Beschluss vom 14. Mai 2013, X B 123-125/12

Formelle Beschwer bei der Nichtzulassungsbeschwerde; Darlegungsanforderungen bei Verfahrensrügen

BFH X. Senat

FGO § 76 Abs 1, FGO § 115 Abs 2 Nr 3, FGO § 116 Abs 3 S 3, FGO § 115 Abs 2 Nr 2, AO § 162

vorgehend Finanzgericht Rheinland-Pfalz , 12. Juni 2012, Az: 1 K 1857/11

Leitsätze

1. NV: Auch eine Nichtzulassungsbeschwerde ist --wie eine Revision-- nur zulässig, wenn der Rechtsmittelführer durch die angegriffene Entscheidung formell beschwert ist. Daran fehlt es, wenn das FG dem Klagebegehren in vollem Umfang --wenn auch mit einer vom Rechtsmittelführer für unzutreffend gehaltenen Begründung-- entsprochen hat.

2. NV: Die formgerechte Rüge mangelnder Sachaufklärung durch Nichterhebung angebotener Beweise setzt u.a. Darlegungen dazu voraus, zu welchem Ergebnis die Beweisaufnahme voraussichtlich geführt hätte und inwieweit das Urteil des FG aufgrund dessen materiell-rechtlicher Auffassung auf der unterbliebenen Beweisaufnahme beruhen kann.

3. NV: Mit Angriffen gegen die Beweiswürdigung des angefochtenen Urteils kann die Zulassung der Revision --abgesehen von Fällen greifbarer Gesetzwidrigkeit-- auch dann nicht erreicht werden, wenn sie in das Gewand einer Verfahrensrüge gekleidet sind.

Tatbestand

1 I. Zwischen den Beteiligten war im finanzgerichtlichen Verfahren streitig, ob die Klägerin und Beschwerdeführerin (Klägerin) in den Streitjahren 1997 bis 2006 als Betreiberin einer bordellartigen Einrichtung anzusehen war und hieraus Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt hat. Während der Beklagte und Beschwerdegegner (das Finanzamt --FA--) im Anschluss an eine Steuerfahndungsprüfung von der Existenz eines entsprechenden Gewerbebetriebs der Klägerin ausgegangen ist und die Höhe der Einkünfte geschätzt hat, hat die Klägerin behauptet, in der Zeit von 1996 bis 1998 in der von ihr angemieteten Wohnung selbst der Prostitution nachgegangen zu sein und in ihren Einkommensteuererklärungen für die Zeit ab März 2002 Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung aus der tageweisen Vermietung zweier Zimmer an Prostituierte erklärt.

2 Das Finanzgericht (FG) hat den Klagen im zweiten Rechtsgang --zum ersten Rechtsgang vgl. Senatsbeschluss vom 29. Juni 2011 X B 242/10 (BFH/NV 2011, 1715)-- hinsichtlich der Einkommensteuer 1997 bis 2005 und der Gewerbesteuermessbeträge 1997 bis 2006 nur zu einem kleinen Teil stattgegeben.

3 Es hat zunächst eine gewerbliche Tätigkeit der Klägerin bejaht und als entscheidend hierfür angeführt, dass die Klägerin durch eine Vielzahl organisatorischer Maßnahmen den Kontakt zwischen Kunden und Prostituierten erleichtert und gefördert habe. So habe die Klägerin durch das mindestens wöchentlich wechselnde "Angebot" verschiedener Prostituierter die Voraussetzungen dafür geschaffen, eine Vielzahl von Kunden zu erreichen. Sie habe Aufzeichnungen über Alter, Größe, Haarfarbe und Körpermaße der Prostituierten geführt, was zeige, dass sie den Kunden eine möglichst attraktive Belegung haben bieten wollen. Auf der Internet-Seite ihrer Einrichtung werde auf ein "exklusives Ambiente" und einen "wöchentlichen Modellwechsel" hingewiesen. Zudem habe die Klägerin eine Vielzahl von Zeitungsinseraten (allein in den Jahren 1997 bis 2001 insgesamt 1 630 Inserate) sowie Werbung in einer Internetpublikation geschaltet. Selbst wenn die Behauptung der Klägerin, es habe sich dabei um "Freundschaftsdienste" für die Prostituierten gegen Kostenerstattung gehandelt, als wahr zu unterstellen wäre, wären derartige Dienste weit über diejenigen Leistungen hinausgegangen, die in einem gewöhnlichen Mietverhältnis üblich seien. Die Klägerin sei Inhaberin der in den Inseraten und auf der Internet-Seite angegebenen Telefonnummern gewesen; sie habe einen Firmenstempel mit ihrem Namen verwendet. Eine Person mit dem Vornamen der Klägerin sei in einem Internet-Erotik-Fachportal, das sich an Prostituierte wende, als Ansprechpartnerin für das Etablissement genannt worden; bei dieser Person handele es sich nach Überzeugung des

Gerichts um die Klägerin. Ferner habe die Klägerin Lebensmittel, Toilettenartikel und große Mengen an Kondomen für die Prostituierten eingekauft. Selbst wenn man in diesem Zusammenhang der Behauptung der Klägerin folge, sie habe lediglich eine Tagesmiete von 40 € pro Zimmer erhalten, zeige ein Vergleich mit der für diesen Standort ausweislich des Mietspiegels geltenden Durchschnittsmiete (monatlich 8,71 DM/m² im Jahr 1997 bzw. 4,80 - 4,95 €/m² im Jahr 2002), dass schon der von der Klägerin selbst genannte Betrag noch weitere Leistungen als die bloße Raumüberlassung abgegolten haben müsse. Dass die Klägerin in der Wohnung einen bordellähnlichen Betrieb geführt habe, folge auch aus Äußerungen einer von ihr beauftragten Rechtsanwältin in einem Zivilrechtsstreit sowie aus einer Äußerung ihres Ehemanns in einem Brief an dessen Schwester.

4 Diese Tätigkeit sei von der Klägerin zumindest seit 1997 ausgeübt worden. Dies zeige die Vielzahl von Inseraten, die für die Zeit ab 1997 durchgängig belegt seien, ferner der für eine Wohnung ungewöhnlich hohe Mietzins in dem am 1. November 1996 abgeschlossenen Mietvertrag. In einem Zeitungsinserat vom 2. Februar 2008 werde die "Hostessenwohnung" als bereits seit zehn Jahren bestehend bezeichnet. In dem bereits erwähnten Zivilrechtsstreit hätten sowohl die von der Klägerin beauftragte Rechtsanwältin als auch der Prozessgegner vorgetragen, die Wohnung werde schon seit Beginn der Anmietung durch die Klägerin (1996) für Zwecke der Prostitution bzw. für den Betrieb eines Bordells genutzt. Dass die Behauptung der Klägerin, sie vermiete erst seit März 2002 Zimmer an Prostituierte, nicht zutreffen könne, folge auch daraus, dass für die Jahre 2000 bis 2004 Kalender vorlägen, die die Nutzung der Wohnung durch in der Regel mehrere Prostituierte dokumentierten.

5 Dem Grunde nach sei eine Schätzungsbefugnis gegeben. Auch wenn die Klägerin nicht buchführungspflichtig gewesen sein sollte, sei sie als Gewerbetreibende zur Vornahme von Aufzeichnungen verpflichtet gewesen. Für die Jahre 1997 bis 2001 sowie 2006 fehle es indes an jeglichen Aufzeichnungen über die Einnahmen. Für die Jahre 2002 bis 2005 habe die Klägerin zwar Mieteinnahmen erklärt; der Senat sei aber davon überzeugt, dass diese Erklärungen unvollständig seien, weil die Klägerin nicht lediglich Tagesmieten von 40 € erhalten habe, sondern mit 50 % an den Einnahmen der Prostituierten beteiligt worden sei. Zwar hätten sowohl die Klägerin und ihr Ehemann als auch die vier vom FG als Zeuginnen vernommenen Prostituierten erklärt, es seien nur Tagesmieten von 40 € gezahlt worden. Der Senat stütze seine gegenteilige Überzeugung aber auf die drei vorgefundenen Einnahmenaufzeichnungen vom 24. Juli 2004 und 30. November 2007. In all diesen Belegen sei der Gesamtbetrag jeweils halbiert worden. Das bei der Durchsuchung am 30. November 2007 vorgefundene Bargeld habe "im Wesentlichen" den ausgewiesenen hälftigen Beträgen entsprochen. Für die Erstellung derartiger Aufzeichnungen sei kein anderer Grund ersichtlich als die Existenz einer Vereinbarung über die hälftige Abführung der von den Prostituierten erzielten Einnahmen an die Klägerin. Auch die Zeuginnen hätten bekundet, in vielen Fällen zunächst 50 % ihrer Tageseinnahmen --wenn auch als Mietvorschuss-- an die Klägerin gezahlt zu haben. Aufzeichnungen über die spätere Verrechnung dieser angeblichen Abschlagszahlungen mit der tatsächlichen Mietforderung der Klägerin seien aber in keinem Fall gefunden worden. Unabhängig davon seien auch in der Privatwohnung der Klägerin Aufzeichnungen gefunden worden, in denen für die einzelnen Tage und Prostituierten Einnahmen genannt seien, die die behauptete feste Tagesmiete weit überstiegen hätten, und von denen tatsächliche Ausgaben abgesetzt worden seien.

6 Der Höhe nach sei die Schätzung des FA insoweit zutreffend, als ihr das Ergebnis einer Videoüberwachung zugrunde liege, wonach sich im Zeitraum vom 28. September bis 15. November 2007 täglich im Durchschnitt 9,5 männliche erwachsene Personen länger als zehn Minuten in der Wohnung aufgehalten hätten. Die Behauptung der Klägerin, es habe sich teilweise um Lieferanten, Handwerker oder Freunde der Prostituierten gehandelt, sei nicht näher substantiiert worden. Auch aus den drei Belegen aus den Jahren 2004 und 2007 folge eine Zahl von durchschnittlich vier Kunden täglich je Prostituierter; zugleich zeigten die Kalender und Inserate, dass in der Wohnung zumeist zwei oder mehr Prostituierte gleichzeitig anwesend gewesen seien. Plausibel sei auch die vom FA mit 350 angenommene Zahl der jährlichen Betriebstage, da Ruhetage nur vereinzelt feststellbar seien.

7 Den Klagen sei jedoch insoweit stattzugeben, als das vom FA mit 80 € angesetzte Durchschnittsentgelt je Kunde auf 65 € herabzusetzen sei. Aus den drei vorliegenden Abrechnungsbelegen ergebe sich ein Durchschnittsentgelt von 68 €; in den Abrechnungsunterlagen seien Einzelbeträge zwischen 50 und 100 €, in der Preisliste zwischen 50 und 180 € ausgewiesen. Auch die Zeuginnen hätten angegeben, dass das niedrigste Entgelt im Normalfall bei 50 € und die höchsten Einzeleinnahmen im Bereich zwischen 150 und 200 € gelegen hätten. Nach den Ergebnissen der Videoüberwachung hätten sich die Kunden durchschnittlich 37 Minuten in der Wohnung aufgehalten. Da ausweislich der Preisliste für 25 Minuten 80 € und für 30 Minuten 100 € zu entrichten gewesen seien, in vielen Fällen aber Happy-Hour-Tarife (doppelte Zeit zum selben Preis) oder 10 %-Gutscheine angewendet worden seien, habe der Betrag von 65 € pro Kunde die größte Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit für sich.

8 Zugunsten der Klägerin seien diese für das Jahr 2007 ermittelten Beträge für die früheren Streitjahre um Abschläge nach Maßgabe der Entwicklung des Verbraucherpreisindex zu mindern, obwohl sich aus dem Beleg für 2004 ergebe, dass die Durchschnittseinnahmen pro Kunde seinerzeit nicht geringer gewesen seien. Ebenfalls zugunsten der Klägerin seien aus der weiteren von der Klägerin unterhaltenen Prostituiertenwohnung in S keine Einnahmen anzusetzen, obwohl alle Zeuginnen erklärt hätten, sie hätten auch für diese Wohnung Tagesmieten an die Klägerin gezahlt.

9 Hinsichtlich der Einkommensteuer 2006 hat das FG der Klage in vollem Umfang stattgegeben und die Steuer auf 0 € herabgesetzt. Zur Begründung hat es ausgeführt, im Veranlagungszeitraum der Tatentdeckung (2007) seien für den gesamten Prüfungszeitraum erstmals Rückstellungen für die Betriebssteuern (Umsatz- und Gewerbesteuer) zu bilden gewesen. Dadurch ergebe sich im Jahr 2007 ein negativer Gesamtbetrag der Einkünfte, was zu einem entsprechenden Verlustrücktrag in das Streitjahr 2006 führe.

10 Mit ihren Beschwerden begehrt die Klägerin die Zulassung der Revision wegen eines Verfahrensmangels sowie wegen Divergenz. Ferner greift sie die Beweiswürdigung des FG an.

11 Das FA hält die Beschwerden für unbegründet.

Entscheidungsgründe

12 II. Die Beschwerde ist unzulässig, soweit sie die Einkommensteuer 2006 betrifft, da die Klägerin durch die angegriffene Entscheidung des FG insoweit nicht beschwert ist.

13 Die formelle Beschwer gehört zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsmittels der Nichtzulassungsbeschwerde. Sie ist nur gegeben, soweit das FG dem Klagebegehren nicht voll entsprochen hat (vgl. zur formellen Beschwer im Revisionsverfahren Urteile des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 3. Juni 1976 IV R 236/71, BFHE 120, 348, BStBl II 1977, 62, unter 1.a, und vom 7. April 2011 III R 24/08, BFHE 233, 44, BStBl II 2012, 210, unter II.3.).

14 Vorliegend hat das FG die Einkommensteuer für das Streitjahr 2006 auf 0 € herabgesetzt und damit dem Antrag der Klägerin in vollem Umfang entsprochen. Eine weitere Herabsetzung der Einkommensteuer könnte die Klägerin auch in einem künftigen Revisionsverfahren nicht erreichen. Dass das FG für die Klagestattgabe eine andere als die von der Klägerin für zutreffend gehaltene Begründung angeführt hat, ist für die Beurteilung, ob die Klägerin formell beschwert ist, unbeachtlich (vgl. BFH-Beschluss vom 23. August 2006 IV B 114/05, BFH/NV 2007, 66).

III.

15 Im Übrigen sind die Beschwerden --bei Zweifeln daran, ob die gesetzlichen Darlegungsanforderungen des § 116 Abs. 3 Satz 3 der Finanzgerichtsordnung (FGO) überhaupt erfüllt sind-- jedenfalls unbegründet.

16 1. Die von der Klägerin erhobene Sachaufklärungsrüge greift nicht durch.

17 a) Die Klägerin rügt, das FG habe einen von ihr schriftsätzlich gestellten Beweisantrag übergangen. Sie hatte beantragt, den Fahndungsprüfer zu vernehmen "zum Beweis der Tatsache, dass

- es keinen Beweis oder Nachweis für einen Kausalzusammenhang zwischen dem Auslösen der Kamera und einem steuerlich erheblichen Umsatz bzw. Einkommen der Klägerin gibt,
- es keinen Beweis oder Nachweis dafür gibt, dass die angeblichen Feststellungen der Steufa aus dem 'Observationszeitraum September/Oktober 2007' repräsentativ für die Jahre 1997 bis 2006 sind,
- es keinen Beweis oder Nachweis dafür gibt, dass die offen vorgefundenen Geldvaluten ... Anteile der Klägerin an den Einnahmen der Mieterinnen aus Prostitution sind".

18 b) Die formgerechte Rüge mangelnder Sachaufklärung durch Nichterhebung angebotener Beweise setzt u.a. Darlegungen dazu voraus, zu welchem Ergebnis die Beweisaufnahme voraussichtlich geführt hätte und inwieweit das Urteil des FG aufgrund dessen materiell-rechtlicher Auffassung auf der unterbliebenen Beweisaufnahme beruhen kann (Senatsbeschluss vom 8. Juni 2011 X B 214/10, BFH/NV 2011, 2073, unter II.2.a, m.w.N.).

19 Daran fehlt es. Die Klägerin äußert sich weder dazu, welche Tatsachen F voraussichtlich bekundet hätte noch zum Beruhen des Urteils auf der unterbliebenen Zeugenvernehmung.

20 Derartige Ausführungen wären in der Beschwerdebegründung auch deshalb veranlasst gewesen, weil das FG das Auslösen der Kamera, die Ergebnisse der Videoobservation und die weitgehende betragsmäßige Übereinstimmung der vorgefundenen Geldbeträge mit dem Ergebnis der gleichfalls vorgefundenen Abrechnungen nicht etwa als --gleichsam naturwissenschaftliche-- "Beweise" angesehen hat, sondern lediglich als Indizien im Rahmen einer Gesamtwürdigung, in die es auch zahlreiche, im angefochtenen Urteil umfassend angeführte weitere Indizien und Urkunden hat einfließen lassen.

21 c) Ferner meint die Klägerin, das FG hätte F auch deshalb vernehmen müssen, weil sich nach den in der mündlichen Verhandlung getätigten Angaben des FA zu den Kondomeinkäufen der Klägerin Zweifel an der Richtigkeit der Ergebnisse des F aufgedrängt hätten. Das FA habe für drei Jahre Belege über den Einkauf von insgesamt 5 400 Kondomen vorgelegt; nach den Schätzungen des Fahnders müsse die Klägerin innerhalb von drei Jahren aber 9 975 Kunden gehabt haben.

22 Auch diese Rüge greift nicht durch. Zum einen hat das FA die Nachweise über Kondomeinkäufe nur vorgelegt, um darzulegen, dass die Klägerin Leistungen an ihre "Mieterinnen" erbracht hat, die für ein "normales Mietverhältnis" ungewöhnlich sind. Es ist nicht ersichtlich, dass das FA, dem lediglich ein einziger Lieferant bekannt war, den zahlenmäßigen Umfang der Kondomeinkäufe vollständig hat ermitteln können oder wollen. Zum anderen haben weder das FA noch das FG die von ihnen jeweils vorgenommenen Schätzungen der Höhe der Einkünfte der Klägerin auf den Umfang der Kondomeinkäufe gestützt, sondern den Umstand, dass die Klägerin --unstreitig-- diese Einkäufe getätigt und die Kondome an die Prostituierten weitergegeben hat, lediglich als Indiz dafür gewürdigt, dass sie gewerblich tätig geworden ist.

23 d) Letztlich wendet sich die Klägerin mit ihren diesbezüglichen, in das Gewand einer Verfahrensrüge gekleideten Ausführungen gegen die Beweiswürdigung und damit gegen die materiell-rechtliche Richtigkeit des angefochtenen Urteils. Damit kann aber die Zulassung der Revision nicht erreicht werden (vgl. BFH-Beschluss vom 24. September 2008 IX B 110/08, BFH/NV 2009, 39).

24 2. Die von der Klägerin erhobene Divergenzrüge erfüllt die Darlegungsanforderungen (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 18. Januar 2011 X B 34/10, BFH/NV 2011, 813, unter 1.c, m.w.N.) nicht.

25 Die Klägerin führt aus zwei BFH-Entscheidungen den Rechtssatz an, kein Steuerpflichtiger müsse ein Einkommen versteuern, das ihm nicht zugeflossen sei. Es ist ihr jedoch nicht gelungen, einen davon abweichenden abstrakten Rechtssatz aus dem FG-Urteil zu bezeichnen. Das FG ist vielmehr nach Vornahme einer umfassenden Beweiswürdigung zu der Überzeugung gekommen, der Klägerin seien gewerbliche Einkünfte zugeflossen. Darin liegt die Würdigung eines konkreten Sachverhalts, aber keine Abweichung von dem angeführten Rechtssatz aus den BFH-Entscheidungen.

26 3. Auch die Rüge, die Beweiswürdigung des FG sei so fehlerhaft, dass sie als greifbar gesetzwidrig anzusehen sei, verhilft den Beschwerden nicht zum Erfolg.

27 Der Senat hat die umfangreichen Einwendungen der Klägerin gegen die Beweiswürdigung der Vorinstanz geprüft und sie als nicht durchgreifend erachtet. Dabei ist zum einen von Bedeutung, dass nicht jeder einfache Rechtsfehler, sondern nur eine greifbar gesetzwidrige Entscheidung zur Revisionszulassung nach § 115 Abs. 2 Nr. 2 Alternative 2 FGO führen kann (BFH-Beschluss vom 13. Oktober 2003 IV B 85/02, BFHE 203, 404, BStBl II 2004, 25). Zum anderen wäre der Senat in einem künftigen Revisionsverfahren an die Beweiswürdigung des FG auch dann gebunden, wenn diese zwar nicht zwingend, aber wenigstens möglich wäre (BFH-Urteil vom 14. Februar 1995 IX R 95/93, BFHE 177, 95, BStBl II 1995, 462).

28 Wegen der Einzelheiten sieht der Senat gemäß § 116 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 FGO von einer Begründung ab. Hinzuweisen ist lediglich auf die folgenden Punkte:

29 a) Soweit die Klägerin meint, das FG habe sich zur Begründung seiner Schätzungsbefugnis ausschließlich auf eine formell und sachlich unrichtige Buchführung gestützt, obwohl sie gar nicht buchführungspflichtig gewesen sei, ist darauf hinzuweisen, dass das FG lediglich die Verletzung von *Aufzeichnungspflichten* --nicht aber Buchführungspflichten-- herangezogen hat.

30 b) Mit ihrem Einwand, das FA habe bewusst und willkürlich zu ihrem Nachteil geschätzt, verkennt die Klägerin, dass

in einem künftigen Revisionsverfahren nicht die Schätzung des FA, sondern allein die --zugunsten der Klägerin von den Ergebnissen des FA abweichende-- Schätzung des FG zu überprüfen wäre. Im Übrigen übersieht die Klägerin in diesem Zusammenhang, dass das für die Schätzung der Einkünfte einzelner Prostituierter durch die Finanzverwaltung entwickelte, grob vereinfachende "Düsseldorfer Verfahren" nicht geeignet ist, um die --deutlich komplexer strukturierten-- Einkünfte von Bordellbetreiberinnen zu schätzen.

31 c) Die Klägerin weist zwar im Ausgangspunkt zutreffend darauf hin, dass der vom FG verwendete Mietspiegel eine erhebliche Preisspanne aufweist, das FG aber nur den Durchschnittswert herangezogen hat. Sie übersieht aber, dass sich das FG nur insoweit entscheidend auf die Mietspiegelmiete gestützt hat, als es bei einem Vergleich mit der --nach den Behauptungen der Klägerin-- von den Prostituierten gezahlten Tagesmiete von 40 € pro Zimmer zu dem Ergebnis gekommen ist, selbst diese Tagesmiete sei so hoch, dass sie nicht ausschließlich der Abgeltung einer in der reinen Wohnraumüberlassung liegenden Leistung der Klägerin habe dienen können. Zu diesem Ergebnis käme man aber auch dann, wenn man den oberen Rand der im Mietspiegel ausgewiesenen Preisspanne zugrunde legen würde.

32 Soweit das FG die Höhe der von der Klägerin an den Gebäudeeigentümer zu entrichtenden Miete von anfänglich 2.800 DM --beiläufig und im Zusammenwirken mit zahlreichen weiteren Indizien-- auch für seine Würdigung herangezogen hat, die Wohnung habe von Anfang an der Ausübung der Prostitution gedient, enthält die Beschwerdebegründung widersprüchliche Angaben. Sie ist daher zur Erschütterung der Würdigung des FG nicht geeignet. Die Klägerin behauptet zwar --ohne Vorlage eines Nachweises--, die Wohnung sei 218 m² groß gewesen. Allerdings hat sie einen Mietvertrag vorgelegt, in dem lediglich eine Fläche von 191 m² angegeben ist. Bei Zugrundelegung dieser Wohnfläche wäre auch die obere Grenze der im Mietspiegel ausgewiesenen Preisspanne überschritten gewesen.

33 d) Im Ansatz zutreffend ist das Vorbringen der Klägerin, das FG habe ausgeführt, alle vier Zeuginnen hätten bekundet, das niedrigste Entgelt je Kunde habe im Normalfall bei 50 € gelegen, während ausweislich der Vernehmungsprotokolle tatsächlich nur zwei Zeuginnen diesen Mindestpreis genannt hatten, die beiden anderen Zeuginnen aber Mindestbeträge von 30 bzw. 40 € angeführt hatten.

34 Das FG hat sich aber bei seiner Schätzung nicht entscheidend auf diese Angaben der Zeuginnen gestützt --die sich ohnehin nur auf den Mindestpreis, nicht aber auf den für die Schätzung wesentlich wichtigeren Durchschnittspreis bezogen--, sondern vor allem auf den Durchschnittsbetrag, der sich aus den vorliegenden schriftlichen Abrechnungen ergab (68 €), und auf eine grobe Kalkulation anhand der Preisliste und der durchschnittlichen Verweildauer der Kunden.

35 Vor diesem Hintergrund wertet der Senat die vom FG durch die Wahl der Formulierung "im Normalfall" getätigte Einschränkung dahingehend, dass sich auch das FG des tatsächlichen, differenzierten Inhalts der Zeugenaussagen bewusst war, aber im Interesse einer zusammenfassenden, verkürzten Wiedergabe des Inhalts dieser Aussagen im Urteil insoweit von einer Zitierung der Details absehen wollte.

36 e) Soweit die Klägerin vorbringt, sie sei erst seit dem 1. August 2005 Inhaberin der Internet-Domain gewesen, handelt es sich um neuen Tatsachenvortrag, der vor dem BFH grundsätzlich unbeachtlich ist (§ 118 Abs. 2 FGO). Im Übrigen hat der frühere Inhaber der Internet-Domain ausweislich der im Beschwerdeverfahren von der Klägerin vorgelegten Unterlagen anlässlich des Übergangs der Internet-Domain bekundet, die bisherigen Zugangsdaten könnten erhalten bleiben, da er "die Kundin" auch in Zukunft betreuen werde. Daraus lässt sich zwanglos der Schluss ziehen, dass die Klägerin auch vor dem 1. August 2005 Kundin des damaligen Inhabers der Internet-Seite war und dort entsprechende Internet-Werbung hat schalten können. Nur auf diese von der Klägerin entfalteten Werbeaktivitäten kam es dem FG für seine Würdigung aber an.

37 f) Ferner bemängelt die Klägerin, das FG habe zwar umfangreich aus den Schriftsätzen ihrer Rechtsanwältin und des Gegners in einem Zivilrechtsstreit zitiert, aber das spätere amtsgerichtliche Urteil nicht erwähnt, das im Rahmen der Prüfung seiner Zuständigkeit von einem Wohnraummietvertrag ausgegangen sei.

38 Hierauf ist zu entgegnen, dass das spätere amtsgerichtliche Urteil das FG nicht daran hindert, aus den Schriftsätzen der Rechtsanwältin der Klägerin zu zitieren, aus denen sich unabhängig von dem späteren Urteil Indizien für die eigene Tatsacheneinschätzung und Rechtsauffassung der Klägerin ergeben können. Im Übrigen hat auch das Amtsgericht in seinem Urteil ausgeführt, der Wohnungsmietvertrag sei für einen "bordellähnlichen Betrieb" geschlossen worden. Zudem hat die Klägerin sich nicht dazu geäußert, ob das --von ihr erst im

Beschwerdeverfahren vorgelegte-- amtsgerichtliche Urteil bereits dem FG bekannt war oder ob das FG mangels Kenntnis dieser Urkunde gar nicht in der Lage war, deren Inhalt in seine Beweiswürdigung einfließen zu lassen.

39 g) Soweit die Klägerin anführt, die Verwertung des vom Ehemann der Klägerin an dessen Schwester gerichteten Briefes vom 12. Januar 2004 stelle eine Überraschungsentscheidung dar, weil dieser Brief nicht Gegenstand der im zweiten Rechtsgang gewechselten Schriftsätze gewesen sei, ist darauf hinzuweisen, dass das FG diesen Brief bereits in seinem im ersten Rechtsgang zu Lasten der Klägerin ergangenen Urteil verwendet hatte, die Klägerin also durch die erneute Heranziehung dieses Beweismittels nicht ernstlich überrascht sein konnte.

IV.

40 Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

41 Von einer weiteren Darstellung des Sachverhalts sowie einer weiteren Begründung sieht der Senat gemäß § 116 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 FGO ab.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de