

Beschluss vom 05. June 2013, III B 47/12

Rügeverzicht bei Verfahrensmängeln

BFH III. Senat

FGO § 94, ZPO § 165, ZPO § 295, BGB § 93, BGB § 94 Abs 2, FGO § 115 Abs 2 Nr 3

vorgehend Finanzgericht des Landes Sachsen-Anhalt , 11. December 2011, Az: 1 K 1071/06

Leitsätze

1. NV: Das Übergehen eines Beweisantrages und die Verletzung der Amtsermittlungspflicht stellen verzichtbare Verfahrensmängel dar; das Rügerecht geht auch durch das bloße Unterlassen einer rechtzeitigen Rüge verloren.
2. NV: Die in der mündlichen Verhandlung ausgesprochene Anregung des FG, die Klage zurückzunehmen, kann von einem sachkundig vertretenen Kläger grundsätzlich nur dahin verstanden werden, dass das Gericht auf der Basis seiner vorläufigen Rechtsauffassung den danach entscheidungserheblichen Sachverhalt als hinreichend aufgeklärt ansieht und den Prozess als entscheidungsreif beurteilt. In einer solchen Situation besteht für den Kläger Anlass, auf einer für erforderlich erachteten Beweiserhebung förmlich zu bestehen.
3. NV: Schweigt das Protokoll zu vom Kläger behaupteten Verfahrensverstößen, liefert es den Beweis dafür, dass ein bestimmter Antrag vom Kläger nicht gestellt wurde oder ein bestimmter Vorgang (z.B. eine Rüge) nicht stattgefunden hat. Ein diesbezüglicher Verfahrensmangel kann dann im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde nicht mehr geltend gemacht werden.

Gründe

- 1 Die Beschwerde ist unbegründet und daher durch Beschluss zurückzuweisen (§ 116 Abs. 5 Satz 1 der Finanzgerichtsordnung --FGO--). Die von den Klägern und Beschwerdeführern (Kläger) gerügten Verfahrensmängel (§ 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO) führen nicht zur Zulassung der Revision.
- 2 1. Soweit die Kläger vortragen, dass das Finanzgericht (FG) ihre Anträge auf Einholung eines Sachverständigengutachtens und Vernehmung des Zeugen A. übergangen habe, haben sie ihr Rügerecht verloren. Sie können auch nicht mehr rügen, dass das FG auch ohne entsprechenden Beweisantritt von Amts wegen zur weiteren Sachverhaltsaufklärung verpflichtet gewesen sei.
- 3 a) Ein Verfahrensmangel kann nicht mehr mit Erfolg geltend gemacht werden, wenn er eine Verfahrensvorschrift betrifft, auf deren Beachtung die Prozessbeteiligten verzichten können und verzichtet haben (§ 155 FGO i.V.m. § 295 der Zivilprozessordnung --ZPO--). Zu diesen verzichtbaren Mängeln gehört auch das Übergehen eines Beweisantrags oder die Verletzung der Amtsermittlungspflicht. Bei verzichtbaren Verfahrensmängeln geht das Rügerecht nicht nur durch eine ausdrückliche oder konkludente Verzichtserklärung gegenüber dem FG verloren, sondern auch durch das bloße Unterlassen einer rechtzeitigen Rüge; ein Verzichtswille ist dafür nicht erforderlich. Der Verfahrensmangel muss in der (nächsten) mündlichen Verhandlung gerügt werden, in der der Rügeberechtigte erschienen ist; verhandelt er zur Sache, ohne den Verfahrensmangel zu rügen, obwohl er den Mangel kannte oder kennen musste, verliert er das Rügerecht (Beschluss des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 1. September 2008 IV B 4/08, BFH/NV 2009, 35, m.w.N.).
- 4 b) Soweit die Kläger in der Beschwerdebegründungsschrift vortragen, dass in der mündlichen Verhandlung vom 12. Dezember 2011 eine Rüge erhoben worden sei, steht dieses Vorbringen im Widerspruch zum Sitzungsprotokoll. Dort ist weder eine Beweisantragstellung noch eine Rüge vermerkt. Schweigt das Protokoll zu behaupteten Verfahrensverstößen, dann liefert es den Beweis dafür (vgl. § 94 FGO i.V.m. § 165 ZPO), dass ein bestimmter Antrag von einem Beteiligten nicht gestellt wurde oder ein bestimmter Vorgang (z.B. eine Rüge) nicht stattgefunden hat; ein diesbezüglicher Verfahrensmangel kann dann im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde nicht mehr geltend

gemacht werden (BFH-Beschluss vom 5. Oktober 2010 IX S 7/10, BFH/NV 2011, 57). Der --für eine schlüssige Verfahrensrüge erforderliche-- Vortrag, dass die Protokollierung des Beweisantrags oder der Rüge verlangt und vom FG verweigert oder erfolglos die Protokollberichtigung beantragt worden sei (BFH-Beschlüsse vom 9. November 1999 II B 14/99, BFH/NV 2000, 582; vom 6. Februar 2002 VIII B 146/00, juris), ist im Streitfall nicht erfolgt.

- 5 c) Die Kläger haben im Übrigen rügelos zur Sache verhandelt und damit ihr Rügerecht verloren.
- 6 aa) Sie hatten Kenntnis davon, dass das FG ihrem schriftsätzlich gestellten Beweisantrag nicht nachzukommen gedachte. Von der bestehenden Möglichkeit zur Erhebung der Rüge haben sie keinen Gebrauch gemacht. Dies folgt aus dem Ablauf der mündlichen Verhandlung, wie er aus dem beweiskräftigen Sitzungsprotokoll hervorgeht. Die Verhandlung, zu der weder ein Sachverständiger noch der vorterminalich benannte Zeuge A. geladen waren, begann mit dem Vortrag des Sachberichts durch die Berichterstatterin des FG. Sodann wurde die Sach- und Rechtslage ausführlich zwischen dem Gericht und den Beteiligten erörtert. Anschließend regte der Vorsitzende unter Hinweis auf das Urteil des FG Berlin vom 3. Mai 2005 2 K 2194/02 (Entscheidungen der Finanzgerichte 2005, 1464) und die dazu ergangene Entscheidung des BFH vom 20. April 2006 III B 103/05 (BFH/NV 2006, 1499) die Rücknahme der Klage an. Der sachkundige Vertreter der Kläger erklärte darauf hin, dass er binnen einer mehrtägigen Frist mitteilen werde, ob die Klage zurückgenommen werde. Nachdem sich auch die Vertreterin des Finanzamts zur Frage der Einwilligung in eine etwaige Klagerücknahme geäußert hatte, stellten die Beteiligten streitige Sachanträge.
- 7 Die Anregung, die Klage zurückzunehmen, kann von einem sachkundigen Prozessbevollmächtigten bei verständiger Würdigung grundsätzlich nur dahin verstanden werden, dass das Gericht auf der Basis seiner vorläufigen Rechtsauffassung den danach entscheidungserheblichen Sachverhalt als hinreichend aufgeklärt ansieht und den Prozess als entscheidungsreif beurteilt. In einer solchen Situation liegt es an demjenigen Beteiligten, der die Auffassung des Gerichts nicht teilt, seine Einwendungen geltend zu machen und insbesondere im Hinblick auf die tatsächlichen Grundlagen des Prozesses die weitere Sachaufklärung anzumahnen. Im Streitfall haben die Kläger streitig verhandelt und an ihrem ursprünglichen Sachantrag festgehalten, im Übrigen aber geschwiegen und weder auf ihrem schriftsätzlich gestellten Beweisantrag bestanden noch das Unterlassen einer Beweisaufnahme gerügt.
- 8 bb) Soweit sie in der Beschwerde(begründungs)schrift vortragen, die Klagerücknahme sei nur im Hinblick auf die oben erwähnten, im Sitzungsprotokoll ausdrücklich angesprochenen Entscheidungen angeregt worden, weshalb eine Rügemöglichkeit nicht bestanden habe bzw. die Erforderlichkeit einer Rüge nicht erkennbar gewesen sei, folgt der Senat dem nicht.
- 9 Der von Klägerseite angestrebte Klageerfolg setzte voraus, dass die installierte Computernetzwerkverkabelung wesentlicher Bestandteil des Bürogebäudes entweder gemäß § 93 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) oder gemäß § 94 Abs. 2 BGB geworden war (zur Problematik vgl. BFH-Urteil vom 25. November 1999 III R 77/97, BFHE 190, 552, BStBl II 2002, 233). Unter beiden rechtlichen Gesichtspunkten war die Annahme des Beklagten und Beschwerdegegners (Finanzamt), bei der Verkabelung handele es sich um ein selbständiges Wirtschaftsgut, dessen Anschaffungskosten lediglich im Wege der Absetzung für Abnutzung zu berücksichtigen seien, nicht haltbar. Zur Untermauerung ihrer Auffassung, wonach die Computernetzwerkverkabelung nicht ohne Zerstörung i.S. des § 93 BGB vom Gebäude getrennt werden könne, legten die Kläger vorterminalich zunächst eine schriftliche Bestätigung des (sachverständigen) Zeugen A. vor. In der mündlichen Verhandlung wurde die Sach- und Rechtslage ausführlich erörtert. Die im Sitzungsprotokoll erwähnten Entscheidungen befassen sich zwar schwerpunktmäßig mit § 94 Abs. 2 BGB. Doch selbst wenn die klägerische Argumentation auf § 93 BGB abstellte und im Hinblick auf die dort genannten Voraussetzungen (Trennbarkeit der Bestandteile ohne Zerstörung der Verkabelung) der Beweisantrag gestellt worden war, mussten die Kläger die Anregung des FG, die Klage zurückzunehmen, dahin verstehen, dass das Gericht der Klage unter beiden rechtlichen Gesichtspunkten keine hinreichende Erfolgsaussicht beimaß und dass es insbesondere in tatsächlicher Hinsicht von der zerstörungsfreien Trennbarkeit der Bestandteile ausging. Ein umsichtiger Prozessbeteiligter hätte daher erkennbaren Anlass gehabt, die Schlüssigkeit der Klage auf der Grundlage des § 93 BGB herauszustellen und auf der Prüfung des Vorliegens der tatsächlichen Voraussetzungen dieser Norm zu bestehen.
- 10 d) Die rügelose Einlassung führt im Streitfall auch dazu, dass eine Revisionszulassung mit der Begründung, das FG habe auch ohne entsprechenden Beweisantrag den Sachverhalt vom Amts wegen weiter aufklären müssen, nicht mehr erreicht werden kann.
- 11 2. Von einer Darstellung des Sachverhalts und einer weiter gehenden Begründung sieht der Senat gemäß § 116 Abs. 5 Satz 2 FGO ab.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de