

# Beschluss vom 06. Mai 2011, V B 8/11

## Beweiserhebung durch Beauftragung eines Prüfungsbeamten - Einholung eines weiteren Gutachtens

BFH V. Senat

FGO § 82, ZPO § 404, ZPO § 412

vorgehend FG Köln, 15. Dezember 2010, Az: 11 K 3669/06

## Leitsätze

1. NV: Der aufgrund eines förmlichen Beweisbeschlusses beim FG eingesetzte Prüfungsbeamte ist Sachverständiger .
2. NV: Allein daraus, dass der vom FG als Sachverständiger beauftragte Gutachter nicht "öffentlich bestellt" worden ist, kann kein Verfahrensfehler abgeleitet werden .

## Gründe

- 1 Die Beschwerde der Klägerin und Beschwerdeführerin (Klägerin) hat keinen Erfolg.
- 2 1. Entgegen der Auffassung der Klägerin kommt dem "Aspekt der Sachkunde im Produktions- und Schätzverfahren" bei der Auswahl von Sachverständigen keine grundsätzliche Bedeutung zu (§ 115 Abs. 2 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung --FGO--).
- 3 a) Es ist durch die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) bereits geklärt, dass der --wie im Streitfall-- aufgrund eines förmlichen Beweisbeschlusses eingesetzte Prüfungsbeamte beim Finanzgericht (FG) Sachverständiger ist (vgl. BFH-Beschlüsse vom 7. November 1995 VIII B 31/95, BFH/NV 1996, 344; vom 2. August 2005 IV B 185/03, BFH/NV 2005, 2224).
- 4 b) Weiter ist durch die Rechtsprechung des BFH auch geklärt, dass das dem Tatsachengericht bei der Bestimmung von Art und Zahl einzuholender Sachverständigengutachten nach § 82 FGO i.V.m. §§ 404, 412 der Zivilprozessordnung (ZPO) zustehende Ermessen nur dann verfahrensfehlerhaft ausgeübt wird, wenn das Gericht von der Einholung weiterer Gutachten oder gutachtlicher Stellungnahmen absieht, obwohl sich ihm die Notwendigkeit dieser zusätzlichen Beweiserhebung hätte aufdrängen müssen. So verhält es sich, wenn die Grundvoraussetzungen für die Verwertbarkeit bereits vorliegender Gutachten insbesondere deswegen nicht gegeben sind, weil sie offen erkennbare Mängel aufweisen, von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgehen oder unlösbare Widersprüche enthalten, wenn ferner Zweifel an der Sachkunde oder Unparteilichkeit der Gutachter bestehen oder ihnen das einschlägige spezielle Fachwissen fehlt. Das Tatsachengericht ist hingegen nicht allein schon deshalb verpflichtet, ein weiteres Gutachten oder zusätzliche gutachtliche Äußerungen einzuholen, weil ein Beteiligter meint, das bereits vorliegende Gutachten sei keine ausreichende Erkenntnisquelle (BFH-Beschluss vom 9. Mai 1996 X B 223/95, BFH/NV 1996, 773). Ein weiteres Gutachten ist aber dann einzuholen, wenn die Einschätzung des Erstgutachters nicht dem Stand der Wissenschaft entspricht, widersprüchlich oder von unsachlichen Erwägungen getragen ist (vgl. z.B. BFH-Beschluss vom 31. Oktober 2002 XI B 43/02, BFH/NV 2003, 626). Derartige Zweifel an dem Gutachten des gerichtlichen Prüfungsbeamten bestehen nicht und werden von der Klägerin auch nicht vorgetragen. Im Streitfall hat sich das FG vielmehr den Ausführungen des gerichtlichen Gutachters angeschlossen und die dagegen von der Klägerin geltend gemachten Einwände nicht durchgreifen lassen.
- 5 c) Auch der Vortrag, das FG hätte einen öffentlich bestellten Sachverständigen beauftragen müssen, führt nicht zur Zulassung der Revision. Sind für bestimmte Arten von Gutachten Sachverständige öffentlich bestellt, sollen andere Personen zwar nur dann ausgewählt werden, wenn besondere Umstände dies erfordern (§ 404 Abs. 2 ZPO). Die Auswahl der Sachverständigen liegt im Ermessen des Senats. § 404 Abs. 2 ZPO ist insoweit lediglich eine Ordnungsvorschrift (vgl. z.B. Reichold in Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 31. Aufl. 2009, § 404 Rz 3; Zöllner/

Greger, ZPO, 28. Aufl., § 404 Rz 2, m.w.N.), so dass allein daraus, dass der vom Gericht als Sachverständiger beauftragte Gutachter nicht "öffentlich bestellt" worden ist, kein Verfahrensfehler abgeleitet werden kann.

- 6 2. Die Revision ist auch nicht zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung im Hinblick auf das Urteil des FG Münster vom 17. September 2010 4 K 1412/07 (Entscheidungen der Finanzgerichte 2011, 506) zuzulassen. Zwar hat das FG Münster entschieden, dass Testkäufe zur Berücksichtigung im Rahmen einer Schätzung nach § 162 der Abgabenordnung die Verhältnisse des Verprobungszeitraums repräsentativ widerspiegeln müssen und hierfür eine zeitliche Nähe zwischen Verprobungszeitraum und Testkauf erforderlich sei, die sicherstelle, dass zum Zeitpunkt des Testkaufs dieselben betrieblichen Verhältnisse gegeben sind wie während des Verprobungszeitraums.
- 7 Das FG hat seiner Entscheidung aber entgegen der Auffassung der Klägerin keinen hiervon abweichenden Rechtssatz zugrunde gelegt, sondern sein Urteil darauf gestützt, dass die bei den Testkäufen benutzten Eiskugelportionierer nach den Angaben der Klägerin auch in den Streitjahren benutzt worden seien und der gerichtseigene Prüfer zudem die von der Klägerin durch eigene Tests ermittelte Einwendungen berücksichtigt habe.

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