

## **Beschluss** vom 14. April 2011, VI B 120/10

### **Abgelehnter Schriftsatznachlass - Rechtsäußerung des Berichterstatters - Unentgeltliche Wohnungsüberlassung im Rahmen doppelter Haushaltsführung - Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung**

BFH VI. Senat

EStG § 9 Abs 1 S 3 Nr 5, FGO § 76 Abs 1, FGO § 96 Abs 2, FGO § 115 Abs 2 Nr 2, FGO § 115 Abs 2 Nr 3, ZPO § 282, ZPO § 283

vorgehend Niedersächsisches Finanzgericht , 19. Juni 2010, Az: 15 K 12310/08

### **Leitsätze**

1. NV: Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist nicht verletzt, wenn der fachkundig vertretene Kläger in der mündlichen Verhandlung ohne vorherige Erkundigung i.S.v. § 282 ZPO reagieren konnte und deshalb eine Schriftsatzfrist nicht gewährt werden musste .
2. NV: Bei einer Rechtsäußerung eines Mitglieds des zur Entscheidung berufenen Spruchkörpers kann regelmäßig nicht gefolgert werden, dass die Rechtsfrage geklärt ist und von dieser Rechtsauffassung nicht mehr abgewichen werden kann .
3. NV: Hat das FG nicht den einzelnen Umstand der unentgeltlichen Wohnungsüberlassung allein als unabdingbare Voraussetzung im Sinne eines Tatbestandsmerkmals angesehen, liegt keine Divergenz zum Senatsurteil vom 21. April 2010 VI R 26/09, BFHE 230, 5 vor .

### **Tatbestand**

- 1 I. Der Kläger und Beschwerdeführer (Kläger) ist ledig und wohnt in H, wo ihm im Dachgeschoss des elterlichen Hauses seit 1986 eigener Wohnraum (45 qm) unentgeltlich zur Verfügung steht. Daneben hat der Kläger seit November 2000 in K eine 3-Zimmer-Wohnung (90 qm) angemietet. Der Arbeitgeber des Klägers hat seinen Sitz in K. Im Streitjahr (2005) war der Kläger in den Monaten Januar bis September überwiegend im Ausland für seinen Arbeitgeber tätig. Der Kläger hielt sich während seines Aufenthalts im Ausland im März, Juni und August 2005 jeweils für 12 bis 14 Tage in H auf. Von Oktober bis Dezember 2005 war er im Inland tätig. In der Einkommensteuererklärung für das Streitjahr machte er erstmals Aufwendungen für doppelte Haushaltsführung geltend und gab an, seinen Haupthausstand am Wohnsitz seiner Eltern in H zu unterhalten und daneben einen eigenen Hausstand in K am Beschäftigungsort.
- 2 Der Beklagte und Beschwerdegegner (das Finanzamt --FA--) berücksichtigte die Aufwendungen nicht, da ein eigener Hausstand in H nicht nachgewiesen worden sei. Einspruch und Klage blieben erfolglos. Das Finanzgericht (FG) konnte nicht feststellen, dass sich der Lebensmittelpunkt des Klägers im Streitjahr in H befunden hat. Zudem stand zur Überzeugung des FG nicht fest, dass der Kläger in H einen eigenen Hausstand geführt hat. Das FG ließ die Revision nicht zu.
- 3 Mit der Nichtzulassungsbeschwerde macht der Kläger neben verschiedenen Verfahrensfehlern eine Abweichung von der Rechtsprechung des Senats geltend.

### **Entscheidungsgründe**

- 4 II. Die Beschwerde des Klägers hat in der Sache keinen Erfolg. Die geltend gemachten Zulassungsgründe liegen nicht vor. Weder greifen die von der Beschwerde gerügten Verfahrensfehler i.S. von § 115 Abs. 2 Nr. 3 der Finanzgerichtsordnung (FGO) durch noch ist eine Entscheidung des Bundesfinanzhofs (BFH) zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 115 Abs. 2 Nr. 2 FGO).

- 5 1. Das FG hat den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör (§ 96 Abs. 2 FGO) nicht dadurch verletzt, dass es einen Schriftsatznachlass abgelehnt hat. Die Nichtgewährung einer in der mündlichen Verhandlung beantragten Schriftsatzfrist verletzt nur dann den Anspruch auf rechtliches Gehör, wenn sich ein Beteiligter in der mündlichen Verhandlung auf ein Vorbringen des anderen Beteiligten nicht erklären kann, weil es ihm nicht rechtzeitig vor dem Termin mitgeteilt worden ist. Nur für diesen Fall sehen § 283 der Zivilprozessordnung (ZPO) i.V.m. § 155 FGO das Nachbringen schriftsätzlicher Erklärungen vor (BFH-Beschluss vom 18. März 2008 XI S 30/07 (PKH), BFH/NV 2008, 1184, m.w.N.). Diese Voraussetzung liegt im Streitfall nicht vor.
- 6 Der Streitpunkt, zu dem sich der Kläger noch schriftsätzlich im Anschluss an die mündliche Verhandlung äußern wollte, betraf die Frage, ob die mit dem Schriftsatz des Klägers vom 14. Mai 2010 eingereichten Belege geeignet sind, den Nachweis dafür zu erbringen, dass der Lebensmittelpunkt des Klägers sich in H befunden und er dort einen eigenen Hausstand geführt hat. Dies wurde vom FA mit Schriftsatz vom 17. Juni 2010, der dem Kläger erst in der mündlichen Verhandlung am 22. Juni 2010 überreicht wurde, bestritten. Der Kläger trägt in der Beschwerde hierzu vor, dass durch Vorlage der Originalbelege sowie durch die persönliche Vernehmung des Klägers die Geeignetheit der im Schreiben vom 14. Mai 2010 eingereichten Beweismittel hätte nachgewiesen werden können. Es ist dem Senat jedoch kein Grund ersichtlich und in der Beschwerde auch nicht vorgetragen, warum der fachkundig vertretene Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem FG nicht "ohne vorhergehende Erkundigung" i.S. des § 282 ZPO auf den Schriftsatz des FA mit dem in der Beschwerde angeführten Vorbringen hätte erwidern können. Im Streitfall lagen somit die Voraussetzungen für das Nachreichen eines Schriftsatzes gemäß § 283 ZPO i.V.m. § 155 FGO nicht vor.
- 7 2. Eine Verletzung rechtlichen Gehörs ergibt sich --entgegen der Auffassung des Klägers-- auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer Überraschungsentscheidung. Eine solche liegt vor, wenn das FG seine Entscheidung auf einen bis dahin nicht erörterten rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkt stützt und damit dem Rechtsstreit eine Wendung gibt, mit der auch ein kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Verlauf des Verfahrens nicht rechnen musste (vgl. BFH-Beschluss vom 25. Januar 2008 X B 179/06, BFH/NV 2008, 608). Wie das FA zutreffend darauf hinweist, konnte aus dem Hinweis des Berichterstatters auf die Vorschrift des § 3c des Einkommensteuergesetzes (EStG) im Zusammenhang mit dem Auslandsaufenthalt des Klägers im Ausland nicht geschlossen werden, dass die doppelte Haushaltsführung dem Grunde nach anerkannt werde. Die Beteiligten haben vielmehr zuletzt in der mündlichen Verhandlung die Frage erörtert, ob eine doppelte Haushaltsführung im Streitfall anzunehmen sei. Hierzu wurden auch Zeugen vernommen. Die Abweisung der Klage als unbegründet, weil die Voraussetzungen einer doppelten Haushaltsführung nicht festgestellt werden konnten, erfolgte daher für den Kläger nicht überraschend. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass bei einer Rechtsäußerung nur eines Mitglieds des zur Entscheidung berufenen Spruchkörpers --hier des Senats-- regelmäßig nicht gefolgert werden kann, dass die Rechtsfrage eindeutig geklärt ist und der Senat von der Rechtsauffassung nicht abweichen bzw. sie anders beurteilen könnte. Dies musste sich dem Kläger im Übrigen auch aufgrund des Verlaufs der mündlichen Verhandlung am 22. Juni 2010 aufdrängen. Ausweislich des Sitzungsprotokolls wurde zwar auch die Frage der Anwendung des § 3c EStG erörtert, im Übrigen wurden jedoch ausschließlich Fragen zur doppelten Haushaltsführung behandelt.
- 8 3. 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.). Der Kläger behauptet zwar, dass eine Abweichung zur Entscheidung VI R 26/09 (Senats-Urteil vom 21. April 2010, BFHE 230, 5) vorliegt, und nennt Abweichungen im Urteil der Vorinstanz. Der Senat vermag dem jedoch nicht zu folgen.
- 9 Nach der Rechtsprechung des Senats ist die finanzielle Beteiligung bei der Unterhaltung des Haupthausstandes keine unabdingbare Voraussetzung im Sinne eines Tatbestandsmerkmals (conditio sine qua non), sondern lediglich ein gewichtiges Indiz bei der Würdigung der gesamten Umstände des Falles (BFH-Urteil vom 14. Juni 2007 VI R 60/05, BFHE 218, 229, BStBl II 2007, 890). Das FG ist aufgrund einer tatrichterlichen Würdigung aller Umstände des Einzelfalles zu der Entscheidung gelangt, dass der Kläger in den Haushalt seiner Eltern eingegliedert war und nicht über einen eigenen Hausstand verfügt bzw. auch nicht einen Haushalt gemeinsam mit seinen Eltern geführt hat. So hat das FG neben der unentgeltlichen Wohnungsüberlassung, der fehlenden Übernahme von Nebenkosten sowie der fehlenden Beteiligung an Renovierungskosten u.a. maßgeblich darauf abgestellt, dass die Wohnung zeitweise

durch andere Personen genutzt wurde, dass die Aussagen der beiden Zeugen keine weiteren Aufenthalte in H ergaben sowie, dass angesichts der Dauer der Auswärtstätigkeit des ledigen Klägers keine Umstände dargelegt wurden, die belegt hätten, dass der Lebensmittelpunkt des Klägers in H verblieben war. Diese Würdigung des FG ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere hat das FG nicht den einzelnen Umstand der unentgeltlichen Wohnungsüberlassung allein als unabdingbare Voraussetzung im Sinne eines Tatbestandsmerkmals angesehen.

- 10** 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.
- 11** 4. Die Rüge, das FG habe seine Sachaufklärungspflicht nach § 76 Abs. 1 FGO verletzt, weil es weitere Aufenthalte des Klägers in H nicht durch Einvernahme des Klägers, weiterer Zeugen und der Einsicht von Kaufbelegen im Original aufgeklärt habe, lässt einen Verfahrensfehler des FG nicht erkennen. Der Kläger hat nicht dargelegt, weshalb sich auf der Grundlage des materiell-rechtlichen Standpunktes des FG (vgl. dazu BFH-Urteile vom 31. August 1992 V R 47/88, BFHE 169, 250, BStBl II 1992, 1046, 1047, und vom 15. Dezember 1992 VIII R 9/90, BFH/NV 1993, 656, 657 zur Beweiserhebung bezüglich der Veräußerungsabsicht) eine weitere Aufklärung des Sachverhaltes hätte aufdrängen müssen (vgl. BFH-Beschlüsse vom 23. April 1992 II B 174/91, juris; vom 19. September 1994 VIII B 110/93, BFH/NV 1995, 243).
- 12** So hat das FG die Feststellung, dass sich der Lebensmittelpunkt des Klägers nicht in H befunden habe, nicht von der Anzahl der Aufenthalte in H abhängig gemacht, sondern maßgeblich darauf gestützt, dass angesichts der Dauer der Auswärtstätigkeit des ledigen Klägers keine Umstände dargelegt wurden, die belegt hätten, dass der Lebensmittelpunkt des Klägers in H verblieben war. Die Aussagen der beiden Zeugen stützen diese Feststellung des FG. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Anzahl der Wochenendheimfahrten des Klägers letztlich auch keine Aussage darüber erlaubt, ob der Kläger in H einen eigenen Hausstand unterhalten hat. Ein möglicher Verfahrensfehler hinsichtlich der Frage, ob der Kläger seinen Lebensmittelpunkt in H hatte, lässt damit die Feststellungen des FG zum eigenen Hausstand des Klägers unberührt.
- 13** Zudem war das FG von seinem materiell-rechtlichen Standpunkt aus nicht verpflichtet, auch ohne Beweisangebot von Amts wegen die entsprechende weitere Sachverhaltsermittlung zur Anzahl der Aufenthalte in H anzustellen. Denn letztlich hat das FG das Vorliegen einer doppelten Haushaltsführung im Streitfall auch deswegen verneint, weil der Kläger in den Haushalt seiner Eltern eingegliedert war und nicht über einen eigenen Hausstand verfügt bzw. auch nicht einen Haushalt gemeinsam mit seinen Eltern geführt hat. Eine weitere Sachverhaltsermittlung von Amts wegen hätte sich daher nach Lage der Akten nicht aufdrängen müssen (BFH-Beschluss vom 23. April 1992 II B 174/91, juris).

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