

# Beschluss vom 15. Juli 2014, III S 19/12 (PKH)

## Erlass des die PKH ablehnenden Beschlusses nach Entscheidung zur Hauptsache - Verletzung des rechtlichen Gehörs und der Sachaufklärungspflicht

BFH III. Senat

FGO § 76 Abs 1 S 1, FGO § 90a Abs 2, FGO § 96 Abs 2, FGO § 118 Abs 2, FGO § 142 Abs 1, FGO § 155, ZPO § 114 S 1, ZPO § 295, GG Art 103 Abs 1, EStG § 62 Abs 1, GKG § 3 Abs 2

## Leitsätze

1. NV: Wird nach Ergehen eines Gerichtsbescheids nicht mündliche Verhandlung beantragt, sondern die im Gerichtsbescheid zugelassene Revision eingelegt, kommt dies bei summarischer Prüfung einem Verzicht auf das Recht gleich, eine vermeintliche Gehörsverletzung mit der Begründung zu rügen, das FG habe dem Anspruchsteller durch die erst nach Ergehen des Gerichtsbescheids erfolgte Ablehnung der PKH die Möglichkeit genommen, seinen Sachvortrag zu ergänzen.
2. NV: Ebenso kommt dieses prozessuale Verhalten bei summarischer Prüfung einem Verzicht auf das Recht gleich, eine vermeintliche Verletzung der Sachaufklärungspflicht mit der Begründung zu rügen, das FG hätte den Sachverhalt von Amts wegen weiter aufklären müssen.

## Tatbestand

1. I. Im Hauptsacheverfahren III R 38/12 ist streitig, ob dem Kläger, Revisionskläger und Antragsteller (Antragsteller) ein Anspruch auf Kindergeld nach dem Einkommensteuergesetz in der für den Streitzeitraum (Juli 2009 bis November/Dezember 2010) geltenden Fassung (EStG) zusteht.
2. Der Antragsteller ist der Vater seiner am ... April 2006 geborenen Tochter (T). Er ist seit März 2006 in Deutschland bei einer Baufirma sozialversicherungspflichtig beschäftigt. T lebt in Polen bei der Kindsmutter, der dort aufgrund der Höhe der Einkünfte des Antragstellers kein Anspruch auf Familienleistungen zusteht. Der Antragsteller wurde für das Jahr 2009 zur Einkommensteuer veranlagt.
3. Nachdem der Antragsteller im Dezember 2007 Kindergeld für T beantragt hatte, teilte er der Familienkasse X im Rahmen dieses Antragsverfahrens mit Schreiben vom 6. Februar 2008 mit, dass er in der im Kindergeldantrag angegebenen Wohnung seines Cousins in X für Korrespondenzzwecke gemeldet sei. Für seinen Arbeitgeber --einer in Deutschland ansässigen Baufirma-- sei er ununterbrochen europaweit unterwegs. An den jeweiligen ausländischen Einsatzstellen wohne er regelmäßig in Hotels, wobei der Arbeitgeber die Unterkunftskosten am jeweiligen Einsatzort übernehme. Daraufhin gewährte die Familienkasse X zunächst Kindergeld.
4. Im Juni 2009 zog der Antragsteller nach Y um, wo er sich wiederum für postalische Zwecke in der Wohnung einer Cousine angemeldet hatte. Die Familienkasse Y forderte ihn für Zwecke der Prüfung des Kindergeldanspruchs auf, verschiedene Unterlagen (z.B. Kopie des neuen Mietvertrags) vorzulegen. Da der Antragsteller dieser Aufforderung nicht nachkam, hob die Familienkasse Y die Kindergeldfestsetzung mit Bescheid vom 8. Oktober 2009 für T ab Juli 2009 auf.
5. Hiergegen legte der Antragsteller Einspruch ein. In dem Einspruchsverfahren teilte der Beklagte und Revisionsbeklagte, die Familienkasse Z (Familienkasse), dem Antragsteller mit, dass mangels inländischen Wohnsitzes zu klären sei, ob und wo sich der Antragsteller gewöhnlich in Deutschland aufhalte, oder ob er ggf. ohne Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt der Steuerpflicht in Deutschland unterliege. Zugleich forderte sie den Antragsteller auf, entsprechende Nachweise (z.B. Bescheinigung des Arbeitgebers, Hotelquittungen, Bescheinigung des Finanzamts nach § 1 Abs. 3 EStG) vorzulegen. Hierauf teilte er mit Schreiben vom 1. September 2010 lediglich mit, dass er deutschlandweit auf verschiedenen Baustellen tätig sei und sich daher an verschiedenen Orten in Deutschland befunden habe. Die Familienkasse wies den Einspruch mangels Nachweises einer

Kindergeldberechtigung nach § 62 Abs. 1 EStG als unbegründet zurück (Einspruchsentscheidung vom 29. November 2010).

- 6 Die Klage des vor dem Finanzgericht (FG) fachkundig vertretenen Antragstellers blieb erfolglos. Das FG wies die Klage mit Gerichtsbescheid vom 13. Juli 2012 als unbegründet ab. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, dass der Antragsteller nicht nach § 62 Abs. 1 EStG anspruchsberechtigt sei. Aus der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (VO Nr. 1408/71) des Rates vom 14. Juni 1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in der für den Streitzeitraum maßgeblichen Fassung ergebe sich kein --von den in den §§ 62 ff. EStG normierten Voraussetzungen unabhängiger-- eigenständiger Kindergeldanspruch. Im Übrigen habe der Antragsteller nicht nachgewiesen, dass er ab Juli 2009 zu den nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 EStG anspruchsberechtigten Personen gehöre. Der Nachweis eines inländischen Wohnsitzes sei nicht geführt worden. Ebenso sei nicht belegt, dass der Antragsteller seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland gehabt habe. Schließlich habe der Antragsteller nicht nachgewiesen, dass er nach § 1 Abs. 3 EStG auf Antrag als unbeschränkt einkommensteuerepflichtig behandelt worden sei (vgl. § 62 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b EStG).
- 7 Das FG ließ in dem Gerichtsbescheid vom 13. Juli 2012 die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung mit Blick auf das beim Bundesfinanzhof (BFH) unter dem Az. XI R 37/11 anhängige Revisionsverfahren zu.
- 8 Weiter lehnte es den für das erstinstanzliche Verfahren gestellten Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe (PKH) mit Beschluss vom 17. Juli 2012 mangels hinreichender Aussicht auf Erfolg mit den Gründen ab, die es bereits in dem Gerichtsbescheid vom 13. Juli 2012 angeführt hatte.
- 9 Der Antragsteller hat für das Revisionsverfahren III R 38/12 PKH beantragt und eine Erklärung über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse vorgelegt. Er begründet den PKH-Antrag mit den im Revisionsverfahren vorgebrachten Argumenten, wonach der angegriffene Gerichtsbescheid sowohl materielles Recht als auch Verfahrensrecht verletze.

## Entscheidungsgründe

- 10 II. Der Antrag ist unbegründet, weil die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet (§ 142 Abs. 1 der Finanzgerichtsordnung --FGO-- i.V.m. § 114 Satz 1 der Zivilprozessordnung --ZPO--).
- 11 Nach § 142 Abs. 1 FGO gelten für die PKH im Finanzgerichtsverfahren die Vorschriften der ZPO über die PKH (§§ 114 ff. ZPO) sinngemäß. Da der Antragsteller seinen PKH-Antrag vor dem 1. Januar 2014 gestellt hat, sind im Streitfall die §§ 114 ff. ZPO in der bis zum 31. Dezember 2013 geltenden Fassung anzuwenden (vgl. § 40 des Gesetzes betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung). Hiernach erhält eine Partei, die nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann, auf Antrag PKH, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint (§ 114 Satz 1 ZPO).
- 12 Für die Prüfung der hinreichenden Erfolgsaussicht ist unerheblich, dass das FG die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen hat (BFH-Beschluss vom 18. März 2005 XI S 31/04 (PKH), BFH/NV 2005, 1344). Entscheidend ist, ob bei summarischer Prüfung für den Eintritt des angestrebten Erfolgs eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht (BFH-Beschluss vom 26. März 2009 V S 8/07 (PKH), BFH/NV 2009, 1467, m.w.N.). Diese Prüfung ist insbesondere anhand des Vortrags des Antragstellers und der angegriffenen Vorentscheidung vorzunehmen (vgl. BFH-Beschluss vom 24. August 1995 XI S 18/95, BFH/NV 1996, 250). Dies bedeutet aber zugleich, dass PKH verweigert werden darf, wenn ein Erfolg in der Hauptsache zwar nicht schlechthin ausgeschlossen, die Erfolgchance aber nur eine entfernte ist (Beschluss des Bundesverfassungsgerichts --BVerfG-- vom 3. März 2014 1 BvR 1671/13, Neue Juristische Wochenschrift --NJW-- 2014, 1291). So verhält es sich im Streitfall.
- 13 1. Das FG ist zunächst rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass sich hinsichtlich der Anspruchsberechtigung des Antragstellers nach § 62 Abs. 1 EStG keine Modifikationen aus den Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 ergeben, sich insbesondere aus den Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 kein eigenständiger Anspruch auf Kindergeld ableiten lässt.
- 14 a) Diese Rechtsfrage hat der BFH --in dem der Revisionszulassung durch das FG zugrundeliegenden Verfahren-- mit Urteil vom 20. März 2013 XI R 37/11 (BFHE 240, 394) in dem vorbezeichneten Sinne entschieden. Danach besteht

ein Kindergeldanspruch nur dann, wenn die nationalen Anspruchsvoraussetzungen, insbesondere die des § 62 Abs. 1 EStG gegeben sind.

- 15** b) Der beschließende Senat muss diese während des PKH-Verfahrens eingetretene Klärung der Rechtslage zu Lasten des Antragstellers berücksichtigen. Allerdings wird in Rechtsprechung und Schrifttum die Frage nicht einheitlich beantwortet, ob eine Veränderung der Sach- und/oder Rechtslage zu berücksichtigen ist, die in dem Zeitraum zwischen Eingang eines (an sich entscheidungsreifen, vollständigen) Antrags und der PKH-Entscheidung des Gerichts eingetreten ist (zum Meinungsstand vgl. BFH-Beschluss vom 13. Juli 2011 VII S 54/10 (PKH), BFH/NV 2011, 2114; zur Klärung der Rechtsfrage während des PKH-Verfahrens vgl. auch Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 27. Januar 1982 IVb ZB 925/80, NJW 1982, 1104).
- 16** Die Frage bedarf jedoch in diesem Verfahren keiner Entscheidung. Im Streitfall hätte der Antragsteller beim FG gegen den Gerichtsbescheid vom 13. Juli 2012 eine mündliche Verhandlung beantragen (vgl. § 90a Abs. 2 Satz 1 FGO) und sein Ziel u.U. auch dadurch erreichen können, dass er --bei gebotener Mitwirkung im erstinstanzlichen Verfahren-- die nunmehr erst im Revisionsverfahren nachgereichten Stundennachweise bereits dem FG vorgelegt hätte. Danach hätte für den Antragsteller eine aussichtsreiche Möglichkeit bestanden, eine nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 EStG bestehende Anspruchsberechtigung darzulegen, ohne sich auf die genannte Rechtsfrage stützen zu müssen. Gleichwohl versuchte der Antragsteller nicht, sein Ziel vor dem FG unter Ausschöpfung der hierfür zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten zu erreichen, sondern er legte unmittelbar Revision ein (vgl. dazu auch unten 2.b aa). Dabei hatte er Kenntnis von dem beim BFH anhängigen Revisionsverfahren XI R 37/11. Er musste damit rechnen, dass der BFH zuerst über das ältere Revisionsverfahren entscheiden wird. Jedenfalls in einer solchen Situation kann sich ein bedürftiger Verfahrensbeteiligter --auch unter Berücksichtigung des im Prozessrecht geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben-- nicht darauf berufen, dass ihm das Gericht PKH hätte bewilligen müssen, wenn es über seinen Antrag vor der Klärung der (schwierigen) Rechtsfrage entschieden hätte.
- 17** 2. Das FG hat eine Anspruchsberechtigung des Antragstellers nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 EStG für den Streitzeitraum zu Recht abgelehnt. Nach den Feststellungen des FG hatte der Antragsteller im Streitzeitraum weder einen Wohnsitz i.S. des § 8 der Abgabenordnung (AO) noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt i.S. des § 9 AO im Inland.
- 18** a) Bei summarischer Prüfung ist nicht ersichtlich, dass die insoweit für den Senat grundsätzlich bestehende Bindungswirkung (vgl. § 118 Abs. 2 FGO) deshalb entfallen könnte, weil das FG bei der Tatsachenwürdigung materielle Rechtsfehler begangen bzw. gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen hat (vgl. dazu BFH-Urteil vom 30. August 1989 I R 215/85, BFHE 158, 118, BStBl II 1989, 956). Insbesondere erscheint die Würdigung des FG, wonach der Antragsteller keinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hatte, nicht deshalb als materiell fehlerhaft, weil hierbei gegen die Grundsätze des Anscheinsbeweises verstoßen wurde. Vielmehr hat der Antragsteller selbst vorgetragen, dass er europaweit tätig gewesen sei. Danach war es durchaus möglich, dass seine Einsatzorte im Ausland gelegen haben.
- 19** b) Ebenso ist nicht zu erwarten, dass die vom Antragsteller erhobenen Verfahrensrügen durchgreifen und die Bindungswirkung (vgl. § 118 Abs. 2 FGO) deshalb entfallen könnte.
- 20** aa) Die Rüge des Antragstellers, wonach das FG seinen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 des Grundgesetzes, § 96 Abs. 2 FGO) dadurch verletzt habe, dass es über seinen PKH-Antrag erst vier Tage nach Ergehen des Gerichtsbescheids entschieden habe und es ihm deshalb nicht möglich gewesen sei, seinen Sachvortrag hinsichtlich des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts entsprechend nachzubessern, entspricht bereits nicht den Darlegungsanforderungen des § 120 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b FGO.
- 21** Eine Gehörsverletzung infolge rechtswidriger Vorenthaltung der PKH kann zwar --trotz der Regelungen in § 124 Abs. 1, § 128 Abs. 2 FGO-- als Verfahrensmangel im Revisionsverfahren geltend gemacht werden (z.B. BFH-Beschlüsse vom 6. Juli 2012 V B 37/12, BFH/NV 2013, 43; vom 12. August 2008 X S 35/08 (PKH), BFH/NV 2008, 2030). Ebenso ist es grundsätzlich nicht statthaft, über einen PKH-Antrag erst nach Ergehen der Entscheidung in der Hauptsache zu befinden (BVerfG-Beschluss vom 13. Juli 1992 1 BvR 99/90, Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht 1993, 382; BFH-Beschluss vom 27. April 2001 XI S 16/00, BFH/NV 2001, 1417). Eine derartige unrichtige Sachbehandlung führt aber nur dann zu einer Gehörsverletzung, wenn hierdurch der Rechtsschutz des Klägers im Hauptsacheverfahren beeinträchtigt wird (vgl. BFH-Beschlüsse vom 9. Juli 1996 VII S 16/95, BFH/NV 1997, 143; vom 24. Juli 2008 VIII B 104/08, juris). Insoweit erscheint bereits fraglich, ob der Anspruch auf rechtliches Gehör bei --fachkundig vertretenen-- Unbemittelten inhaltlich überhaupt darauf gerichtet sein kann, ihnen durch eine rechtzeitige PKH-Entscheidung die Gelegenheit zur Ergänzung des Sachvortrags im Hauptsacheverfahren zu verschaffen.

- 22** Auf die zuletzt aufgeworfene Rechtsfrage muss jedoch nicht näher eingegangen werden, weil die geltend gemachte Gehörsverletzung --wie bereits ausgeführt-- nicht schlüssig dargelegt ist. Da die Gehörsverletzung ein verzichtbarer Verfahrensmangel (§ 155 FGO i.V.m. § 295 ZPO) ist (Lange in Hübschmann/ Hepp/Spitaler --HHSp--, § 119 FGO Rz 226, § 120 FGO Rz 208, m.w.N. aus der Rechtsprechung des BFH), hätte der Antragsteller darlegen müssen, dass er den geltend gemachten Fehler bei nächster sich bietender Gelegenheit vor dem FG gerügt hat oder weshalb ihm eine solche Rüge nicht möglich gewesen ist. Zudem hätte er darlegen müssen, dass er alle prozessualen Möglichkeiten ausgeschöpft hat, um sich rechtliches Gehör vor dem FG zu verschaffen (Lange in HHSp, § 119 FGO Rz 227, m.w.N. aus der Rechtsprechung des BFH).
- 23** An solchen Ausführungen fehlt es. § 90a Abs. 2 Satz 2 FGO räumt den Beteiligten für den Fall, dass das FG --wie vorliegend-- im Gerichtsbescheid die Revision zulässt, ein Wahlrecht ein, ob sie mündliche Verhandlung beantragen oder Revision einlegen. Demnach hätte der Antragsteller gegen den Gerichtsbescheid vom 13. Juli 2012 eine mündliche Verhandlung beantragen und seinen Sachvortrag hinsichtlich des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts bereits in diesem Antrag ergänzen können. Gleichwohl fehlt jeglicher Vortrag dazu, weshalb er von dieser prozessualen Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat. Im Gegenteil hat der Antragsteller nur Revision eingelegt (vgl. § 90a Abs. 2 Satz 3 FGO). Dieses Verhalten ist bei summarischer Prüfung als Verzicht auf das Rügerecht zu bewerten (vgl. BFH-Beschluss vom 28. Mai 2004 VIII B 63/04, BFH/NV 2004, 1526).
- 24** Die Vorgehensweise des Antragstellers erschließt sich auch nicht deshalb, weil ihm die Stellung eines Antrags auf mündliche Verhandlung wegen eines damit verbundenen (weiteren) Kostenrisikos nicht mehr zumutbar gewesen ist. Ein solcher Antrag lässt im Finanzgerichtsverfahren für den Prozessbevollmächtigten keine (zusätzliche) Gebühr entstehen; die Termingebühr ist bereits dann "verdient", wenn durch einen Gerichtsbescheid ohne mündliche Verhandlung entschieden wird (§ 2 Abs. 2 des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes i.V.m. Nr. 3202 Abs. 2 des Vergütungsverzeichnisses). Ebenso kommt es durch einen solchen Antrag zu keiner Erhöhung der Gerichtsgebühren, weil die allgemeine Verfahrensgebühr bereits mit Erlass des Gerichtsbescheids entsteht (§ 3 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes --GKG-- i.V.m. Nr. 6110, 6111 des Kostenverzeichnisses --KV--).
- 25** bb) Bei summarischer Prüfung ist auch die Rüge, das FG habe gegen seine Sachaufklärungspflicht (§ 76 Abs. 1 Satz 1 FGO) verstoßen, indem es unterlassen habe, von Amts wegen weitere Ermittlungen hinsichtlich des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts des Antragstellers durchzuführen, nicht ordnungsgemäß bezeichnet.
- 26** Da auch die Verletzung der Sachaufklärungspflicht ein verzichtbarer Verfahrensmangel (§ 155 FGO i.V.m. § 295 ZPO) ist, hätte der Antragsteller zur schlüssigen Rüge eines solchen Mangels --wie bereits ausgeführt-- vortragen müssen, dass er den Fehler bei nächster sich bietender Gelegenheit vor dem FG gerügt hat oder weshalb ihm eine solche Rüge nicht möglich gewesen ist. Daran fehlt es. Der vor dem FG fachkundig vertretene Antragsteller hat im Gegenteil auf weitere Ermittlungen hinsichtlich des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts verzichtet, indem er es unterlassen hat, gegen den Gerichtsbescheid des FG (zumindest auch) eine mündliche Verhandlung zu beantragen. Dieses Verhalten kommt bei summarischer Prüfung einem Verzicht auf das Rügerecht gleich (vgl. BFH-Beschluss in BFH/NV 2004, 1526).
- 27** c) Eine Anspruchsberechtigung nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 EStG kann sich auch nicht aus dem neuen --im Revisionsverfahren gemachten-- Tatsachenvortrag ergeben. Der Antragsteller hat zwar nunmehr im Revisionsverfahren unter Vorlage von Stundennachweisen des Arbeitgebers substantiiert dargelegt, wo sich seine Einsatzorte während des Streitzeitraums befunden haben. Im Revisionsverfahren kann jedoch ein neuer Tatsachenvortrag grundsätzlich nicht berücksichtigt werden (z.B. BFH-Urteil in BFHE 240, 394; Gräber/Ruban, Finanzgerichtsordnung, 7. Aufl., § 118 Rz 36).
- 28** 3. Ebenso hat das FG --für den Senat bindend (§ 118 Abs. 2 FGO)-- eine Anspruchsberechtigung des Antragstellers nach § 62 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b i.V.m. § 1 Abs. 3 EStG abgelehnt. Nach den Feststellungen des FG ist der Antragsteller nicht auf Antrag gemäß § 1 Abs. 3 EStG als unbeschränkt einkommensteuerpflichtig behandelt worden. Verfahrensrügen hiergegen sind nicht erhoben.
- 29** 4. Schließlich greifen bei summarischer Prüfung auch nicht die weiteren vom Antragsteller erhobenen Verfahrensrügen durch.
- 30** a) Soweit der Antragsteller geltend macht, das FG habe ihm durch die verspätete PKH-Entscheidung die Möglichkeit genommen, seine Klage aus Gründen der Kostenersparnis zurückzunehmen, rügt er sinngemäß, dass eine vorherige Bescheidung des PKH-Begehrens im Interesse effektiven Rechtsschutzes erforderlich gewesen sei.

- 31** Im Streitfall hat zwar das FG dem Antragsteller durch den Erlass des Gerichtsbescheids die Möglichkeit genommen, durch eine Klagerücknahme (weitere) Gerichtskosten zu sparen. So entfällt die Gebührenermäßigung, wenn der Klagerücknahme ein Gerichtsbescheid vorausgegangen ist (§ 3 Abs. 2 GKG i.V.m. Nr. 6111 KV). Solche kostenrechtlichen Gesichtspunkte können aber --wenn überhaupt-- allenfalls dann Anlass geben, eine Gehörsverletzung in Betracht zu ziehen, wenn mit einiger Berechtigung erwartet werden kann, dass der Kläger infolge des die PKH ablehnenden Beschlusses seine Klage zurückgenommen hätte (vgl. BFH-Beschluss vom 3. März 2010 VIII B 173/09, juris). Im Streitfall hätte der PKH-Beschluss des FG aber keine Basis für eine solche Erwartung geliefert. Vielmehr hätte mit Blick auf die in diesem Beschluss gemachten Ausführungen erwartet werden dürfen, dass der Antragsteller seinen Tatsachenvortrag hinsichtlich des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts nachbessern wird.
- 32** b) Soweit der Antragsteller ausführt, das FG habe sich dadurch widersprüchlich verhalten, dass es zwar die PKH abgelehnt, in dem Gerichtsbescheid aber die Revision wegen des beim BFH anhängigen Verfahrens Az. XI R 37/11 zugelassen habe, rügt er sinngemäß, das FG habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör durch eine inhaltlich zu Unrecht erfolgte Ablehnung der PKH verletzt. Diese Rüge ist jedoch nicht schlüssig erhoben.
- 33** Es mag sein, dass der PKH-Beschluss des FG als solcher fehlerhaft ergangen ist, weil das FG den zutreffenden Prüfungsmaßstab "hinreichende Aussicht auf Erfolg" faktisch durch den Maßstab des tatsächlichen Erfolgs der Prozessführung ersetzt hat (vgl. BVerfG-Beschluss vom 26. Juni 2003 1 BvR 1152/02, NJW 2003, 3190). Unter Zugrundelegung des zutreffenden Prüfungsmaßstabs hätte wohl PKH bewilligt werden müssen, weil die Frage, ob sich unmittelbar aus den Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 ein Kindergeldanspruch ergeben kann, zu diesem Zeitpunkt höchstrichterlich noch nicht geklärt war (vgl. dazu BVerfG-Beschluss vom 17. Februar 2014 2 BvR 57/13, juris). Im Revisionsverfahren geht es aber nicht um die Rechtmäßigkeit des die PKH ablehnenden Beschlusses, sondern darum, ob der Anspruch des Antragstellers auf rechtliches Gehör im Hauptsacheverfahren vor dem FG durch die rechtswidrige Vorenthaltung der PKH verletzt worden ist. Insoweit fehlt jedoch jeglicher Vortrag dazu, dass dem Antragsteller durch den ablehnenden PKH-Beschluss im Hauptsacheverfahren eine sachgerechte Prozessführung verwehrt war. Anlass zu diesbezüglichem Vortrag hätte vor allem auch deshalb bestanden, weil der Antragsteller im erstinstanzlichen Verfahren fachkundig vertreten war.
- 34** Abgesehen davon hat der Antragsteller nicht dargelegt, dass er alle prozessualen Möglichkeiten ausgeschöpft hat, um die gerügte Gehörsverletzung zu vermeiden. So hätte im Streitfall die Möglichkeit bestanden, gegen den Gerichtsbescheid einen Antrag auf mündliche Verhandlung zu stellen und erneut PKH zu beantragen. Für diesen Fall hätte das FG infolge des neuen Tatsachenvortrags --trotz Vorliegens eines bereits ablehnenden PKH-Beschlusses-- über den erneuten PKH-Antrag entscheiden (dazu BFH-Beschluss vom 20. Oktober 1995 IX S 4/95, BFH/NV 1996, 256) und dem Antragsteller --auch unter Zugrundelegung der vom FG geäußerten Rechtsauffassung, wonach sich aus der VO Nr. 1408/71 kein eigenständiger Kindergeldanspruch ergebe-- PKH gewähren müssen.
- 35** 5. Die Entscheidung ergeht gerichtsgebührenfrei (vgl. Senatsbeschluss vom 2. Dezember 2013 III S 33/13 (PKH), BFH/NV 2014, 574).

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