Beschluss vom 19. März 2013, III S 9/12 (PKH)

Prozesskostenhilfe für eine Nichtzulassungsbeschwerde

BFH III. Senat

FGO § 76 Abs 1 S 1, FGO § 96 Abs 2, FGO § 115 Abs 2 Nr 3, FGO § 116 Abs 3 S 1, FGO § 142 Abs 1, FGO § 155, ZPO § 295, GG Art 103 Abs 1

Leitsätze

NV: Ist Ziel der Rechtsverfolgung die Zulassung der Revision und hat der um PKH nachsuchende Beschwerdeführer bereits durch eine vor dem BFH zur Vertretung berechtigte Person als Bevollmächtigten fristgerecht Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt und diese auch fristgerecht begründet, erstreckt sich die gebotene summarische Prüfung der Erfolgsaussichten durch den BFH darauf, ob in der Beschwerde(begründungs-)schrift ein Grund für die Zulassung der Revision i.S. des § 115 Abs. 2 FGO ordnungsgemäß dargelegt ist.

Tatbestand

1 I. Die Klägerin, Beschwerdeführerin und Antragstellerin (Klägerin) unterhielt in den Streitjahren 2006 bis 2008 eine Gaststätte. Umstritten ist, ob die Klägerin diese Gaststätte --im Wege einer Personengesellschaft-- zusammen mit ihrem damaligen Lebensgefährten, dem Zeugen K, betrieb. Sie ermittelte den Gewinn nach § 4 Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes in der für die Streitjahre maßgeblichen Fassung (EStG). Im Jahr 2010 fand bei der Klägerin für die Streitjahre eine Außenprüfung statt. Der Prüfer stellte fest, dass Aufzeichnungspflichten verletzt worden seien. Es kam u.a. in allen Streitjahren zur Zuschätzung von Betriebseinnahmen.

2 Der Beklagte und Beschwerdegegner (das Finanzamt --FA--) erließ daraufhin gegenüber der Klägerin geänderte Bescheide über die Einkommensteuer für 2006 bis 2008, die Umsatzsteuer für 2006 bis 2008 und den Gewerbesteuermessbetrag für 2007 und 2008. Die Einsprüche waren zum Teil erfolgreich. Das FA verringerte in allen Streitjahren die erfolgten Zuschätzungen.

3 Das Finanzgericht (FG) wies die hiergegen erhobene Klage ab. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, die Zuschätzung der Betriebseinnahmen sei weder dem Grunde noch der Höhe nach zu beanstanden. Die angegriffenen Steuerbescheide erwiesen sich auch im Übrigen als rechtmäßig. Schließlich könne der Behauptung der Klägerin, sie habe die Gaststätte im Rahmen einer Mitunternehmerschaft mit dem Zeugen K geführt, nicht gefolgt werden. Ein konkludent abgeschlossener Gesellschaftsvertrag liege nicht vor.

4 Hiergegen legte die Klägerin, vertreten durch ihren bereits im erstinstanzlichen Verfahren tätigen Prozessbevollmächtigten, Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision (Az.: III B 92/12) ein. Zugleich beantragte sie, ihr für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe (PKH) zu bewilligen und ihr ihren Prozessbevollmächtigten als Vertreter beizuordnen. Eine Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse wurde nachgereicht.

Entscheidungsgründe

5 II. Der Antrag auf Bewilligung von PKH ist abzulehnen, weil die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet (§ 142 Abs. 1 der Finanzgerichtsordnung --FGO-- i.V.m. § 114 der Zivilprozessordnung --ZPO--).

6 1. Eine beabsichtigte Rechtsverfolgung bietet hinreichende Aussicht auf Erfolg, wenn das Gericht den Rechtsstandpunkt des Antragstellers aufgrund dessen Sachdarstellung und der vorhandenen Unterlagen für zutreffend oder zumindest für vertretbar hält, in tatsächlicher Hinsicht von der Möglichkeit der Beweisführung überzeugt ist und deshalb bei summarischer Prüfung für einen Eintritt des angestrebten Erfolges eine gewisse

Wahrscheinlichkeit besteht. Ist, wie im Streitfall, das Ziel der Rechtsverfolgung die Zulassung der Revision gegen ein finanzgerichtliches Urteil und hat der Beteiligte bereits durch eine vor dem Bundesfinanzhof (BFH) zur Vertretung berechtigte Person als Bevollmächtigten fristgerecht Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt und diese auch fristgerecht begründet, erstreckt sich die gebotene summarische Prüfung der Erfolgsaussichten durch den BFH darauf, ob in der Beschwerde(begründungs-)schrift ein Grund für die Zulassung der Revision i.S. des § 115 Abs. 2 FGO ordnungsgemäß dargelegt ist (BFH-Beschlüsse vom 1. April 2003 VII S 25/02 (PKH), BFH/NV 2003, 1077; vom 10. März 2005 X S 7/04 (PKH), juris).

7 2. Hieran fehlt es im Streitfall. Die Klägerin hat die von ihr gerügten Verfahrensmängel (§ 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO) bei summarischer Prüfung nicht in einer den Anforderungen des § 116 Abs. 3 Satz 3 FGO genügenden Form dargelegt.

8 a) Soweit die Klägerin als Verfahrensmangel einen Verstoß des FG gegen seine Sachaufklärungspflicht (§ 76 Abs. 1 Satz 1 FGO) rügt, weil es nicht von Amts wegen ermittelt habe, ob ein Gesellschaftsvertrag konkludent abgeschlossen worden sei, ist dieser Verfahrensmangel nicht ordnungsgemäß bezeichnet.

9 aa) Hierzu wäre unter anderem aufzuzeigen gewesen, aus welchen Gründen sich dem FG unter Zugrundelegung seines Rechtsstandpunkts eine weitere Sachaufklärung oder Beweiserhebung auch ohne einen entsprechenden Antrag der durch einen Rechtsanwalt vertretenen Klägerin hätte aufdrängen müssen, welche entscheidungserheblichen Tatsachen sich bei einer weiteren Sachaufklärung oder Beweiserhebung voraussichtlich ergeben hätten und inwiefern eine weitere Aufklärung des Sachverhalts auf der Grundlage des materiell-rechtlichen Standpunkts des FG zu einer anderen Entscheidung hätte führen können (z.B. BFH-Urteil vom 14. März 2007 XI R 59/04, BFH/NV 2007, 1838, m.w.N.).

10 bb) Diesen Anforderungen genügt die Beschwerdebegründung nicht. Die Klägerin führt zwar aus, dass es aufgrund der in der mündlichen Verhandlung erfolgten Zeugenaussage des K, wonach er (K) alles gemacht habe, was der Betrieb einer Gaststätte mit sich bringe (z.B. Wareneinkauf, Kontakt mit dem Buchführungshelfer), nahegelegen hätte, die Frage eines konkludent abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages weiter zu prüfen. Sie hat jedoch nicht vorgetragen, welche konkreten entscheidungserheblichen Tatsachen sich bei einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts voraussichtlich ergeben hätten. Eine Person, die Mitunternehmer ist, erfüllt zwar regelmäßig auch die Voraussetzungen für die Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses (BFH-Urteil vom 13. Juli 1993 VIII R 50/92, BFHE 173, 28, BStBl II 1994, 282). Mitunternehmer i.S. des § 15 EStG ist aber nur, wer Mitunternehmerinitiative entfalten kann und Mitunternehmerrisiko trägt. Auch wenn beide Merkmale im Einzelfall mehr oder weniger stark ausgeprägt sein können, müssen doch beide vorliegen. Ob dies zutrifft, ist unter Berücksichtigung aller die rechtliche und wirtschaftliche Stellung einer Person insgesamt bestimmenden Umstände zu würdigen (BFH-Urteil vom 17. Mai 2006 VIII R 21/04, BFH/NV 2006, 1839). Danach hätte die Klägerin konkrete weitere Tatsachen benennen müssen, aus deren Vorliegen auf das Vorhandensein der genannten Merkmale, insbesondere eines von K getragenen Mitunternehmerrisikos, hätte geschlossen werden können. Dies ist nicht geschehen.

11 Daneben fehlt jeglicher Vortrag dazu, dass die nicht aufgeklärten Tatsachen auf der Grundlage der materiell-rechtlichen Auffassung des FG für die Ablehnung der Mitunternehmerschaft entscheidungserheblich waren.

12 b) Soweit die Klägerin behauptet, das FG habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 des Grundgesetzes, § 96 Abs. 2 FGO) dadurch verletzt, dass es in der mündlichen Verhandlung nach erfolgter Beweisaufnahme die Frage, ob ein Gesellschaftsvertrag konkludent abgeschlossen worden sei, nicht erörtert habe, ist auch diese Verfahrensrüge nicht ordnungsgemäß erhoben.

13 aa) Wird die Gehörsverletzung, wie im Streitfall, mit einer im Rahmen der mündlichen Verhandlung unterlassenen Erörterung (§ 93 Abs. 1 FGO) begründet, gehört zur ordnungsgemäßen Rüge der Vortrag, dass die Verletzung entscheidungserhebliche Umstände betraf, die ihrerseits erörterungsbedürftig waren (Lange in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 96 FGO Rz 299). Zusätzlich ist regelmäßig darzulegen, dass der Verstoß in der Vorinstanz gerügt worden oder dass und weshalb dem Beteiligten eine derartige Rüge vor dem FG nicht möglich gewesen ist. Anderenfalls geht das Rügerecht nach § 155 FGO i.V.m. § 295 ZPO verloren (z.B. BFH-Beschluss vom 26. Januar 1994 II B 29/93, BFH/NV 1994, 730).

14 bb) Hieran fehlt es in der Beschwerdebegründung. Die Klägerin hat schon nicht dargelegt, dass das Vorliegen eines konkludent abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages nach der Zeugeneinvernahme des K noch erörterungsbedürftig gewesen ist. Ebenso führt sie nicht aus, dass sie die aus ihrer Sicht in diesem Punkt fehlende Erörterung in der Vorinstanz gerügt hat oder dass und weshalb ihr eine derartige Rüge vor dem FG nicht möglich gewesen ist.

Insbesondere ist nicht vorgetragen, dass die Klägerin von der Würdigung des FG, wonach im Streitfall keine Mitunternehmerschaft vorgelegen habe, durch die Ausführungen im Urteil überrascht worden ist.

15 3. Die Entscheidung ergeht gebührenfrei.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de