bindender **Verweisung** das einschlägige materielle Recht anzuwenden und – im Rahmen seiner „**Hausverfahrensordnung**“ – diejenige Klage- und Verfahrensart zu wählen, die dem Rechtsschutzbegehren am besten gerecht wird (BFH VI S 17/05, BFH/NV 2006, 329; BVerwG IV C 216/65, NJW 1967, 2128; BGH IX ZB 40/89, NJW 1990, 1794; BSG B 8-SO-38/14 BH, BeckRS 2015, 67027; *W.-R. Schenke/Ruthig* in *Kopp/Schenke VwGO* Anh. § 41 Rn. 25; sa *Baumgärtel* ZZZP 73, 387 ff. (393); *Rupp* AöR 85, 181).

#### 4. Rechtsmittel

Gegen die Beschlüsse nach § 17a II, III GVG (→ Rn. 18ff., 22ff.) ist grds. die Beschwerde gegeben (§ 17a IV 3 GVG). Da die FG obere Landesgerichte sind (§ 2), ist die Beschwerde zum BFH (§§ 128ff.) jedoch nur statthaft, wenn sie in dem Beschluss **ausdrücklich zugelassen** worden ist (§ 17a IV 4 GVG; BFH IX B 77/06, BFH/NV 2006, 2095; VII B 282/06, BFH/NV 2007, 264; X B 47/07, BFH/NV 2007, 1844; X B 62/12, BFH/NV 2012, 1820). Die Entscheidung über die Zulassung kann **nachträglich** getroffen werden (BFH VII B 282/06, BFH/NV 2007, 264; X B 62/12, BFH/NV 2012, 1820). Die Beschwerde ist **auch im vorläufigen Rechtsschutz** zulässig (BFH VII B 277/00, BStBl. II 2001, 306; HmbOVG 3 So 119/13, NJW 2014, 1196; aA BVerwG 6 B 65/06, NVwZ 2006, 1291; BSG B 3 SF 1/08 R., SozR 4-1720 § 17a Nr. 4 zur weiteren Beschwerde an das BVerwG bzw. BSG). – Die Zulassung hat – abw. von § 128 III – zu erfolgen, wenn die Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat (vgl. § 115 II Nr. 1, 2 Fall 1) oder wenn das FG von der Entscheidung eines obersten Gerichtshofes des Bundes oder des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes (nicht einer

Entscheidung des BVerfG oder des EuGH) abweicht (§ 17a IV 5 GVG). Die Beschwerde ist im Interesse der Einheitlichkeit der Rspr. weit gefasst. Eine **Nichtzulassungsbeschwerde** ist **nicht vorgesehen** (BFH VII S 16/97, BFH/NV 1997, 794; IV B 146/99, BFH/NV 2000, 413 (414); IX B 125/01, BFH/NV 2002, 513 (514); BVerwG 4 B 223/93, NVwZ 1994, 782; *Kissel* NJW 1991, 949; vgl. auch die Erläuterungen zu → § 69 Rn. 265 ff.). – Die Möglichkeit, eine **außerordentliche Beschwerde** wegen „greifbarer Gesetzesverletzung“ einzulegen, besteht seit Einfügung des § 133a nicht mehr (→ Vor § 115 Rn. 50 f.). Auch eine Auslegung als **Gegenvorstellung** kommt nicht in Betracht (BFH XI B 140/13, BFH/NV 2014, 879; iÜ → Vor § 115 Rn. 40 ff.). – Der BFH ist an die Zulassung der Beschwerde gebunden (§ 17a IV 6 GVG). – Es gelten die Vorschriften über den **Vertretungszwang** (→ § 62 Rn. 55 ff.).

- 39 Ist die Zulässigkeit des Rechtswegs in der Entscheidung über die Hauptsache (stillschweigend) mit ausgesprochen worden, ist eine Beschwerde nicht statthaft. Die Bejahung des Rechtswegs kann dann mit der Hauptsache nur angefochten werden, wenn das FG über eine Rüge des Rechtswegs nicht vorab (§ 17a III 2 GVG) entschieden hat (→ Rn. 40).

Zur **Aussetzung des Hauptsacheverfahrens** bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens → § 74 Rn. 3 ff.

## 5. Unanfechtbarkeit mit der Hauptsache (§ 17a V GVG)

- 40 § 17a V GVG **schließt** in Übereinstimmung mit dem Zweck der Regelung die **Überprüfung** des Rechtswegs **durch das Gericht aus, das über ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache befindet**. Diese Beschränkung bedeutet eine Abkehr von dem früher geltenden Grundsatz, nach dem die Zulässigkeit des Rechtswegs in jeder Lage des Verfahrens und in jeder Instanz von Amts wegen zu prüfen war. Die Regelung gilt nicht nur für das Revisionsverfahren, sondern auch für das eine Hauptsache betreffende Beschwerdeverfahren (zB im vorläufigen Rechtsschutz – BFH VII B 40/97, BFH/NV 1998, 424 (426) und in selbstständigen Nebenverfahren). Grds. reicht es für die Bindung des Rechtsmittelgerichts nach § 17a V GVG aus, dass das FG die Zulässigkeit des Rechtswegs in der Hauptsacheentscheidung ausdrücklich oder stillschweigend bejaht hat (BFH V R 40/04, BStBl. II 2009, 208; II R 17/11, BStBl. II 2013, 639; V R 20/15, BStBl. II 2016, 548). Dies gilt aber **nicht, wenn** das erstinstanzliche Gericht **trotz** einer **Rüge**, dass der Finanzrechtsweg nicht eröffnet sei, **ohne** eine **Vorabentscheidung** nach § 17a III 2 GVG in der Hauptsache entschieden hat. Denn den Beteiligten soll jedenfalls dem Grunde nach die Beschwerdemöglichkeit (→ Rn. 38) eröffnet werden (BFH X B 216/13, BFH/NV 2014, 1888; VII B 113/14, BFH/NV 2015, 338; II R 50/14, BStBl. II 2016, 691; BVerwG 3 C 55/04, BVerGE 124, 321; BGH I ZR 58/16, MDR 2018, 46; *Steinhauff* in HHS § 34 Rn. 177). Da das FG bei einem Verstoß gegen § 17a III 2 GVG nicht vor die Frage gestellt wird, ob es nach § 17a IV 4 und 5 GVG die Beschwerde zulässt, ist dem BFH die Möglichkeit, den Rechtsweg zu prüfen, auch dann eröffnet, wenn das FG die Revision nicht zugelassen hat (iE glA BFH V S 5/14 (PKH), BFH/NV 2014, 1381; aA BGH IX ZR 55/15, NJW 2016, 403). Die Beschränkung nach § 17a V GVG gilt **auch in den Fällen der Verweisung**. Das Rechtsmittelgericht kann deshalb im Allgemeinen nur noch als Beschwerdegericht iRd Vorabentscheidungsverfahren (§ 17a II–IV GVG) mit Fragen der Zulässigkeit des Rechtswegs befasst werden. iÜ muss es die in der ersten Instanz getroffenen Entscheidungen zur Zulässigkeit des Rechtswegs regel-

mäßig hinnehmen (BFH V R 40/04, BStBl. II 2009, 208; II B 59/13, BFH/NV 2014, 1504), es sei denn, dass die unzutreffende Annahme der Zuständigkeit auf Gründen beruht, die offensichtlich unhaltbar und unter Berücksichtigung rechtsstaatlicher Grundsätze nicht mehr verständlich sind, und sie sich deshalb in einer nicht mehr hinnehmbaren, willkürlichen Weise vom verfassungsrechtlichen Grundsatz des gesetzlichen Richters (Art. 101 I 2 GG) entfernt (BFH V B 39/13, BFH/NV 2014, 715; II B 59/13, BFH/NV 2014, 1504; → Rn. 32). – **Ausnahmsweise** muss das Rechtsmittelgericht über die Zulässigkeit des Rechtsweges befinden, wenn gegen ein Urteil, durch das die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen worden ist, Revision eingelegt wird (BSG B 9 V 24/98 R, NVwZ-RR 2000, 648).

### III. Folgen der Verweisung (§ 17b GVG)

#### § 17b GVG [Anhängigkeit nach Verweisung; Kosten]

(1) <sup>1</sup>Nach Eintritt der Rechtskraft des Verweisungsbeschlusses wird der Rechtsstreit mit Eingang der Akten bei dem im Beschluß bezeichneten Gericht anhängig. <sup>2</sup>Die Wirkungen der Rechtshängigkeit bleiben bestehen.

(2) <sup>1</sup>Wird ein Rechtsstreit an ein anderes Gericht verwiesen, so werden die Kosten im Verfahren vor dem angegangenen Gericht als Teil **der Kosten** behandelt, die bei dem Gericht erwachsen, an das der Rechtsstreit verwiesen wurde. <sup>2</sup>Dem Kläger sind die entstandenen Mehrkosten auch dann aufzuerlegen, wenn er in der Hauptsache obsiegt.

(3) Absatz 2 Satz 2 gilt nicht in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

**Nach Eintritt der Rechtskraft des Verweisungsbeschlusses** wird der **Rechtsstreit** mit Eingang der Akten **bei dem im Beschluss bezeichneten Gericht anhängig** (§ 17b I 1 GVG). Das gilt auch dann, wenn die Verweisung sachlich falsch ist (BAG 10 AS 9/15, NZA 2016, 446; → Rn. 32).

Mit der Formulierung „wird anhängig“ ist keine neue Rechtshängigkeit gemeint, sondern **nur die prozessuale Zuordnung des Rechtsstreits** zu dem Adressatgericht (Amtliche Begründung BT-Drs. 11/7030, 38; Kissel NJW 1991, 945 (949)). Aktenübersendung (nach Eintritt der Rechtskraft) und Registrierung des Verfahrens bei dem Gericht, an das verwiesen worden ist, sind reine Formalakte. Der Rechtsstreit wird bei dem Gericht, an das er verwiesen worden ist, so anhängig, als ob er bei ihm von Anfang an rechtshängig gewesen wäre. Das Verfahren vor dem verweisenden Gericht bildet mit dem Verfahren vor dem Adressatgericht eine Einheit. Die bisherigen **Prozesshandlungen** der Beteiligten und Maßnahmen des Gerichts sind grds. so zu behandeln, als ob sie vor oder von dem Adressatgericht vorgenommen worden wären, es sei denn, das Verfahrensrecht schreibt ausdrücklich etwas anderes vor. So ist insbes. eine mündliche Verhandlung zu wiederholen (§ 103). – Wegen der Einzelheiten s. *W.-R. Schenke/Ruthig* in Kopp/Schenke VwGO Anh. § 41 Rn. 26 – Hinsichtlich der Zulässigkeit des Rechtswegs ist § 17a I GVG (→ Rn. 28f.) zu beachten.

Die **Wirkungen**, die der Eintritt **der Rechtshängigkeit** hat, **bleiben trotz der Verweisung bestehen** (§ 17b I 2 GVG). Dies bedeutet vor allem, dass eine durch die ursprüngliche Klageerhebung eingetretene **Fristwahrung** fortgilt (BFH X K 5/14, BFH/NV 2015, 515). Zur Wahrung der Klagefrist (vgl. § 47) genügt es also, dass die Klage im unzulässigen Rechtsweg rechtzeitig erhoben worden ist

(→ § 64 Rn. 5). IÜ bleiben die **materiell-rechtlichen Wirkungen** der Rechtshängigkeit (zB § 236 AO) rückwirkend erhalten. Für die Frage, ob Rechtshängigkeit eingetreten war, kommt es darauf an, dass die Voraussetzungen der Prozessordnung erfüllt sind, unter der die Klage erhoben wurde. Eine bei einem Zivilgericht erhobene Klage ist daher nur rechtshängig geworden, wenn sie zugestellt wurde (§ 253 I ZPO; → § 66 Rn. 6).

- 44 Das Verfahren vor dem zuerst angerufenen Gericht und dem Gericht, an das der Rechtsstreit verwiesen worden ist, bildet **kostenrechtlich** eine **Einheit** (§ 17b II 1 GVG). Das Adressatgericht hat also über die gesamten Kosten einschließlich der durch die Anrufung des ersten Gerichts entstandenen Kosten zu entscheiden.

Für die **Kosten des Beschwerdeverfahrens** (→ Rn. 38) gilt dies jedoch nicht. Über sie hat das Beschwerdegericht zu befinden (BFH VII B 4/97, BStBl. II 1997, 543; BGH V ZB 31/92, NJW 1993, 2541; BVerwG 8 B 30/14, NVwZ-RR 2015, 69; 7 B 45/15, NVwZ 2017, 242; → § 143 Rn. 9f.).

Dem Kläger/Antragsteller sind die entstandenen **Mehrkosten** auch dann aufzuerlegen, wenn er in der Hauptsache obsiegt (§ 17b II 2 GVG). „Mehrkosten“ sind der Unterschied zwischen den Gesamtkosten vor beiden Gerichten und den Kosten, die dem Beklagten bei sofortiger Anrufung des Gerichts des richtigen Rechtswegs entstanden wären (*Reichold* in Thomas/Putzo ZPO § 281 Rn. 18). – Im Verhältnis zur Staatskasse gilt § 4 GKG.

### § 34 (weggefallen)

Aufgehoben durch G v. 17.12.1990 (BGBl. I 2809); s. **Anh. § 33**.

#### Unterabschnitt 2. Sachliche Zuständigkeit

#### Vor §§ 35–39; Der Zuständigkeitsbegriff

**Literatur:** *Bornkamm*, Die Gerichtsbestimmung nach §§ 36, 37 ZPO, NJW 1989, 2713; *Herz*, Die gerichtliche Zuständigkeitsbestimmung, Dissertation Erlangen-Nürnberg 1990.

- Die §§ 35–39 legen fest, **welches FG** für die Entscheidung des konkreten Rechtsstreits **zuständig** ist (Zuständigkeit i.e.S.). Gleichzeitig wird dadurch der gesetzliche Richter (Art. 101 I 2 GG) bestimmt. Die Zuständigkeit des FG ist – ebenso wie die Zulässigkeit des Rechtswegs (§ 33, §§ 17–17b GVG – → Anh. § 33) – **Sachentscheidungsvoraussetzung** (→ Vor § 33 Rn. 4, 16). Die Rechtswegfrage ist logisch vorrangig. Ein FG kann nur dann zuständig sein, wenn der Finanzrechtsweg eröffnet ist. Entsprechend ist die sachliche vor der örtlichen Zuständigkeit zu prüfen.
- Zu unterscheiden sind die sachliche, die örtliche und die funktionelle Zuständigkeit (s. *Brandis* in TK Vor §§ 35–39 Rn. 2f.; *Schoenfeld* in Gosch § 70 Rn. 5; *Steinhauff* in HHS Vor §§ 35–39 Rn. 30ff.; *Schultzky* in Zöller ZPO § 1 Rn. 5ff.). Die Vorschriften über die **sachliche Zuständigkeit** (§§ 35–37) bestimmen nach der Art der Angelegenheit, welches Gericht das Verfahren erstinstanzlich zu erledigen hat. Die Vorschriften über die **örtliche Zuständigkeit** (§§ 35, 37) legen fest, welches Gericht erster Instanz das Verfahren wegen seiner räumlichen Beziehung zu der Streitsache (wegen seines örtlichen Sitzes) zu übernehmen hat. Die (im G nicht

ausdrücklich geregelte) **funktionelle Zuständigkeit** ist ein Unterfall der sachlichen Zuständigkeit (aA BFH IV B 190/02, BStBl. II 2003, 269) und betrifft die Frage, welches Rechtspflegeorgan in ein und derselben Streitsache welche Funktionen wahrzunehmen hat (Beispiele: Abgrenzung der Zuständigkeiten im Instanzenzug – auch **instanzielle Zuständigkeit** genannt, Abgrenzung der Zuständigkeiten des Vorsitzenden, des Berichterstatters und des Urkundsbeamten sowie des Senats und des Einzelrichters; s. aber auch BVerwG 4 B 37/13, ZLW 2014, 653).

### § 35 [Zuständigkeit der Finanzgerichte]

**Das Finanzgericht entscheidet im ersten Rechtszug über alle Streitigkeiten, für die der Finanzrechtsweg gegeben ist.**

Vgl. § 45 VwGO; § 8 SGG; §§ 23ff., 71 GVG.

**Literatur:** Vgl. Vor §§ 35–39.

§ 35 weist die erstinstanzliche (**sachliche Zuständigkeit**) (→ Vor §§ 35–39 1 Rn. 2) innerhalb des Finanzrechtswegs (§ 33) für **alle** Verfahren den Finanzgerichten zu. Abweichend davon ist für Klagen auf Entschädigung nach dem G über den **Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren** und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren v. 24.11.2011 (BGBl. I 2302) in erster und letzter Instanz der BFH zuständig (§ 155 S. 2 FGO iVm § 201 I GVG; → § 155 Rn. 85).

Soweit Streitsachen nach § 3 I Nr. 4, II einem von mehreren Gerichten eines Bundeslandes oder dem eines anderen Bundeslandes zugewiesen worden sind (zB für Zoll- und Verbrauchsteuersachen; → § 3 Rn. 3, 6), handelt es sich um eine **Frage der örtlichen**, nicht der sachlichen **Zuständigkeit** (vgl. BFH III R. 31/15, BStBl. II 2017, 642; FG Hmb 4 K 154/16, BeckRS 2017, 94048; aA wohl *n. Beckerrath* in Gosch § 35 Rn. 10.2).

### § 36 [Zuständigkeit des Bundesfinanzhofs]

**Der Bundesfinanzhof entscheidet über das Rechtsmittel**

- 1. der Revision gegen Urteile des Finanzgerichts und gegen Entscheidungen, die Urteilen des Finanzgerichts gleichstehen,**
- 2. der Beschwerde gegen andere Entscheidungen des Finanzgerichts, des Vorsitzenden oder des Berichterstatters.**

Vgl. § 49 VwGO; 39 I SGG; §§ 133, 135 GVG.

**Literatur:** Vgl. Vor §§ 35–39.

§ 36 regelt die **funktionelle Zuständigkeit** (→ Vor §§ 35–39 Rn. 2) **des BFH** 1 im Instanzenzug. – Zur Zuständigkeit des BFH iÜ s. §§ 39, 86 III und 155 S. 2 FGO iVm § 201 I GVG.

Der **BFH** ist als **Rechtsmittelgericht** einerseits für Entscheidungen über Revisionen (§§ 115, 118ff.) und Nichtzulassungsbeschwerden (§ 116) gegen Urteile und Revisionen gegen Gerichtsbescheide (§ 90a II) und andererseits für Entscheidungen über Beschwerden gegen Beschlüsse der FG einschließlich der Beschlüsse des Vorsitzenden oder des Berichterstatters (§ 79a I, IV) oder des Einzelrichters (§§ 6, 79a III, IV) zuständig. Rechtsmittel zum BFH gegen andere finanzgerichtliche

Entscheidungen (zB Verfügungen) sind nicht eröffnet, es fehlt schon an der Zuständigkeit des BFH, da diese anderen Entscheidungen in § 36 nicht erwähnt sind (BFH IX R 20/16, BFH/NV 2017, 165). Zur Zulässigkeit einer **Gegenvorstellung** gegen Beschlüsse des BFH → Vor § 115 Rn. 40ff.

- 3 In den Sachen, in denen der BFH als Rechtsmittelgericht zuständig ist, ist er auch für die mit der Hauptsache zusammenhängenden **Nebenverfahren** (letztinstanzlich) zuständig, also für die Entscheidung über Ablehnungsgesuche (§ 51 I FGO iVm § 45 I ZPO; § 82 FGO iVm § 406 II, IV ZPO), über die Aussetzung der Vollziehung (§ 69 III 1), über einstweilige Anordnungen (§ 114 I 1) und über die Gewährung von PKH (§§ 114ff. ZPO – → § 142 Rn. 1ff.).

### § 37 (weggefallen)

Aufgehoben durch Art. 1 des G v. 21.12.1992 (BGBl. I 2109).

## Unterabschnitt 3. Örtliche Zuständigkeit

### § 38 [Örtliche Zuständigkeit des Finanzgerichts]

(1) **Örtlich zuständig ist das Finanzgericht, in dessen Bezirk die Behörde, gegen welche die Klage gerichtet ist, ihren Sitz hat.**

(2) <sup>1</sup>Ist die in Absatz 1 bezeichnete Behörde eine oberste Finanzbehörde, so ist das Finanzgericht zuständig, in dessen Bezirk der Kläger seinen Wohnsitz, seine Geschäftsleitung oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat; bei Zöllen, Verbrauchsteuern und Monopolabgaben ist das Finanzgericht zuständig, in dessen Bezirk ein Tatbestand verwirklicht wird, an den das Gesetz die Abgabe knüpft. <sup>2</sup>Hat der Kläger im Bezirk der obersten Finanzbehörde keinen Wohnsitz, keine Geschäftsleitung und keinen gewöhnlichen Aufenthalt, so findet Absatz 1 Anwendung.

(2a) <sup>1</sup>In Angelegenheiten des Familienleistungsausgleichs nach Maßgabe der §§ 62 bis 78 des Einkommensteuergesetzes ist das Finanzgericht zuständig, in dessen Bezirk der Kläger seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. <sup>2</sup>Hat der Kläger im Inland keinen Wohnsitz und keinen gewöhnlichen Aufenthalt, ist das Finanzgericht zuständig, in dessen Bezirk die Behörde, gegen welche die Klage gerichtet ist, ihren Sitz hat.

(3) **Befindet sich der Sitz einer Finanzbehörde außerhalb ihres Bezirks, so richtet sich die örtliche Zuständigkeit abweichend von Absatz 1 nach der Lage des Bezirks.**

Vgl. § 52 VwGO; § 57 SGG; §§ 12–35 VVG.

Literatur: Vgl. Vor §§ 35–39.

## I. Allgemeines

- 1 Zum Begriff der **örtlichen Zuständigkeit** und wegen ihres Charakters als Sachentscheidungsvoraussetzung → Vor §§ 35–39 Rn. 1, 2. Zu den Sonderzuweisungen (zB für Zoll- und Verbrauchsteuersachen nach § 3 I Nr. 4, 1) → § 35 Rn. 2.