

**Titel:**

**Erfolgreicher Antrag auf Protokollberichtigung**

**Normenkette:**

FGO § 94

ZPO § 160 Abs. 4, § 163 Abs. 1, § 164 Abs. 1

**Leitsätze:**

**1. Ein Protokoll ist unrichtig, wenn sein Inhalt nicht dem entspricht, was tatsächlich in der mündlichen Verhandlung vorgegangen ist. (Rn. 8)**

**2. Eine Protokollberichtigung setzt lediglich voraus, dass der zuständige Vorsitzende und der Urkundsbeamte übereinstimmend eine dahin gehende Entscheidung treffen; steht die Unrichtigkeit der Niederschrift fest, ist zu berichtigen. (Rn. 8)**

**Schlagworte:**

Protokollberichtigung, Unrichtigkeit, Wiedereinsetzungsantrag, Versicherung an Eides Statt

**Fundstelle:**

BeckRS 2020, 48398

**Tenor**

Der Antrag der Kläger auf Berichtigung des Protokolls vom 26. Mai 2020 wird abgelehnt.

**Gründe**

I.

1

Mit Urteil vom 26. Mai 2020 (Az. 12 K 3052/18) - aufgrund mündlicher Verhandlung - hat das Finanzgericht München (FG) der Klage der Kläger teilweise entsprochen, die Einkommensteuerfestsetzungen für 2010 herabgesetzt und im Übrigen die Klage abgewiesen. Das Urteil und das Protokoll über die mündliche Verhandlung wurden den Klägern am 10. Juni 2020 zugestellt. Die Kläger haben gegen dieses Urteil die Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesfinanzhof (BFH) erhoben (Az. des BFH: VIII B 67/20).

2

Mit Schriftsatz vom 13. November 2020 haben die Kläger eine Berichtigung des Protokolls beantragt. Zur Begründung lassen sie ausführen, dass der Kläger zu 2) mit Erstaunen in der mündlichen Verhandlung zur Kenntnis genommen habe, dass ein persönlicher in den Nachtbriefkasten des Gerichts eingeworfener Fristverlängerungsantrag nicht in der Akte befindlich sei. Er habe dabei explizit erklärt, dass er unter diesen Umständen einen Wiedereinsetzungsantrag stelle. Der Kläger zu 2) sei sich sicher, das Wort „Wiedereinsetzungsantrag“ auch exakt so verwendet zu haben. Auf eine beiliegende Versicherung an Eides statt des Klägers zu 2) vom 5. November 2020 werde Bezug genommen.

3

Die Kläger beantragen, das Protokoll über die öffentliche Sitzung vom 26. Mai 2020 wie folgt zu berichtigen: „Der Kläger zu 2) stellte nach der Information des Vorsitzenden, dass das Gericht den zweiten Fristverlängerungsantrag zur Vorlage von Unterlagen nicht erhalten habe, Wiedereinsetzungsantrag. Hierüber wurde nicht entschieden.“

4

Das FG hat den Berichtigungsantrag und die Versicherung an Eides statt dem Beklagten (dem Finanzamt) zur Stellungnahme zugeleitet. Mit Schreiben vom 26. November 2020 und vom 27. November 2020 haben die beiden Finanzbeamtinnen, die das Finanzamt in der mündlichen Verhandlung am 26. Mai 2020 vertreten haben, zu dem Protokollberichtigungsantrag Stellung genommen. Beide Sitzungsvertreterinnen haben erklärt, dass eine Protokollberichtigung nicht veranlasst sei. Es sei ihnen nicht in Erinnerung, dass der Kläger zu 2) einen Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt habe. Im weiteren Verlauf der Verhandlung

seien vom Kläger zu 2) auch keine Ausführungen erfolgt, die auf einen gestellten oder zu stellenden Wiedereinsetzungsantrag hingedeutet hätten.

## 5

Die protokollführende Urkundsbeamtin des FG hat in ihrer Stellungnahme vom 2. Dezember 2020 erklärt, dass sie sich nicht daran erinnern könne, ob der Kläger zu 2) in dem Termin einen Wiedereinsetzungsantrag gestellt habe.

## 6

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Schreiben der Kläger vom 13. November 2020, die Versicherung an Eides Statt des Klägers zu 2) vom 5. November 2020, die Stellungnahmen der beiden Finanzbeamtinnen vom 26. und 27. November 2020 und die Erklärung der Protokollführerin vom 2. Dezember 2020 (die jeweils dem Kläger bekanntgegeben wurden) verwiesen.

II.

## 7

Der Antrag auf Protokollberichtigung wird abgelehnt.

## 8

1. Die Berichtigung der Sitzungsniederschrift gemäß § 94 Finanzgerichtsordnung (FGO) i.V.m. § 164 Zivilprozessordnung (ZPO) erfolgt von Amts wegen oder auf Antrag. Jede - auch eine nicht entscheidungserhebliche - sachliche oder förmliche Unrichtigkeit des Protokolls kann jederzeit, auch noch nach Einlegung eines Rechtsmittels und sogar nach rechtskräftigem Verfahrensabschluss berichtigt werden. Unrichtig ist ein Protokoll, wenn sein Inhalt (§ 160 ZPO) nicht dem entspricht, was tatsächlich in der mündlichen Verhandlung vorgegangen ist (BAG-Beschluss vom 25. November 2008 3 AZB 64/08, NJW 2009, 1161, Rn. 11, juris). Eine Protokollberichtigung setzt lediglich voraus, dass der zuständige Vorsitzende und der Urkundsbeamte übereinstimmend eine dahin gehende Entscheidung treffen; steht die Unrichtigkeit der Niederschrift fest, ist zu berichtigen. Die Übereinstimmung braucht auch nicht darauf zu beruhen, dass beide sich genau an den bei der Abfassung des Sitzungsprotokolls unterlaufenen Fehler erinnern; die Überzeugung von der Unrichtigkeit des Sitzungsprotokolls kann auch auf andere Umstände zurückgehen. Eine Protokollberichtigung hat dagegen zu unterbleiben, wenn die Urkundspersonen (§ 163 Abs. 1 Satz 1 ZPO) nicht übereinstimmend eine Unrichtigkeit der Niederschrift feststellen, d.h. nur der zuständige Vorsitzende oder nur der Urkundsbeamte die Niederschrift für unrichtig halten (Schallmoser in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 94 FGO Rz. 70 [Juli 2013]; Schultzy in Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 164 ZPO Rz. 1; Smid in Wiczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2012, § 164 ZPO Rz. 17). Ein unvollständig dokumentierter Vorgang kann ergänzt, nicht jedoch ein vollständig fehlender Vorgang nachträglich aufgenommen werden (hier § 160 Abs. 4 ZPO; Schultzy in Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 164 ZPO Rz. 2). Ein erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung - und damit verspätet - gestellter Antrag auf Protokollergänzung (§ 94 FGO i.V.m. § 160 Abs. 4 Satz 1 ZPO) kann u.U. als Berichtigungsantrag behandelt werden.

## 9

2. Der Protokollberichtigungsantrag hat keinen Erfolg, weil die Sitzungsniederschrift vom 26. Mai 2020 nicht unrichtig ist.

## 10

Der Protokollberichtigungsantrag hat nach dem oben unter Tz. II.1. der Gründe dargestellten Maßstab schon deshalb keinen Erfolg, weil der Vorsitzende und die Urkundsbeamtin des FG nicht darin übereinstimmen, dass die Unrichtigkeit der Niederschrift feststeht. Der Vorsitzende ist der Überzeugung, dass der Inhalt des Berichtigungsantrags sachlich nicht zutrifft. Denn der Kläger zu 2) hat den behaupteten Wiedereinsetzungsantrag in der mündlichen Verhandlung gar nicht gestellt; das Protokoll ist deshalb richtig. Der Vorsitzende ist auch deshalb dieser Auffassung, da die beiden Sitzungsvertreterinnen des Finanzamts nach ihren Stellungnahmen keine Erinnerung daran haben, dass der Kläger zu 2) einen solchen Antrag gestellt hat und die weiteren Ausführungen des Klägers zu 2) nicht auf einen gestellten Wiedereinsetzungsantrag hingedeutet haben. Die Protokollführerin hat keine Erinnerung mehr daran, ob der Kläger zu 2) einen solchen Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt hat. Die Versicherung an Eides statt des Klägers zu 2) vom 5. November 2020 ist somit nach Auffassung des Vorsitzenden hinsichtlich der Behauptung, dass ein Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt worden sei, unzutreffend. Im Übrigen ist die

Versicherung an Eides Statt des Klägers auch noch hinsichtlich des Tages der mündlichen Verhandlung unzutreffend, denn es wird formuliert, dass in „der öffentlichen Sitzung [...] am 26.06.2020 [...] der Antrag auf Wiedereinsetzung“ gestellt worden sei.

#### 11

Die zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs (§ 164 Abs. 2 ZPO) und zur Auffrischung des Erinnerungsvermögens gebotene Anhörung der Beteiligten ist im Streitfall ausreichend in schriftlicher Weise erfolgt (BFH-Beschluss vom 21. August 2007 I B 78/07, n.v. juris); auch die erforderliche Anhörung der Urkundsbeamtin (Schultzky in Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 164 ZPO Rz. 4) ist erfolgt.

#### 12

3. Für die Ablehnung des Protokollberichtigungsantrages ist der Senatsvorsitzende, als derjenige Richter, der das Protokoll unterschrieben hat, zuständig (§ 94 FGO i.V.m. § 164 Abs. 3 Satz 2 ZPO; Brandis in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 94 FGO Rz. 13 [Feb. 2019]. Gegen die Ablehnung des Antrags ist kein Rechtsmittel gegeben (Brandis in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 94 FGO Rz. 13 [Feb. 2019]; BFH-Beschlüsse vom 12. September 2005 VII B 183/05, BFH/NV 2006, 102; vom 22. März 2011 X B 198/10, BFH/NV 2011, 1166). Das Verfahren ist gerichtsgebührenfrei (Brandis in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 94 FGO Rz. 13 [Feb. 2019]).