

# Beschluss vom 11. Januar 2011, VI B 60/10

## Trennungsbedingte Umgangskosten sind keine außergewöhnliche Belastung - Besetzungsrüge

BFH VI. Senat

EStG § 33, FGO § 6 Abs 1, FGO § 115 Abs 2 Nr 1, FGO § 115 Abs 2 Nr 2, FGO § 115 Abs 2 Nr 3

vorgehend Niedersächsisches Finanzgericht, 18. März 2010, Az: 15 K 440/09

## Leitsätze

1. NV: Trennungsbedingte Umgangskosten sind durch die Regelungen des Familienleistungsausgleichs abgegolten und stellen keine außergewöhnliche Belastung dar. Dabei kommt der Rechtsfrage, ob dies auch dann gilt, wenn der zum Barunterhalt verpflichtete Elternteil mit-sorgeberechtigt ist, keine grundsätzliche Bedeutung zu.
2. NV: Nicht klärungsbedürftig ist auch, ob trennungsbedingte Umgangsauwendungen, die während eines Rechtsstreits um das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Kindes entstehen, abziehbar sind. Anders als die Kosten für die Durchsetzung des Umgangsrechts, sind die Kosten für den Umgang mit den Kindern selbst nicht als außergewöhnliche Belastung abzugsfähig.

## Gründe

- 1 Die Beschwerde des Klägers und Beschwerdeführers (Kläger) hat in der Sache keinen Erfolg, denn sie ist unbegründet. Weder kommt der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung zu (§ 115 Abs. 2 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung --FGO--) noch ist eine Entscheidung des Bundesfinanzhofs (BFH) zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 115 Abs. 2 Nr. 2 Alternative 2 FGO). Darüber hinaus liegt auch kein Verfahrensmangel (§ 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO) vor, auf dem die Entscheidung des Finanzgerichts (FG) beruhen kann.
- 2 1. Die Darlegung des Zulassungsgrundes der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO) verlangt substantiierte Ausführungen zur Klärungsbedürftigkeit einer hinreichend bestimmten Rechtsfrage, die im konkreten Streitfall voraussichtlich auch klärbar ist und deren Beurteilung von der Klärung einer zweifelhaften oder umstrittenen Rechtslage abhängig ist (BFH-Beschluss vom 25. August 2006 VIII B 13/06, BFH/NV 2006, 2122). Hierzu muss sich die Beschwerde insbesondere mit der Rechtsprechung des BFH, den Äußerungen im Schrifttum sowie den ggf. veröffentlichten Verwaltungsmeinungen auseinandersetzen. Ist über die Rechtsfrage bereits entschieden worden, so ist zusätzlich darzulegen, weshalb eine erneute Entscheidung des BFH für erforderlich gehalten wird. Eine weitere bzw. erneute Klärung der Rechtsfrage kann z.B. geboten sein, wenn gegen die bisherige Rechtsprechung gewichtige Einwendungen erhoben worden sind, mit denen sich der BFH bislang noch nicht auseinandergesetzt hat. An der Klärungsbedürftigkeit fehlt es auch, wenn die Rechtsfrage offensichtlich so zu beantworten ist, wie es das FG getan hat, die Rechtslage also eindeutig ist und nicht (erst) in einem Revisionsverfahren geklärt werden muss (ständige Rechtsprechung, z.B. BFH-Beschluss vom 6. Mai 2004 V B 101/03, BFHE 205, 416, BStBl II 2004, 748).
- 3 a) Wenn der Kläger sinngemäß die Rechtsfrage formuliert, ob Aufwendungen für den Umgang mit einem mehrere hundert Kilometer entfernt lebenden Kleinkind (Fahrtkosten, Kosten für ein Kinderzimmer und einen Kindergartenplatz) jedenfalls dann nicht durch die Regelungen des Familienleistungsausgleichs abgegolten werden und damit als außergewöhnliche Belastung gemäß § 33 des Einkommensteuergesetzes (EStG) abgezogen werden können, wenn sie einem mit-sorgeberechtigten Elternteil entstehen, ist diese Rechtsfrage durch die Rechtsprechung des BFH entschieden und damit nicht klärungsbedürftig.
- 4 aa) Nach ständiger Rechtsprechung des BFH (z.B. Urteil vom 10. Mai 2007 III R 39/05, BFHE 218, 136, BStBl II 2007, 764, und --betreffend die Abziehbarkeit von Aufwendungen eines Elternteils für Besuche seines von ihm getrennt lebenden Kindes-- Urteile jeweils vom 27. September 2007 III R 28/05, BFHE 219, 119, BStBl II 2008, 287; III R 30/06, BFH/NV 2008, 539; III R 41/04, III R 55/05 und III R 71/06; jeweils juris) sind Aufwendungen

außergewöhnlich i.S. des § 33 EStG, wenn sie nicht nur ihrer Höhe, sondern auch ihrer Art und dem Grunde nach außerhalb des Üblichen liegen. Die typischen Aufwendungen der Lebensführung sind dagegen ungeachtet ihrer Höhe im Einzelfall aus dem Anwendungsbereich des § 33 EStG ausgeschlossen. Sie werden in Höhe des Existenzminimums durch den Grundfreibetrag (§ 32a Abs. 1 Satz 2 EStG) berücksichtigt (z.B. BFH-Urteil in BFHE 218, 136, BStBl II 2007, 764). Familienbedingte Aufwendungen sind ab 1996 durch die Regelungen des Familienleistungsausgleichs (Freibeträge oder Kindergeld, vgl. § 31, § 32 Abs. 6 und X. Abschnitt EStG) abgegolten (z.B. BFH-Urteil vom 5. März 2009 VI R 60/07, BFH/NV 2009, 1111, m.w.N.).

- 5 bb) Durch die Regelungen des Familienleistungsausgleichs sind nach höchstrichterlicher Rechtsprechung auch die Kosten eines alleinstehenden Elternteils für Wochenendfahrten zu einem von ihm getrennt lebenden Kind in Erfüllung der elterlichen Pflicht zur Personensorge abgegolten (vgl. hierzu BFH-Urteile vom 29. August 1986 III R 209/82, BFHE 148, 22, BStBl II 1987, 167, und vom 12. Juli 1991 III R 23/88, BFH/NV 1992, 172, unter 1. b). Mit Urteil vom 28. März 1996 III R 208/94 (BFHE 180, 551, BStBl II 1997, 54) hat der BFH Aufwendungen eines geschiedenen, nicht sorgeberechtigten Vaters für Fahrten zu seinem Kind aufgrund seines Besuchsrechts nach § 1634 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) a.F. ebenfalls als typische --nicht nach § 33 EStG steuermindernd zu berücksichtigende-- Kosten der Lebensführung behandelt. Soweit der III. Senat des BFH an den Grundsätzen jener Entscheidung auch für nachfolgende Veranlagungszeiträume festgehalten hat (vgl. Urteile vom 27. September 2007 III R 41/04 für das Jahr 1998, III R 28/05 für das Jahr 1999, III R 55/05 für die Jahre 1999 und 2000, III R 30/06 für die Jahre 2001 und 2002 bzw. III R 71/06 für die Jahre 2000 bis 2002), kann daraus jedoch --entgegen dem Vorbringen des Klägers-- nicht gefolgert werden, dass der BFH lediglich für den Fall des geschiedenen, nicht sorgeberechtigten Elternteils entschieden habe, dass Umgangsaufwendungen durch den Familienleistungsausgleich abgegolten und damit den typischen Kosten der Lebensführung zugeordnet sind. Denn der BFH begründet seine Entscheidungen im Wesentlichen damit, dass die aufgrund der Trennung der Eltern entstehenden Kosten für den Umgang mit den Kindern nicht außergewöhnlich seien, weil eine räumliche Trennung zwischen Eltern und Kindern auch bei zusammenlebenden Eltern nicht unüblich sei. In dieser Kernaussage stellt der BFH danach auch erkennbar nicht darauf ab, ob der zum Barunterhalt verpflichtete Elternteil nicht sorgeberechtigt ist oder mit-sorgeberechtigt. Diese Unterscheidung hat nur im Rahmen der Vorschriften des familienrechtlichen Umgangsrechts in § 1634 BGB a.F. eine Bedeutung. Steuerrechtliche Folgerungen hinsichtlich der durch den Umgang mit den Kindern entstehenden Kosten leitet der BFH jedoch aus den Vorschriften des familienrechtlichen Umgangsrechts gerade nicht ab. Denn im Ergebnis kann sich eine Umgangspflicht des zum Barunterhalt verpflichteten Elternteils nach familienrechtlichen Vorschriften nur hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Zwangsläufigkeit auswirken, nicht aber hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Außergewöhnlichkeit.
- 6 b) Soweit der Kläger sinngemäß die Rechtsfrage formuliert, ob Aufwendungen für den Umgang mit einem mehrere hundert Kilometer entfernt lebenden Kleinkind (Fahrtkosten, Kosten für ein Kinderzimmer und einen Kindergartenplatz) jedenfalls dann nicht durch die Regelungen des Familienleistungsausgleichs abgegolten werden und damit als außergewöhnliche Belastung gemäß § 33 EStG abgezogen werden können, wenn sie einem mit-sorgeberechtigten Elternteil während eines Rechtsstreits um das Aufenthaltsbestimmungsrecht entstehen und dazu dienen, einer faktischen Präjudizierung des Sorgerechtsstreits entgegenzuwirken, ist auch diese Rechtsfrage durch die Rechtsprechung des BFH entschieden und damit nicht klärungsbedürftig.
- 7 aa) Prozesskosten sind nach der Rechtsprechung des BFH in der Regel nicht zwangsläufig, es sei denn, der Rechtsstreit berührt einen existentiell wichtigen Bereich des Steuerpflichtigen (Urteile vom 9. Mai 1996 III R 224/94, BFHE 181, 12, BStBl II 1996, 596, m.w.N.; vom 4. Dezember 2001 III R 31/00, BFHE 198, 94, BStBl II 2002, 382; vom 18. März 2004 III R 24/03, BFHE 206, 16, BStBl II 2004, 726; vom 27. August 2008 III R 50/06, BFH/NV 2009, 553). Das Recht auf Umgang mit den eigenen Kindern hat der BFH als einen solchen Bereich angesehen und deshalb bei einer grundlosen --nach altem Recht möglichen-- Verweigerung des Umgangsrechts durch die sorgeberechtigte Mutter angenommen, dass die Kosten des Vaters für einen Prozess zur Durchsetzung des Umgangs mit seinen Kindern aus tatsächlichen Gründen zwangsläufig seien (Urteil in BFHE 198, 94, BStBl II 2002, 382). Der BFH hat in dieser Entscheidung die Aufwendungen für den Familienrechtsstreit auch als außergewöhnlich beurteilt, weil das die Aufwendungen auslösende Ereignis --die Verweigerung des Umgangs mit den Kindern-- nur wenige Steuerpflichtige betreffe und somit nicht durch die allgemeinen Freibeträge abgegolten sei.
- 8 bb) Aus der Zuordnung des Umgangsrechts zum "Kernbereich menschlichen Lebens" kann jedoch nach der Rechtsprechung des BFH nicht geschlossen werden, dass die für den Umgang mit den Kindern entstehenden Aufwendungen --anders als die Kosten für die Durchsetzung des Umgangsrechts-- außergewöhnlich sind (Urteil vom 27. September 2007 III R 41/04, juris). Der erkennende Senat schließt sich dieser Auffassung ausdrücklich an. Damit ist --entgegen der Auffassung des Klägers-- durch die Rechtsprechung des BFH jedenfalls geklärt, dass die

Umgangskosten selbst nicht als außergewöhnliche Belastungen abziehbar sind. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass die streitigen Umgangskosten letztlich ihre Ursache in der räumlichen Trennung zwischen dem Kläger und seinem Kind haben und derartige typische Kosten der Lebensführung nicht über den "Umweg" eines Familienrechtsstreits zu außergewöhnlichen Aufwendungen führen können.

- 9 c) Weiter hat der Kläger nicht vorgetragen, warum eine weitere bzw. erneute Klärung der Rechtsfrage geboten ist. Er hat auch nicht dargelegt, inwieweit gegen die bisherige Rechtsprechung gewichtige Einwendungen erhoben worden sind, mit denen sich der BFH bislang noch nicht auseinandergesetzt hat.
- 10 2. a) Zur schlüssigen Darlegung einer Divergenzrüge i.S. von § 115 Abs. 2 Nr. 2 Alternative 2 FGO gehört u.a. eine hinreichend genaue Bezeichnung der vermeintlichen Divergenzentscheidung sowie die Gegenüberstellung tragender, abstrakter Rechtssätze aus dem angefochtenen Urteil des FG einerseits und aus den behaupteten Divergenzentscheidungen andererseits, um eine Abweichung erkennbar zu machen. Für eine schlüssige Divergenzrüge ist überdies weiterhin auszuführen, dass es sich im Streitfall um einen vergleichbaren Sachverhalt und um eine identische Rechtsfrage handelt (BFH-Beschluss vom 17. Januar 2006 VIII B 172/05, BFH/NV 2006, 799, unter 2.a und b, m.w.N.). Die Ausführungen des Klägers lassen einen derartigen Vortrag nicht in erforderlichem Umfang erkennen. Insbesondere fehlt jede Auseinandersetzung mit dem BFH-Urteil vom 27. September 2007 III R 41/04. Entgegen den Ausführungen des Klägers unterscheidet die Rechtsprechung des BFH zwischen den Kosten für die Durchsetzung des Umgangsrechts selbst und den Aufwendungen für den Umgang mit den Kindern. Eine Divergenz der Entscheidung des FG zur Rechtsprechung des BFH ist daher nicht erkennbar.
- 11 b) Zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 115 Abs. 2 Nr. 2 Alternative 2 FGO) ist eine Entscheidung des BFH --außer in Fällen der Divergenz-- dann geboten, wenn ein allgemeines Interesse an einer korrigierenden Entscheidung besteht, weil das FG revisibles Recht fehlerhaft ausgelegt hat, der insoweit unterlaufene Fehler von Gewicht und geeignet ist, das Vertrauen in die Rechtsprechung zu schädigen. Das ist insbesondere der Fall, wenn die Auslegung und Anwendung des revisiblen Rechts durch das FG objektiv willkürlich oder greifbar gesetzeswidrig ist (z.B. BFH-Beschluss vom 5. Juli 2005 VI B 150/04, BFH/NV 2005, 2025; vgl. auch Lange in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 115 FGO Rz 200 ff.; Seer in Tipke/Kruse, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, § 115 FGO Rz 63 ff. und 75 ff.; jeweils m.w.N.). Dies ist im Streitfall aus den oben dargelegten Gründen nicht gegeben.
- 12 3. Einen Verfahrensfehler, auf dem das angefochtene Urteil des FG beruhen könnte (§ 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO), in Form einer Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes, § 119 Nr. 1 FGO) hat der Kläger nicht schlüssig dargetan.
- 13 Nach § 6 Abs. 1 FGO kann der Rechtsstreit einem Senatsmitglied als Einzelrichter zur Entscheidung übertragen werden. Hiervon hat das FG Gebrauch gemacht. Dieser Beschluss ist nach § 6 Abs. 4 Satz 1 FGO unanfechtbar und kann regelmäßig auch im Rechtsmittelverfahren nicht überprüft werden (vgl. § 124 Abs. 2 FGO; BFH-Beschluss vom 21. Oktober 1999 VII R 15/99, BFHE 190, 47, BStBl II 2000, 88). Eine Besetzungsrüge mit der Begründung, die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 FGO für eine Übertragung auf den Einzelrichter hätten nicht vorgelegen, kann deshalb nur ausnahmsweise Erfolg haben, so etwa dann, wenn sich die Übertragung auf den Einzelrichter als "greifbar gesetzeswidrig" erweist. Dies ist eine Entscheidung aber nur dann, wenn sie mit der geltenden Rechtsordnung schlechthin unvereinbar ist, weil sie jeder Grundlage entbehrt und inhaltlich dem Gesetz fremd ist (vgl. BFH-Beschlüsse vom 28. Januar 2003 VI B 75/02, BFH/NV 2003, 926; vom 21. Dezember 2004 II B 13/04, BFH/NV 2005, 897; vom 10. März 2005 VI B 166/04, BFH/NV 2005, 1089).
- 14 Dass derartige Umstände vorliegen würden, hat der Kläger nicht geltend gemacht. Der bloße Vortrag, im Streitfall liege sowohl ein Fall der Divergenz als auch der Rechtsgrundsätzlichkeit vor, verdeutlicht nicht, dass die Übertragung auf den Einzelrichter offensichtlich gesetzeswidrig bzw. willkürlich gewesen wäre.
- 15 4. Soweit der Kläger im weiteren Vorbringen die Entscheidung des FG, die sich ausdrücklich auf die einschlägige Rechtsprechung des BFH stützt, als rechtsfehlerhaft angreift, verkennt der Kläger den grundsätzlichen Unterschied zwischen der Begründung einer Nichtzulassungsbeschwerde und derjenigen einer Revision (vgl. hierzu z.B. BFH-Beschlüsse vom 15. November 2006 XI B 18/06, BFH/NV 2007, 475; vom 29. Juni 2005 VI B 130/04, BFH/NV 2005, 1801; Gräber/Ruban, Finanzgerichtsordnung, 7. Aufl., § 116 Rz 27, m.w.N.). Mit dem bloßen Einwand, das FG habe fehlerhaft entschieden, kann die Zulassung der Revision nicht erreicht werden (ständige Rechtsprechung, z.B. BFH-Beschlüsse vom 2. Juli 2007 VI B 147/06, BFH/NV 2007, 1914; vom 4. Juni 2003 IX B 29/03, BFH/NV 2003, 1212).