

# Beschluss vom 18. Mai 2011, VIII B 2/11

## Nichtzulassungsbeschwerde - Sachaufklärungspflicht - Gesamtergebnis des Verfahrens

BFH VIII. Senat

FGO § 96 Abs 1 S 1, FGO § 115 Abs 2 Nr 3

vorgehend Niedersächsisches Finanzgericht, 02. Dezember 2010, Az: 6 K 12333/08

## Leitsätze

1. NV: Dem FG ist weder eine Verletzung der Sachaufklärungspflicht anzulasten noch hat es seine Überzeugung nicht aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnen, wenn es seine Auffassung zur Höhe einer verdeckten Gewinnausschüttung u.a. auf zwei Wertgutachten von Banken stützt und sich mit diesen ausführlich inhaltlich auseinandersetzt.
2. NV: Weist das Gericht in der mündlichen Verhandlung auf seine Auffassung zur Bemessung der Höhe einer vGA hin, so müssen die Beteiligten angesichts dieser Sachlage noch in der mündlichen Verhandlung etwaige Verfahrensmängel rügen und die aus ihrer Sicht erforderlichen Beweisanträge stellen.
3. NV: Die Rüge des Übergehens von Beweisanträgen oder der Verletzung der Sachaufklärungspflicht betrifft verzichtbare Verfahrensmängel, bei denen das Rügerecht bereits durch das bloße Unterlassen einer rechtzeitigen Rüge verloren geht.

## Gründe

- 1 Die Beschwerde ist unbegründet. Der vom Beklagten und Beschwerdeführer (Finanzamt --FA--) gerügte Verfahrensmangel gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 3 der Finanzgerichtsordnung (FGO) ist nicht gegeben. Weder hat das Finanzgericht (FG) seine Sachaufklärung verletzt noch seine Überzeugung nicht aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens (§ 96 Abs. 1 Satz 1 FGO) gewonnen.
- 2 Seine Auffassung, im Streitfall sei eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) von nur 650.000 DM gegeben, hat das FG ersichtlich auf die Wertgutachten der X-Bank AG und der Sparkasse Y gestützt, die (ohne Marktanpassungsfaktor) auf Werte von 1.855.546 DM bzw. 989.797 € gekommen sind und damit deutlich unter dem Kaufpreis von 2.500.000 DM lagen. Das FG hat sich in den Urteilsgründen insbesondere mit der Begründung des Gutachtens der X-Bank AG auseinandergesetzt und zum Abzug des sog. Marktanpassungsfaktors Stellung genommen. Das FG geht überdies von einer gewissen Bandbreite hinsichtlich der Wertermittlung der vGA aus und untermauert seine Einschätzung auf der Grundlage einer Vergleichsrechnung, die letztlich zu einem ähnlichen Ergebnis kommt (vgl. Bl. 8 des FG-Urteils). Zwar bezieht sich das FG auch darauf, dass die Z-GmbH die Räumlichkeiten bereits genutzt habe. Vornehmlich stützt sich die Urteilsbegründung aber auf die vorstehend genannten Wertgutachten sowie auf die Einschätzungsprärogative eines gewissenhaften GmbH-Geschäftsführers bei der Bemessung eines angemessenen Kaufpreises, dem das FG bei seiner Entscheidung eine gewisse "Bandbreite" zugesteht. Hinsichtlich dieser Punkte sind der Beschwerdeschrift substantiierte Rügen, die zur Zulassung der Revision führen könnten, nicht zu entnehmen. Die Rüge, die Vergleichsrechnung des FG gehe von falschen Grundlagen aus, weil die GmbH auf dem Grundstück in A ihren Firmensitz gerade nicht gehabt habe, was das FG fälschlicherweise annehme, ist deshalb nicht entscheidungserheblich.
- 3 Selbst wenn man die Erheblichkeit eines Verfahrensmangels bejahte, könnte die Zulassung der Revision wegen Verlusts des Rügerechts darauf nicht gestützt werden. Bereits in der mündlichen Verhandlung vom 3. Dezember 2010 hat das FG die Beteiligten unmissverständlich darauf hingewiesen, dass nach seiner Auffassung eine vGA nur in Höhe von 650.000 DM in Betracht komme und zur Begründung auf die Wertgutachten der X-Bank AG bzw. der Sparkasse Y verwiesen. Außerdem hat das FG laut Sitzungsniederschrift vom 3. Dezember 2010 bereits zum damaligen Zeitpunkt auf eine gewisse Bandbreite bei der Wertermittlung sowie auf eine Wertentwicklung des

Grundstücks ausgehend vom Wert des Jahres 1992 hingewiesen. Angesichts dieser Sachlage hätte das sachkundig vertretene FA die angeblichen Verfahrensmängel noch in der mündlichen Verhandlung rügen und die aus seiner Sicht erforderlichen Beweisanträge stellen müssen. Dieses Unterlassen geht zu Lasten des FA. Denn die Rüge des Übergehens von Beweisanträgen oder der Verletzung der Sachaufklärungspflicht betrifft verzichtbare Verfahrensmängel (Gräber/Ruban, Finanzgerichtsordnung, 7. Aufl., § 115 Rz 101), bei denen das Rügerecht bereits durch das bloße Unterlassen einer rechtzeitigen Rüge verloren geht (Gräber/Ruban, a.a.O., § 115 Rz 103).

Quelle: [www.bundesfinanzhof.de](http://www.bundesfinanzhof.de)