

Beschluss vom 19. Januar 2010, IV B 136/08

Dieser BFH-Beschluss ist nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ergangen und deshalb mit BFH-Beschluss vom 24.11.2010 IV B 136/08 ersatzlos aufgehoben worden; er ist wirkungslos

BFH IV. Senat

FGO § 76 Abs 1, FGO § 76 Abs 2, FGO § 96 Abs 2, FGO § 115 Abs 2 Nr 2 Alt 2, FGO § 115 Abs 2 Nr 3, FGO § 116 Abs 6, FGO § 155, ZPO § 295, GG Art 103 Abs 1

vorgehend FG Köln, 22. Oktober 2008, Az: 9 K 1575/08

Leitsätze

1. NV: Die Darlegung einer Divergenz setzt voraus, dass die Entscheidungen des BFH, zu denen das Urteil des FG nach Auffassung des Rügenden im Widerspruch steht, zur gleichen rechtlichen Problematik ergangen sind.
2. NV: Zur Darlegung, dass eine Überraschungsentscheidung oder eine Verletzung gegen die Hinweispflicht vorliege, gehört auch, was ein Beteiligter noch vorgetragen hätte, wenn ihm rechtliches Gehör gewährt worden wäre.
3. NV: Zur Darlegung eines Verstoßes gegen die Pflicht zur Sachaufklärung von Amts wegen gehört u.a., weshalb sich auf der Grundlage des materiell-rechtlichen Standpunktes des FG eine weitere Aufklärung des Sachverhaltes hätte aufdrängen müssen und dass die Nichterhebung der Beweismittel bei nächster sich bietender Gelegenheit gerügt worden ist oder nicht gerügt werden konnte.

Gründe

- 1 Die Beschwerde ist unzulässig, weil der Kläger und Beschwerdeführer (Kläger) keinen Revisionsgrund i.S. von § 116 Abs. 3 Satz 3 der Finanzgerichtsordnung (FGO) dargelegt hat.
- 2 1. Der Kläger hätte zur Darlegung der geltend gemachten Divergenz (§ 115 Abs. 2 Nr. 2 2. Alternative FGO) einander widersprechende abstrakte Rechtssätze aus dem angefochtenen Urteil des Finanzgerichts (FG) einerseits und den Entscheidungen andererseits, von denen die Vorinstanz abgewichen sein soll, gegenüberstellen müssen (vgl. z.B. Beschluss des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 8. Mai 2009 IV B 55/08, BFH/NV 2009, 1432, m.w.N.). Das setzt voraus, dass die Entscheidungen des BFH, zu denen das Urteil des FG nach Auffassung des Klägers im Widerspruch steht, zur gleichen rechtlichen Problematik ergangen sind (BFH-Beschluss vom 28. November 2006 VII B 97/06, BFH/NV 2007, 647).
- 3 Die vom Kläger zitierten Urteile sind allerdings zur Teilwertabschreibung eines nach damaliger Rechtslage nicht abnutzbaren Firmenwertes ergangen (früher: § 6 Abs. 1 Nr. 2 des Einkommensteuergesetzes --EStG--). Vorliegend ist das FG jedoch von einer Absetzung für außergewöhnliche Abnutzung (§ 7 Abs. 1 Satz 7 EStG) ausgegangen. Der Kläger hätte für eine Divergenz darlegen müssen, dass das FG-Urteil von einer hierzu ergangenen Entscheidung des BFH abgewichen ist.
- 4 2. Die ordnungsgemäße Darlegung eines Verfahrensmangels verlangt, dass die zu seiner Begründung vorgetragenen Tatsachen --ihre Richtigkeit unterstellt-- einen Verfahrensmangel i.S. von § 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO ergeben (vgl. BFH-Beschluss vom 29. Februar 2008 IV B 21/07, BFH/NV 2008, 974, m.w.N.). Hieran fehlt es im Streitfall.
- 5 a) Dem Vortrag des Klägers ist nicht zu entnehmen, das FG habe durch eine Überraschungsentscheidung oder eine Verletzung der Hinweispflicht (§ 76 Abs. 2 FGO) seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 103 Abs. 1 des Grundgesetzes, § 96 Abs. 2 FGO).
- 6 Eine Überraschungsentscheidung ist anzunehmen, wenn das FG sein Urteil auf einen bis dahin nicht erörterten rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkt stützt und damit dem Rechtsstreit eine Wendung gibt, mit der auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielzahl vertretbarer

Auffassungen nach dem bisherigen Verlauf der Verhandlung nicht rechnen musste. Das Gebot, rechtliches Gehör zu gewähren, verpflichtet das Gericht indes nicht, die für die Entscheidung maßgeblichen Gesichtspunkte mit den Beteiligten umfassend zu erörtern oder sie ihnen im Voraus anzudeuten. Auf naheliegende tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte braucht das Gericht zumindest dann nicht hinzuweisen (§ 76 Abs. 2 FGO), wenn die Beteiligten --wie im Streitfall-- fachkundig vertreten sind. Abgesehen davon muss ein Beteiligter bei unklarer Sach- und/oder Rechtslage grundsätzlich alle vertretbaren rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkte von sich aus in Betracht ziehen und seinen Vortrag darauf einrichten (BFH-Beschluss vom 7. Mai 2009 IX B 13/09, BFH/NV 2009, 1266, m.w.N.).

- 7** Es ist bereits zweifelhaft, ob demnach der Vortrag des Klägers eine Überraschungsentscheidung oder eine Verletzung der Hinweispflicht hinreichend darlegt. Dies kann aber dahinstehen. Denn der Kläger hätte jedenfalls auch darlegen müssen, was er noch vorgetragen hätte, wenn ihm rechtliches Gehör gewährt worden wäre (BFH-Beschlüsse vom 25. Januar 2008 X B 179/06, BFH/NV 2008, 608; vom 21. November 2003 III B 43/03, BFH/NV 2004, 371). Dies hat er aber nicht getan. Vielmehr trägt er vor, weshalb er von vorneherein keine weiteren Ausführungen gemacht hat.
- 8** b) Soweit der Kläger darüber hinaus die Verletzung der Sachaufklärungspflicht des FG (§ 76 Abs. 1 FGO) rügt, genügt seine Begründung nicht den gesetzlichen Anforderungen.
- 9** Danach muss dargelegt werden, weshalb sich auf der Grundlage des materiell-rechtlichen Standpunktes des FG eine weitere Aufklärung des Sachverhaltes hätte aufdrängen müssen. Da es sich insoweit um einen verzichtbaren Mangel handelt (§ 155 FGO i.V.m. § 295 der Zivilprozessordnung), muss der Beschwerdeführer auch vortragen, dass die Nichterhebung der Beweismittel bei nächster sich bietender Gelegenheit gerügt worden ist oder nicht gerügt werden konnte (BFH-Beschluss vom 28. Juli 2004 IX B 136/03, BFH/NV 2005, 43, m.w.N.).
- 10** Der Kläger bringt lediglich vor, das FG hätte bei Zweifeln über die Angemessenheit des Unternehmerlohns ein Gutachten darüber einholen müssen. Genaue Ausführungen fehlen, weshalb sich dem FG eine weitere Aufklärung hätte aufdrängen müssen. Die Begründung enthält außerdem keine schlüssigen Angaben, weshalb der Kläger dies in der mündlichen Verhandlung nicht gerügt hat. Denn der Kläger trägt selbst vor, der Einzelrichter habe seine --des Klägers-- Berechnung des angemessenen Unternehmerlohns in einem Gesichtspunkt in Frage gestellt. Demnach war für den fachkundig vertretenen Kläger bereits nach seinem eigenen Vortrag erkennbar, dass seine Berechnung für das Gericht zweifelhaft war. Er hätte demnach einen entsprechenden Beweisantrag stellen oder zumindest die bislang unterlassene, nach seiner Auffassung notwendige Sachaufklärung von Amts wegen rügen können und müssen.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de