

Beschluss vom 23. Februar 2017, IX B 2/17

Verletzung des rechtlichen Gehörs durch Entscheidung ohne mündliche Verhandlung

ECLI:DE:BFH:2017:B.230217.IXB2.17.0

BFH IX. Senat

FGO § 90 Abs 2, FGO § 96, FGO § 115 Abs 2 Nr 3, FGO § 116 Abs 3 S 3, FGO § 116 Abs 6, FGO § 119 Nr 3, GG Art 103 Abs 1

vorgehend Schleswig-Holsteinisches Finanzgericht , 27. November 2016, Az: 3 K 144/14

Leitsätze

NV: Kündigt ein Prozessbeteiligter fernmündlich gegenüber dem Berichterstatter neuen Sach- und Rechtsvortrag an, erhält er vom Verzicht auf mündliche Verhandlung der Gegenseite keine Kenntnis und geht daher davon aus, vor oder in einer mündlichen Verhandlung zu einer geänderten Prozesssituation vortragen zu können, stellt sich ein ohne mündliche Verhandlung erlassenes Urteil als Überraschungsentscheidung dar und verletzt das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs .

Tenor

Auf die Beschwerde des Beklagten wegen Nichtzulassung der Revision wird das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Finanzgerichts vom 28. November 2016 3 K 144/14 aufgehoben.

Die Sache wird an das Schleswig-Holsteinische Finanzgericht zurückverwiesen.

Diesem wird die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens übertragen.

Tatbestand

- 1** I. Die Kläger und Beschwerdegegner (Kläger) wurden in den Streitjahren 2009 und 2010 zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Die Veranlagungen erfolgten zunächst erklärungsgemäß. Im Rahmen einer Betriebsprüfung bei der Klägerin kam es zum Streit über verschiedene Punkte, u.a. um die Erfassung eines Gewinns aus der Übertragung eines Sand- und Kiesvorkommens in Höhe von insgesamt ... €.
- 2** Gegen die geänderten Einkommensteuerbescheide 2009 und 2010 legten die Kläger Einspruch ein und erhoben anschließend Untätigkeitsklage zum Finanzgericht (FG) mit dem Aktenzeichen 3 K 144/14. In ihrer Klageschrift vom 8. August 2014 erklärten die Kläger, dass auf eine mündliche Verhandlung nicht verzichtet werde. Mit einer Entscheidung durch den Berichterstatter erklärten sich die Kläger einverstanden. Sie führten weiter aus: "Ich bitte darum, in diesem Verfahren auch die in gleicher Sache eingelegte Klage vom 19.06.2014 (Az.: 3 K 105/14) zu beachten. ... Meiner Meinung nach kann man die Untätigkeitsklage als Klageerweiterung der Klage vom 19.06.2014 (Az.: 3 K 105/14) betrachten."
- 3** Zugleich mit der Klageerwidern vom 10. Oktober 2014 erließ der Beklagte und Beschwerdeführer (das Finanzamt --FA--) die Einspruchsentscheidung und wies die Einsprüche als unbegründet zurück. Zudem verzichtete das FA auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und erklärte sich mit einer Entscheidung durch den Berichterstatter einverstanden.
In einem weiteren Schreiben vom 22. Oktober 2014 erklärten die Kläger erneut, dass auf mündliche Verhandlung nicht verzichtet werde.
- 4** Am 10. November 2016 führte die zuständige Berichterstatterin am FG einen Erörterungstermin durch. In dem Protokoll über den Termin zur Erörterung der Sach- und Rechtslage heißt es:

"Die Sach- und Rechtslage wird mit den Beteiligten eingehend erörtert.

Das beklagte Finanzamt verpflichtet sich, den Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2010 – unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts – zu ändern."

- 5** Im Anschluss an den Erörterungstermin fand --noch am gleichen Tag-- ein Telefonat zwischen der Berichterstatterin und dem Prozessbevollmächtigten der Kläger statt. In der Folge dieses Telefonats änderte die Berichterstatterin ihre Sach- und Rechtsauffassung; dies teilte sie der zuständigen Sachbearbeiterin des FA telefonisch mit. Zudem versandte die Berichterstatterin am gleichen Tag eine E-Mail an die Sachbearbeiterin des FA. In dieser teilte sie mit, sie sei im Erörterungstermin einem Sachverhaltsirrtum unterlegen. Nach ihrer Auffassung sei kein Gewinn aus einem privaten Veräußerungsgeschäft anzusetzen.
Am folgenden Tag, dem 11. November 2016, fand ein Telefonat zwischen der Sachbearbeiterin des FA und der Berichterstatterin am FG statt. Die Sachbearbeiterin teilte mit, dass seitens des FA weiterer Sachvortrag vorbereitet werde, der zum Ansatz einer verdeckten Gewinnausschüttung (vGA) und damit von Einkünften aus § 20 des Einkommensteuergesetzes (EStG) führe.
- 6** Im Anschluss an dieses Gespräch nahm die Berichterstatterin telefonisch mit dem Prozessbevollmächtigten der Kläger Kontakt auf. Sie wies darauf hin, dass das Verfahren mündlich verhandelt werde oder alternativ die Kläger auch auf mündliche Verhandlung verzichten könnten. Der Prozessbevollmächtigte der Kläger kündigte telefonisch eine entsprechende Verzichtserklärung an. Vom Inhalt dieses Gesprächs wurde das FA nicht in Kenntnis gesetzt.
- 7** Mit Schreiben des Prozessbevollmächtigten vom 18. November 2016, eingegangen beim FG am 21. November 2016, verzichteten die Kläger auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.
Nach der Übersendung des Protokolls des Erörterungstermins wies das FA mit Schriftsatz vom 14. November 2016, eingegangen beim FG am 17. November 2016, darauf hin, dass im Hinblick auf die Abweichung zwischen zunächst erörterter und nunmehr aufgezeigter Rechtslage die im Erörterungstermin zugesagte Änderung der Einkommensteuerfestsetzung nicht möglich sei.
- 8** Am 28. November 2016 erließ die Berichterstatterin am FG ein Endurteil, das auf ihrer geänderten Sach- und Rechtsauffassung beruhte und in dem ein Gewinn aus einem privaten Veräußerungsgeschäft als nicht steuerbar behandelt wurde. Die Revision wurde nicht zugelassen. Zusammen mit dem Urteil wurde der Schriftsatz der Kläger vom 18. November 2016 mit dem Verzicht auf mündliche Verhandlung an das FA übersandt.
- 9** Mit seiner Nichtzulassungsbeschwerde rügt das FA die Verletzung rechtlichen Gehörs (§ 115 Abs. 2 Nr. 3, § 96 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--). Das FA sei davon ausgegangen, dass noch eine mündliche Verhandlung stattfinde. Von dem mit dem Urteil übermittelten Schriftsatz vom 18. November 2016, der den Verhandlungsverzicht der Kläger enthalten habe, habe man bis zur Bekanntgabe des Urteils keine Kenntnis gehabt. Dieser Schriftsatz habe aber vor Abschluss des Verfahrens übermittelt werden müssen. Bis zur überraschenden Übermittlung des Urteils sei man --nicht zuletzt aufgrund der bis dahin bekannten eindeutigen Äußerungen der Klägerseite-- davon ausgegangen, es werde noch eine mündliche Verhandlung stattfinden. Daher bestehe noch die Möglichkeit, ergänzenden Sachvortrag vorzubringen. Wäre der Verzicht auf mündliche Verhandlung vor der Bekanntgabe der Entscheidung bekannt gewesen, hätte man noch rechtzeitig vor Erlass des Urteils ergänzend vorgetragen. Die Berichterstatterin habe aufgrund des Telefonats vom 11. November 2016 auch Kenntnis von dem beabsichtigten Sachvortrag gehabt. Zudem habe das FA auch keine genaue Kenntnis vom Inhalt der Gespräche zwischen der Berichterstatterin und dem Prozessbevollmächtigten der Kläger erlangt. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gebiete jedoch, dass dazu Stellung genommen werden könne. Zudem sei aufgrund der Änderung der Sach- und Rechtsauffassung der Berichterstatterin das Ergebnis der bisherigen Erörterungen gegenstandslos geworden. Damit habe sich die Prozesslage wesentlich geändert, was den zu Beginn des Verfahrens erklärten Verzicht auf die mündliche Verhandlung hinfällig mache.
- 10** Das FA beantragt sinngemäß,
das Urteil des Schleswig-Holsteinischen FG vom 28. November 2016 3 K 144/14 gemäß § 116 Abs. 6 FGO aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückzuverweisen.
- 11** Die Kläger beantragen sinngemäß,
die Nichtzulassungsbeschwerde zurückzuweisen.
- 12** Sie führen aus, dass die Entscheidung für das FA nicht unerwartet gekommen sei. Im Erörterungstermin hätten sie einen Vorschlag für eine tatsächliche Verständigung gemacht, die genau dem Ergebnis des streitigen Urteils entsprochen habe. Zudem lägen die Voraussetzungen für die Annahme einer vGA nicht vor.

Entscheidungsgründe

- 13** II. Die Beschwerde, mit der das FA die Verletzung des rechtlichen Gehörs rügt, ist zulässig und begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung gemäß § 116 Abs. 6 FGO.
- 14** 1. Der vom FA ordnungsgemäß (§ 116 Abs. 3 Satz 3 FGO) geltend gemachte Verfahrensmangel liegt vor. Das FG hat das Recht des FA auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 des Grundgesetzes --GG--, § 96 Abs. 2 FGO) verletzt, indem es das Schreiben der Kläger vom 18. November 2016 nicht vor der Bekanntgabe der Entscheidung an das FA übermittelt und es ohne Berücksichtigung des vom FA bereits angekündigten neuen Sach- und Rechtsvortrags überraschend nach § 90 Abs. 2 FGO ohne mündliche Verhandlung entschieden hat.
- 15** a) Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst das Recht der Verfahrensbeteiligten, sich vor Erlass einer Entscheidung zu den entscheidungserheblichen Tatsachen und -gegebenenfalls- Beweisergebnissen zu äußern, sowie in rechtlicher Hinsicht alles vorzutragen, was sie für wesentlich halten (vgl. u.a. Beschluss des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 10. Dezember 2012 VI B 135/12, BFH/NV 2013, 569, unter 2.; Gräber/Ratschow, Finanzgerichtsordnung, 8. Aufl., § 119 Rz 14, m.w.N.; Lange in Hübschmann/Hepp/Spitaler --HHSp--, § 96 FGO Rz 217). Darüber hinaus gebietet es der Anspruch auf rechtliches Gehör, für die Prozessbeteiligten überraschende Entscheidungen zu unterlassen. Eine Überraschungsentscheidung liegt vor, wenn das FG sein Urteil auf einen bis dahin nicht erörterten oder nicht bekannten 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. Dies kann u.a. der Fall sein, wenn ein entscheidungserheblicher Umstand vom FG erst mit dem Endurteil in das Verfahren eingebracht wird (vgl. BFH-Beschluss vom 23. Oktober 2015 IX B 92/15, BFH/NV 2016, 217, unter 1.; Gräber/Ratschow, a.a.O., § 119 Rz 16; Lange in HHSp § 96 FGO Rz 224). Die Gewährung des rechtlichen Gehörs verlangt daher auch, dass das Gericht den anderen Beteiligten über die Abgabe einer Erklärung über den Verzicht auf mündliche Verhandlung informiert (Gräber/Herbert, a.a.O., § 90 Rz 9 am Ende).
- 16** b) Hier war dem FA in der Folge einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung von der Berichterstatterin am FG die Möglichkeit abgeschnitten worden, den telefonisch bereits angekündigten Sach- und Rechtsvortrag dem Gericht und dem Prozessgegner noch zur Kenntnis zu bringen. Nach dem Erörterungstermin lag aufgrund der geänderten Sach- und Rechtsauffassung der Berichterstatterin hinsichtlich der streitigen Einkünfte aus § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG eine neue rechtliche und tatsächliche Prozesssituation vor, die dem FA bis dahin noch nicht bekannt war. Einem Prozessbeteiligten muss hinreichend Gelegenheit gegeben werden, sich zu einer derartigen neuen Prozesssituation zu äußern und im Rahmen der ihm obliegenden Feststellungslast neue Tatsachen darzulegen. Dies hat das FG unterlassen.
- 17** Zudem lagen --mangels der nach § 77 Abs. 1 Satz 4 FGO gebotenen Übersendung des Verhandlungsverzichts der Klägerseite vom 18. November 2016 an das FA-- aus Sicht des FA bis zum Ergehen des Endurteils die Voraussetzungen für eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung nicht vor. Denn dem FA waren zu diesem Zeitpunkt nur die Klagebegründung der Kläger vom 8. August 2014 sowie das Schreiben vom 22. Oktober 2014 bekannt, in denen die Kläger ausdrücklich nicht auf die mündliche Verhandlung verzichtet hatten. Das FA konnte daher zu Recht davon ausgehen, bis zur Anberaumung einer mündlichen Verhandlung noch ausreichend Zeit und Gelegenheit für ergänzenden Vortrag zu haben und brauchte mit einer streitigen Entscheidung zu diesem Zeitpunkt nicht zu rechnen. Die Möglichkeit zum ergänzenden Vortrag ist dem FA durch die aus seiner Sicht überraschende Entscheidung des FG entzogen worden.
- 18** Daher braucht nicht mehr entschieden werden, ob der vom FA mit Schreiben vom 10. Oktober 2014 erklärte Verzicht auf mündliche Verhandlung sich mit dem Erörterungstermin vom 10. November 2016 verbraucht hatte (vgl. dazu z.B. BFH-Beschlüsse vom 5. Februar 2014 XI B 7/13, BFH/NV 2014, 708, unter II.1.; vom 19. April 2016 IX B 110/15, BFH/NV 2016, 1060, unter II.4.a aa, und vom 4. August 2016 X B 145/15, BFH/NV 2016, 1744, unter III.1., jeweils m.w.N.).
- 19** 2. Der Senat hält es für sachgerecht, die Vorentscheidung gemäß § 116 Abs. 6 FGO wegen des Verfahrensfehlers aufzuheben und den Rechtsstreit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.
- 20** Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:
- 21** a) Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 79a Abs. 3, 4 FGO hat der Berichterstatter zwar die Möglichkeit,

Entscheidungen allein zu treffen; denn nach dieser Vorschrift "kann" er im Einverständnis der Beteiligten auch sonst anstelle des Senats entscheiden (BFH-Beschluss vom 9. Juli 2003 IX B 34/03, BFHE 202, 408, BStBl II 2003, 858). Dieses eingeräumte Ermessen hat der Berichterstatter bei der Frage der Bestellung zum konsentierten Einzelrichter pflichtgemäß auszuüben (vgl. zur Ermessensausübung Gräber/Stapperfend, a.a.O., § 79a Rz 30; Seer in Tipke/Kruse, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, § 79a FGO Rz 17 f., m.w.N.). Die angefochtene Entscheidung enthält keine Ausführungen dazu, weshalb trotz der offensichtlichen und erheblichen Schwierigkeit und Tragweite des Streitfalls eine Entscheidung durch den Berichterstatter sinnvoller sein soll als durch den zuständigen Senat des FG. Zudem ist angesichts der tatsächlichen und rechtlichen Komplexität des Streitstoffs das Ermessen in diesem Einzelfall dahingehend reduziert, dass nur eine Entscheidung durch den Senat als pflichtgemäß erscheint.

- 22** b) In dem lückenhaften Protokoll über den Termin zur Erörterung der Sach- und Rechtslage vom 10. November 2016 hat die Berichterstatterin am FG keine "Rechtsauffassung des Gerichts" dargestellt. Die in dem Protokoll enthaltenen unbestimmten und unklaren Ausführungen können daher keine Handlungsverpflichtung eines Beteiligten begründen.
- 23** c) Schließlich hat das FG im zweiten Rechtsgang Ausführungen zu dem prozessrechtlichen Verhältnis der Klageverfahren 3 K 105/14 und 3 K 144/14 zu machen.
- 24** 3. Der Senat sieht von einer weiteren Begründung ab (§ 116 Abs. 5 Satz 2 FGO).
- 25** 4. Die Übertragung der Kostenentscheidung auf das FG beruht auf § 143 Abs. 2 FGO.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de