



FINANZGERICHT BADEN-WÜRTTEMBERG

- Im Namen des Volkes
Urteil

Az.: 14 K 702/10

In dem Finanzrechtsstreit

A

- Klägerin -

prozessbevollmächtigt:

gegen

Finanzamt

- Beklagter -

wegen Umsatzsteuer 2004 und 2005

hat der 14. Senat des Finanzgerichts Baden-Württemberg aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. Juli 2012 durch

Vorsitzenden Richter am Finanzgericht
Richterinnen am Finanzgericht
Ehrenamtliche Richterinnen

für Recht erkannt:

1. Die Umsatzsteuerbescheide für 2004 vom 29. Januar 2010 und für 2005 vom 4. Juli 2007, jeweils in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 1. Februar 2010, werden dahingehend geändert, dass die Nettoumsätze zu 16% für 2004 um 28.223,- € und für 2005 um 49.196,- € reduziert werden.

2. Die Neuberechnung der Umsatzsteuer 2004 und 2005 wird dem Beklagten übertragen.

3. Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

4. Die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren wird für notwendig erklärt.

5. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Ermöglicht der noch zu erlassende Kostenfestsetzungsbeschluss eine Vollstreckung im Wert von mehr als 1.500,- €, hat die Klägerin in Höhe des vollstreckbaren Kostenerstattungsanspruchs Sicherheit zu leisten. Liegt der vollstreckbare Kostenerstattungsanspruch im Wert bei 1.500,- € oder darunter, ist das Urteil hinsichtlich der Kosten ohne Sicherheitsleistung vollstreckbar. In diesem Fall kann der Beklagte der Vollstreckung widersprechen, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung in Höhe des vollstreckbaren Kostenerstattungsanspruchs Sicherheit leistet.

Rechtsmittelbelehrung

Die Revision ist nicht zugelassen worden. Die Nichtzulassung der Revision kann durch **Beschwerde** angefochten werden.

Die Beschwerde ist **innerhalb eines Monats** nach Zustellung des vollständigen Urteils **beim Bundesfinanzhof** schriftlich einzulegen *). Sie muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Der Beschwerdeschrift soll eine Abschrift oder Ausfertigung des angefochtenen Urteils beigelegt werden. Die Beschwerde ist **innerhalb von zwei Monaten** nach der Zustellung des vollständigen Urteils zu begründen. Auch die Begründung ist beim Bundesfinanzhof einzureichen. In der Begründung muss dargelegt werden, dass die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder dass die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesfinanzhofs erfordert oder dass ein Verfahrensfehler vorliegt, auf dem das Urteil des Finanzgerichts beruhen kann.

Bei der Einlegung und Begründung der Beschwerde vor dem Bundesfinanzhof muss sich jeder Beteiligte durch einen Steuerberater, einen Steuerbevollmächtigten, einen Rechtsanwalt, einen niedergelassenen europäischen Rechtsanwalt, einen Wirtschaftsprüfer oder einen vereidigten Buchprüfer als Bevollmächtigten vertreten lassen. Zur Vertretung berechtigt sind auch Gesellschaften im Sinne des § 3 Nr. 2 und 3 des Steuerberatungsgesetzes, die durch solche Personen handeln. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Lässt der Bundesfinanzhof aufgrund der Beschwerde die Revision zu, so wird das Verfahren als Revisionsverfahren fortgesetzt. Der Einlegung einer Revision durch den Beschwerdeführer bedarf es nicht. **Innerhalb eines Monats** nach Zustellung des Beschlusses des Bundesfinanzhofs ist jedoch beim Bundesfinanzhof eine Begründung der Revision einzureichen. Die Beteiligten müssen sich auch im Revisionsverfahren nach Maßgabe des dritten Absatzes dieser Belehrung vertreten lassen.

Postanschrift des Bundesfinanzhofs:	Postfach 86 02 40, 81629 München
Hausanschrift:	Ismaninger Str. 109, 81675 München
Telefax-Anschluss:	(0 89) 92 31-2 01

*) Rechtsmittel können auch über den elektronischen Gerichtsbriefkasten des Bundesfinanzhofes eingelegt und begründet werden, der über die vom Bundesfinanzhof zur Verfügung gestellte Zugangs- und Übertragungssoftware erreichbar ist. Die Software kann über die Internetseite "www.bundesfinanzhof.de" lizenzkostenfrei herunter geladen werden. Hier befinden sich auch weitere Informationen über die Einzelheiten des Verfahrens, das nach der Verordnung der Bundesregierung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesverwaltungsgericht und beim Bundesfinanzhof vom 26. November 2004 (BGBl. I S. 3091) einzuhalten ist.

Tatbestand

In ihren Umsatzsteuererklärungen für die Streitjahre gab die Klägerin als „Art des Unternehmens“ „Finanzdienstleistung“ an. Die für 2004 ermittelte Umsatzsteuer betrug 1.154,80 € und die für 2005 760,59 €. Nach § 4 Nr. 11 Umsatzsteuergesetz in der für die Streitjahre geltenden Fassung (UStG) steuerfreie Umsätze hatte die Klägerin in Höhe von 6.831,- € (2004) und 3.719,- € (2005) angegeben. Die beim Beklagten am 31. Mai 2005 (2004) und 24. Februar 2006 (2005) eingegangenen Umsatzsteuererklärungen galten gemäß § 168 Satz 1 Abgabenordnung (AO) als Steuerfestsetzungen unter dem Vorbehalt der Nachprüfung.

Nach einer Umsatzsteuer-Sonderprüfung in 2005 (s. Bericht vom 27. Juni 2005; Betriebsprüfungsakten - Bp-Akten - Blatt 3) änderte der Beklagte die Umsatzsteuerfestsetzung für 2004 gemäß § 164 Abs. 2 AO, ohne den Vorbehalt der Nachprüfung aufzuheben. Mit Umsatzsteuerbescheid vom 1. August 2005 setzte er Umsatzsteuer 2004 in Höhe von 1.507,63 € fest. Unentgeltliche Wertabgaben (private Kfz-Nutzung) berücksichtigte er in Höhe von 114,- €. Abziehbare Vorsteuerbeträge kürzte er von 509,65 € auf 174,93 € (s. Tz. 20 des Berichts; Bp-Akten Blatt 5).

Auch die Umsatzsteuerfestsetzung für 2005 wurde gemäß § 164 Abs. 2 AO geändert, ohne dass der Vorbehalt der Nachprüfung aufgehoben wurde. Mit Umsatzsteuerbescheid vom 11. Januar 2007 setzte der Beklagte Umsatzsteuer 2005 in Höhe von 919,68 € fest. Unentgeltliche Wertabgaben („umsatzsteuerpflichtiger Anteil am Pkw-Eigenverbrauch für den XXX“) berücksichtigte er in Höhe von 170,- €. Abziehbare Vorsteuerbeträge kürzte er von 385,97 € auf 254,08 € („Aufteilung im Verhältnis steuerfreie zu steuerpflichtigen Umsätzen“).

Am 8. Februar 2006 ging beim Beklagten eine anonyme Anzeige eines „erlichen Bürgers“ ein (Ermittlungsakten Band I Blatt 2). Dieser führte u.a. aus, ihm sei aufgefallen, dass die Klägerin und ihr Ehemann in den letzten Jahren „in Internet (ebay) unter verschiedenen Internetnamen (N 1, N 2, N 3, N 4) mehrere Hundert Pelzware verkauft hat“. Der Beklagte bat aufgrund dessen die Steuerfahndung (Steufa) um Prüfung. Diese ermittelte Folgendes:

In den Jahren 2005 und 2006 wurden über das ebay-Konto N 2 Umsätze in Höhe von 54.166,06 € erzielt (2005: 21.862,06 € und 2006: 32304,- €), in den Jahren 2003-2006 über das ebay-Konto N 5 Umsätze in Höhe von 8.148,40 € (2003: 188,50 €, 2004: 3.311,02 €, 2005: 4.433,38 € und 2006: 215,50 €), in den Jahren 2005 und 2006 über das ebay-Konto N 4 Umsätze in Höhe von 15.568,72 € (2005: 3.653,25 € und 2006: 11.915,47 €), in den Jahren 2004 und 2005 über das ebay-Konto N 6 Umsätze in Höhe von 87.383,57 € (2004: 33.032,41 € und 2005: 54.351,16 €) und in 2005 über das ebay-Konto N 7 Umsätze in Höhe von 2.716,52 € (Ermittlungsakten Band I Blatt 5 ff., 17 ff.). Die Umsätze, die aus Verkäufen über die ebay-Konten N 2, N 5 und N 4 resultierten, rechnete der Beklagte dem Ehemann der Klägerin zu, die, die über die Konten N 6 und N 7 erfolgten, der Klägerin (Ermittlungsakten Band I Blatt 15). Die Klägerin war mit ihrem Namen bei ebay mit den Mitgliedsnamen N 6 und N 7 angemeldet. Verkauft wurden über die Konten N 6 und N 7 im Wesentlichen Nerzmäntel und -jacken, insgesamt 140 Stück (s. einzelne Anzeigen; Ermittlungsakten Band I Blatt 38 ff.). Auch über die ebay-Konten des Ehemannes der Klägerin sind, neben anderen Haushaltsgegenständen (Vasen, Teegläser, Kerzenständer, Kleidung, Modellautos), Parfum und Spielzeug, Pelzmäntel (79 Stück) verkauft worden. In den Streitjahren liefen bei der X-Bank folgende Konten auf den Namen der Klägerin (s. Schreiben der X-Bank vom 17. Oktober 2008; Ermittlungsakten Band I Blatt 82 ff.): Konto 1, Konto 2, Konto 3 (Verfügungsberechtigter: der Ehemann der Klägerin) und Konto 4. Ansonsten liefen folgende Konten auf ihren Namen: Kto. I bei der Y-Bank und Nr. 1 bei der Z-Bank (Ermittlungsakten Band I Blatt 30). Bei ebay gespeichert waren für alle ebay-Konten, auch die des Ehemannes der Klägerin, auf den Namen der Klägerin lautende Konten bei der X-Bank (Konto 1 und Konto 3; Ermittlungsakten Band I Blatt 37 und Rechtsbehelfsakten Blatt 19).

Am 22. Mai 2007 wurde gegenüber der Klägerin das Strafverfahren u.a. wegen des Verdachts der Verkürzung von Umsatzsteuer 2004 und 2005 eingeleitet (Ermittlungsakten Band I Blatt 25). Im Laufe des Strafverfahrens äußerte sich der Ehemann der Klägerin dahingehend, dass es sich bei den Gegenständen, die über die ebay-Konten N 2, N 5 und N 4 verkauft worden seien, um solche aus seinem privaten Besitz und der umfangreichen Auflösung seines privaten Haushalts gehandelt habe. Die Umsätze daraus unterlägen keiner Steuerpflicht. Die Verkaufsobjekte seien ab 1,- € angeboten und mit hohem Wertverlust abgegeben worden.

Die Straf- und Bußgeldsachenstelle (StraBu) schrieb verschiedene Käufer von Pelzmänteln als Zeugen an (Ermittlungsakten Band I Blatt 85 ff.) und stellte ihnen folgende Fragen:

„1. Trifft es zu, dass Sie im [Monats- und Jahresangabe] bei ebay einen Nerzmantel für [Betragsangabe in €] ersteigert haben?

2. Falls ja, haben Sie über diesen Kauf eine Rechnung erhalten? [...]

3. Ist über diesen Kauf noch Schriftwechsel (evtl. e-mails) vorhanden? [...]

4. Mit wem hatten Sie Kontakt?

5. Handelte es sich bei dem Pelzmantel um Neuware? Falls nein, wie alt war der Mantel bei Erwerb?

6. Von welchem Hersteller stammt der Pelzmantel?“

Hierzu gingen sechs Antworten bei der StraBu ein. Zu den einzelnen Fragen wird Folgendes ausgeführt:

zu 2.

- keine Erinnerung an eine Rechnung
- keine Rechnung erhalten

zu 3.

- kein Schriftwechsel vorhanden

zu 4.

- Kontakt mit Klägerin und deren Ehemann - Mantel persönlich in einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus in P bei der Klägerin abgeholt - die Wohnung hatte den Eindruck eines Warenlagers auf ihn gemacht
- Kontakt mit der Klägerin
- Kontakt mit einem Herren
- undefinierbar

zu 5.

- Mantel erschien als fast neu oder als fast nicht getragen - er war aber keine Neuware, sondern 2-3 Jahre alt
- gebrauchte Ware in gutem Zustand
- gebrauchte Ware - Alter schwer zu schätzen
- als gebrauchter Mantel in Anzeige angeboten
- Mantel war extrem neuwertig

zu 6.

- eingenähte Banderole „xxx“ im Mantel - Label von XXXX - Reklamation bei Verkäufer ist angebracht worden
- Kürschnerei aus R
- kein Etikett im Mantel

Außerdem ermittelte die StraBu, dass die Schwiegermutter der Klägerin am 18. März 2004 in S verstorben war und den Ehemann der Klägerin zu $\frac{1}{2}$ als Erben eingesetzt hatte (Ermittlungsakten Band I Blatt 138). Sie war bis zu ihrem Tode im Pflegeheim St. ..., S betreut worden (Ermittlungsakten Band I Blatt 142).

Mit Schreiben vom 27. März 2007 beantragte die Klägerin die Änderung der Umsatzsteuerfestsetzung für 2005 und die Berücksichtigung weiterer Vorsteuerbeträge. Dem Antrag war eine Rechnung der Firma F (Fahrzeugzentrum ...) vom 24. November 2005 mit einem Umsatzsteuerausweis in Höhe von 83,24 € beigelegt. Dem Vorschlag des Beklagten, lediglich 43,66% (= Verhältnis der steuerpflichtigen zu den steuerfreien Ausgangsumsätzen) der angefallenen Vorsteuerbeträge zu berücksichtigen (= 36,34 €), stimmte die Klägerin zu (s. ihr Schreiben vom 25. Mai 2007; Umsatzsteuerakten Blatt 17).

Mit Änderungsbescheiden vom 4. Juli 2007 rechnete der Beklagte der Klägerin Umsätze aus ebay-Verkäufen zu. Die Änderungen erfolgten jeweils nach § 164 Abs. 2 AO. Der Vorbehalt der Nachprüfung wurde nicht aufgehoben. Umsätze zu 16% erhöhten sich für 2004 von 10.402,- € auf 38.878,- € und für 2005 von 7.166,- € auf 56.362,- €. Zugleich reduzierte der Beklagte die abziehbaren Vorsteuerbeträge für 2005 von 254,08 € auf 241,20 €. Umsatzsteuer 2004 setzte der Beklagte in Höhe von 6.603,79 € und Umsatzsteuer für 2005 in Höhe von 8.803,92 € fest.

Die dagegen eingelegten Einsprüche begründete die Klägerin, vertreten durch ihren Bevollmächtigten, wie folgt: Die vom Beklagten ihr zugerechneten Umsätze seien ihrem

Ehemann zuzurechnen. Im Zusammenhang mit der Auflösung des umfangreichen Junggesellenhaushalts ihres Mannes (mehrere Garagen und Kellerlager) und seiner verstorbenen Mutter sei eine große Anzahl privat gebrauchter Haushaltsgegenstände über ebay verkauft worden. Sie sei ihrem Mann bei der Verkaufsabwicklung über das Internet behilflich gewesen und habe alle Auktionen mit dem Hinweis „im Auftrag“ versehen. Ihr Mann sei als Franchise-Nehmer der T zunächst selbständig tätig gewesen und habe wegen einer langwierigen gerichtlichen Auseinandersetzung mit dieser Insolvenz anmelden müssen (Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens: 11. April 2007 und Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens: 4. Mai 2007; Prozesskostenhilfeakten Blatt 34 ff.). In 2005 sei seine Penthousewohnung in P (... straße; Rechtsbehelfsakten Blatt 56 ff.) versteigert worden. Zu dieser hätten ein Tiefgaragenparkplatz und ein Kellerraum gehört. Ein zweiter Tiefgaragenparkplatz im Haus sowie eine weitere Garage in der Stadt (... platz, gemietet von der Stadt P) seien angemietet gewesen. In diesen habe ihr Ehemann u.a. seine Spielsachen aus der Jugend sowie Erbstücke seiner Mutter aufbewahrt, bspw. 7 Schrankmeter Pelze. Wegen des Auszugs aus der Wohnung und der der Insolvenz folgenden Knappheit habe man den Entschluss gefasst, den nicht benötigten Haushalt, das Spielzeug sowie die Pelze über ebay zu veräußern. Dies habe zum Einen das Lagerproblem und zum Anderen das Liquiditätsproblem gelöst. Schließlich seien die Sachen bereits vorhanden gewesen und hätten nicht vorfinanziert werden müssen. Die Abwicklung über das gemeinschaftlich genutzte Konto sei deswegen erfolgt, weil zu diesem Zeitpunkt nur sie, die Klägerin, eine Bankverbindung gehabt habe. Wegen des Insolvenzverfahrens sei ihr Mann nicht Inhaber eines Girokontos gewesen. Die Sachen seiner Mutter seien zwischen 1960 und 1985 angeschafft worden. Wegen des Auszugs ihrer Schwiegermutter aus ihrem Haus in P und des Umzugs in das räumlich begrenzte Altersheim D in 1991 seien diese Gegenstände an ihn übergeben worden. Auf Grund der lange vergangenen Zeit und dreier weiterer Umzüge habe sie, die Klägerin, hierfür keine Unterlagen mehr.

Im Rahmen des Einspruchsverfahrens reichte sie folgende Bestätigung ihres Ehemannes vom 29. Juli 2007 ein (Rechtsbehelfsakten Blatt 12): „bestätige ich hiermit, dass ich Frau A damit beauftragt hatte, den Großteil der Gegenstände meines privaten Haushaltes für mich bei ebay zu verkaufen und bei der Verkaufsabwicklung behilflich zu sein“. Zudem versicherte der Ehemann der Klägerin am 17. Februar 2008 an Eides statt (Rechtsbehelfsakten Blatt 53): „dass ich Frau A damit beauftragt hatte, den Großteil der

Gegenstände meines privaten Haushaltes für mich über ebay zu verkaufen und bei der Verkaufsabwicklung behilflich zu sein“.

Die Einspruchsverfahren waren zum Teil erfolgreich. Der Beklagte kam zu dem Ergebnis, dass der Klägerin nicht sämtliche Verkäufe über ebay zuzurechnen seien, sondern nur die Verkäufe der Pelzmäntel (s. Berechnung; Rechtsbehelfsakten Blatt 73 f.). Für 2004 reduzierten sich die Umsätze zu 16% daher auf 38.625,- € und die festgesetzte Umsatzsteuer auf 6.023,31 € (s. Änderungsbescheid vom 29. Januar 2010; Umsatzsteuerakten Blatt 16). Der Vorbehalt der Nachprüfung wurde nicht aufgehoben. Für 2005 erging „wegen Anwendung der Kleinbetragsverordnung“ kein Änderungsbescheid. Umsätze zu 16% sollten nur noch in Höhe von 56.355,- € berücksichtigt werden (s. Berechnungsblatt vom 22. Januar 2010; Umsatzsteuerakten Blatt 22).

Im Übrigen wies der Beklagte die Einsprüche der Klägerin mit Einspruchsentscheidungen vom 1. Februar 2010 als unbegründet zurück (Rechtsbehelfsakten Blatt 98 ff.). Zur Begründung führte er aus, es sei nicht glaubhaft, dass die veräußerten Pelzmäntel aus dem Besitz der Schwiegermutter der Klägerin stammten. Insbesondere die Angaben, die Pelzmäntel seien zwischen 1960 und 1985 angeschafft worden und somit beim Verkauf in den Streitjahren zwischen 20 und über 40 Jahre alt gewesen, seien angesichts des Umstands, dass sie im Internet häufig als „neu“ bzw. „wie neu“ angeboten worden waren, nicht nachvollziehbar. Auch könnten Kellerräume und Garagen sicherlich nicht als geeigneter Aufbewahrungsraum für Pelze angesehen werden, zumal diese dort an die 13 Jahre gelagert haben sollen. Bei einer solchen Lagerung dürften die Pelze Schaden genommen haben. Ein muffiger Geruch der Pelze sei bei einer derartigen Lagerung nicht zu vermeiden gewesen. Ein solcher Zustand hätte bei den Käufern sicherlich zu Reklamationen geführt. Über die Internet-Bewertung hätte sich schnell die schlechte Qualität der Pelze herumgesprochen, so dass der Verkauf einer solchen Vielzahl von Pelzen nicht möglich gewesen wäre. Auch lasse der Umstand, dass Pelze in unterschiedlichen Größen veräußert worden seien, den Schluss zu, dass es sich nicht um den privaten Besitz der Schwiegermutter gehandelt hat. Das Gleiche gelte für die Anzahl von über 200 veräußerten Pelzen. Die Umsätze seien der Klägerin zuzurechnen. Nachweise dafür, dass sie lediglich im Auftrag gehandelt hatte, seien nicht vorgelegt worden. Die Bestätigung ihres Ehemannes hierfür überzeuge nicht. Der Vortrag der Klägerin hierzu sei als Schutzbehauptung einzustufen. Aufgrund des Insolvenzverfah-

rens des Ehemannes wären Steuerforderungen der Finanzverwaltung ihm gegenüber uneinbringlich.

Am 18. Februar 2010 erhob die Klägerin, vertreten durch ihren Prozessbevollmächtigten, Klage. Zur Begründung verweist sie auf ihren Vortrag im außergerichtlichen Verfahren. Daneben führt sie aus, die Pelze seien fachgerecht (dunkel, jeweils in einer separaten Manteltasche verpackt, hängend und mit Antimottenpackungen versehen) eingelagert gewesen. Keller und Garagen seien ausreichend gelüftet gewesen. Sie hätten nicht unangenehm gerochen. Auch sonst hätten sie keine schädigenden Eigenschaften auf die Pelze gehabt. Die Mäntel seien sehr wenig getragen gewesen. Ihre Schwiegermutter habe sehr gerne Pelze getragen (s. Kopien von Photos; Finanzgerichtsakte - FG-Akte - Blatt 63 ff.). Die unterschiedliche Größe der Pelze resultiere aus der unterschiedlichen Kleidergröße ihrer Schwiegermutter. Diese könne sich in einem Zeitraum von 1960 bis 1985 schon mal ändern. Im Übrigen fielen, je nach Firma, Kleidungsstücke unterschiedlich groß aus. Die zahlreichen Gegenstände seien auf sie und ihren Ehemann aufgeteilt worden, um sie schnell veräußern zu können. Arbeiteten zwei Personen gleichzeitig unter demselben ebay-Namen, stürten sie sich gegenseitig beim Einstellen und Bearbeiten von Angeboten. Sie sei lediglich als Erfüllungsgehilfin ihres Ehemannes tätig gewesen. Diese Verkaufstätigkeit sei im Übrigen nicht nachhaltig gewesen. Beim Verkauf der Haushaltsgegenstände ihrer Schwiegermutter habe es sich um eine einmalige und unwiederholbare Angelegenheit gehandelt. Die Pelze seien im Zeitraum Mai 2004 bis Oktober 2005 verkauft worden. Auch habe nicht sie am wirtschaftlichen Verkehr teilgenommen, sondern ihr Ehemann. Schließlich habe sie, nach außen erkennbar, im Auftrag ihres Mannes gehandelt. Bei einem Angebot von 1,- €/Pelzmantel liege des Weiteren keine Gewinnerzielungsabsicht vor. Auf den jeweils erzielten Verkaufspreis habe sie keinen Einfluss gehabt. Im Übrigen sei die vom Beklagten ermittelte Höhe der Umsätze aus ebay-Verkäufen nicht korrekt.

Die Klägerin beantragt,

- 1. die Umsatzsteuerbescheide für 2004 vom 29. Januar 2010 und für 2005 vom 4. Juli 2007, jeweils in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 1. Februar 2010, dahingehend zu ändern, dass die Umsätze zu 16% für 2004 um 28.223,- € und für 2005 um 49.196,- € reduziert werden und*
- 2. die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren für notwendig zu erklären.*

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung verweist er auf seine Einspruchsentscheidungen vom 1. Februar 2010. Ergänzend führt er aus, die Klägerin hätte auch unter dem ebay-Namen ihres Mannes tätig werden können. Schließlich habe dieser mehrere ebay-Konten gehabt. Nachhaltigkeit liege bei Wiederholungen vor. Es sei nicht glaubhaft, dass die Schwiegermutter der Klägerin 219 Pelzmäntel besessen hat.

Am 24. November 2011 fand ein Erörterungstermin statt. Auf die Sitzungsniederschrift wird verwiesen (FG-Akte Blatt 185). In diesem bekräftigte die Klägerin, sie habe ihre beiden ebay-Konten im Zusammenhang mit der Auflösung des Haushalts ihres Ehemannes einrichten lassen. Ihr Mann habe seine Eigentumswohnung aufgeben müssen. Sie seien dann in eine Mietwohnung gezogen. Deswegen und um an weitere liquide Mittel zu kommen, um den Lebensunterhalt zu finanzieren, hätten sie verschiedene Dinge veräußern müssen. 2002 sei sie nach Deutschland gekommen. Die Texte für die Angebote bei ebay habe ihr Mann geschrieben, weil sie noch nicht so gut Deutsch habe sprechen können. Die Beklagtenseite unterstrich, man habe lediglich die Veräußerung der Pelzmäntel über ebay der unternehmerischen Tätigkeit der Klägerin zugerechnet. Alle anderen Veräußerungen, die die Klägerin über ebay getätigt habe, seien ihrer unternehmerischen Tätigkeit nicht zugerechnet worden. Entscheidend sei für ihn, den Beklagten, wer am Markt aufgetreten ist, die Klägerin oder ihr Mann.

In der Folge führte die Klägerin aus, die über das ebay-Konto N 6 erzielten Umsätze seien nicht ihr zuzurechnen. Ebay habe bestätigt, dass dieses ebay-Konto weder von ihr noch von ihrem Ehemann angemeldet worden sei (s. E-Mail von ebay vom 30. Dezember 2011; FG-Akte Blatt 194). Allerdings gelte das nicht für das ebay-Konto N 7. Zudem reichte die Klägerin eine undatierte Bestätigung des Bruders ihres Ehemannes ein (FG-Akte Blatt 198), der erklärt, seine Mutter habe eine Vorliebe für Pelzmäntel und -jacken gehabt und „daher davon eine stattliche Sammlung“ besessen. Diese sei in mehreren Schränken im Haus untergebracht gewesen, bspw. in einer langen Schrankwand im Schlafzimmer seiner Eltern. Er habe seit seinem Abitur nicht mehr zu Hause

gewohnt und könne nur sagen, dass seine Mutter ihre Mäntel „immer sehr gut hütete und sorgsam in einzelnen Mantelhüllen aufbewahrte“. Anlässlich ihres Umzugs aus ihrem Haus in P in das Wohnheim in D habe sie die Pelze seinem Bruder, dem Ehemann der Klägerin, geschenkt.

Der Beklagte erwiderte hierauf, das ebay-Konto N 6 sei der Klägerin zuzurechnen. Es sei am 4. April 2004 unter der ebay-Nummer xxx eröffnet und inzwischen wieder gelöscht worden. Am 26. Oktober 2008 sei ein Konto mit dem gleichen Namen, allerdings unter der ebay-Nummer yyy eröffnet worden. Dieses sei nicht der Klägerin zuzurechnen (s. E-Mail von ebay vom 14. März 2012; FG-Akte Blatt 207).

Mit Beschluss vom 3. April 2012 ordnete der Senat die Vernehmung von B (Ehemann der Klägerin) und C (Schwager der Klägerin) als Zeugen an. Letzterer machte mit Schreiben vom 5. Juli 2012 von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch. B wurde in der mündlichen Verhandlung am 18. Juli 2012 vor dem Senat vernommen. Wegen des Inhalts der Sitzung wird auf die Niederschrift, wegen des Inhalts der Zeugenaussage sowie der ergänzenden, auf Tonträger aufgezeichneten Ausführungen der Klägerin in der mündlichen Verhandlung auf die Tonaufnahme Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

1. Die Klage ist begründet. Zu Unrecht hat der Beklagte die Erlöse aus dem Verkauf von Pelzmänteln und -jacken über die ebay-Konten N 6 und N 7 der Umsatzsteuer unterworfen. Zwar hat die Klägerin, nach der Überzeugung des Gerichts, in den Streitjahren die Pelzmäntel und -jacken über die ebay-Konten N 6 und N 7 verkauft und nicht ihr Ehemann (a). Allerdings ist diese Tätigkeit nicht ihrer unternehmerischen Sphäre zuzurechnen (b). Weder fällt der Verkauf von Pelzmänteln und -jacken in den Rahmen ihres Einzelunternehmens „Finanzdienstleistung“ (aa.) noch war die Klägerin damit nachhaltig tätig (bb.)

a. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 UStG unterliegen der Umsatzsteuer die Lieferungen und sonstigen Leistungen, die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt. Wer bei einem Umsatz als Leistender anzusehen ist, ergibt sich regelmäßig aus den abgeschlossenen zivilrechtlichen Vereinbarun-

gen. Leistender ist in der Regel derjenige, der die Lieferungen oder sonstigen Leistungen im eigenen Namen gegenüber einem anderen selbst ausführt oder durch einen Beauftragten ausführen lässt. Ob eine Leistung dem Handelnden oder einem andern zuzurechnen ist, hängt deshalb grundsätzlich davon ab, ob der Handelnde gegenüber dem Leistungsempfänger im eigenen Namen oder berechtigterweise im Namen eines anderen bei der Ausführung entgeltlicher Leistungen aufgetreten ist.

Nach Lage der Akten ist die Klägerin über die ebay-Konten N 6 und N 7 nach außen aufgetreten. Diese beiden Konten waren auf ihren Namen bei ebay angemeldet. Für die beiden Konten waren bei ebay zudem Bankverbindungen der Klägerin gespeichert. Dass sie „im Auftrag“ ihres Ehemannes gehandelt hatte, konnte sie nicht nachweisen.

b. Unternehmer ist gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 UStG, wer eine gewerbliche Tätigkeit selbständig ausübt. Erläuternd bestimmt § 2 Abs. 1 Satz 3 UStG, dass gewerblich im Sinne des Umsatzsteuerrechts jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen ist, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt.

Bei richtlinienkonformer Anwendung muss dabei eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern (Richtlinie 77/388/EWG) ausgeübt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Art. 4 der Richtlinie 77/388/EWG der Mehrwertsteuer einen sehr breiten Anwendungsbereich zuweist. Der Begriff des Steuerpflichtigen wird in Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 77/388/EWG unter Bezugnahme auf den der wirtschaftlichen Tätigkeit definiert. Denn gerade dass eine solche Tätigkeit vorliegt, rechtfertigt die Einstufung als Steuerpflichtiger. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Begriff „wirtschaftliche Tätigkeit“ nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 77/388/EWG alle Tätigkeiten eines Erzeugers, Händlers oder Dienstleistenden umfasst, insbesondere Umsätze, die die Nutzung von körperlichen oder nicht körperlichen Gegenständen zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen umfassen.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) können der bloße Erwerb und der bloße Verkauf eines Gegenstands keine Nutzung eines Gegenstands zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 Satz 2

der Richtlinie 77/388/EWG darstellen, da das einzige Entgelt aus diesen Vorgängen in einem etwaigen Gewinn beim Verkauf des Gegenstands besteht. Derartige Vorgänge können nämlich als solche grundsätzlich keine wirtschaftlichen Tätigkeiten im Sinne dieser Richtlinie darstellen (EuGH-Urteil vom 15. September 2011 C-180/10 und C-181/10, Deutsches Steuerrecht-Entscheidungsdienst - DStRE - 2011, 1417). Keine private Vermögensverwaltung, sondern eine in den Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer fallende Tätigkeit liegt dagegen vor, wenn der Betreffende aktive Schritte zum Vertrieb von Gegenständen unternimmt, indem er sich ähnlicher Mittel bedient wie ein Erzeuger, Händler oder Dienstleistender im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 77/388/EWG, wobei derartige aktive Schritte insbesondere in der Durchführung bewährter Vertriebsmaßnahmen bestehen können.

Dem entspricht es, dass nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH), der sich der erkennende Senat anschließt, im Einzelfall aufgrund des Gesamtbildes der Verhältnisse zu beurteilen ist, ob die Voraussetzungen einer nachhaltigen Tätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 3 UStG erfüllt sind. Dabei ist eine Reihe verschiedener (nicht abschließend festgelegter) Kriterien zu würdigen, die je nach dem Einzelfall in unterschiedlicher Gewichtung für oder gegen die Nachhaltigkeit der Einnahmeerzielung sprechen können. Insbesondere sind zu würdigen: die Dauer und die Intensität des Tätigwerdens, die Höhe der Entgelte, die Beteiligung am Markt, die Zahl der ausgeführten Umsätze, das planmäßige Tätigwerden, das Unterhalten eines Geschäftslokals (BFH-Urteil vom 27. Januar 2011 V R 21/09, Bundessteuerblatt - BStBl - II 2011, 524). Kein für die Nachhaltigkeit einer Tätigkeit alleinentscheidendes Merkmal ist dabei allerdings, dass bereits beim Einkauf eine Wiederverkaufsabsicht bestanden hat (vgl. EuGH-Urteil vom 15. September 2011 C-180/10 und C-181/10, a.a.O.; BFH-Urteil vom 24. November 1992 V R 8/89, BStBl II 1993, 379 zur Veräußerung einer privaten Kunstsammlung durch den Erben eines Kunsthändlers). Dass Zahl und Umfang der Verkäufe für sich genommen nicht allein maßgeblich sind, entspricht der ständigen Rechtsprechung des BFH, derzufolge die Zahl der Geschäftsvorfälle nur eines von mehreren zu würdigenden Kriterien ist (bspw. BFH-Urteil vom 26. April 2012 V R 2/11, Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs - BFH/NV - 2012, 1285).

aa. Unabhängig von der Frage der Nachhaltigkeit könnte die Klägerin die Internetgeschäfte bereits deshalb als Unternehmerin im Sinne des § 2 Abs. 1 UStG ausgeführt

haben, weil sie in den Rahmen ihrer bisherigen Tätigkeit als Finanzdienstleisterin fielen. Dafür bestehen jedoch im Streitfall keine Anhaltspunkte. Mit der Veräußerung von Pelzmänteln und -jacken im Rahmen von Internetauktionen hat sie sich ein neues, von ihrer Tätigkeit als Finanzdienstleisterin unabhängiges Tätigkeitsfeld eröffnet. Steht eine Tätigkeit mit der bisherigen Tätigkeit eines Unternehmers in keinem sachlichen Zusammenhang, ist sie seiner unternehmerischen Sphäre allerdings erst dann zuzurechnen, wenn der Unternehmer auch im Rahmen seines neuen Tätigkeitsfelds nachhaltig Leistungen gegen Entgelt im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 UStG erbringt (BFH-Urteil vom 16. Dezember 1993 V R 103/88, BStBl II 1994, 278; Urteil des Niedersächsischen Finanzgerichts - FG - vom 16. September 2010 16 K 315/09, juris).

bb. Weder nach Lage der Akten noch nach den Ergebnissen der Beweisaufnahme ist der Senat davon überzeugt, dass die Verkaufstätigkeit der Klägerin über die ebay-Konten N 6 und N 7 nach den o.a. Grundsätzen nachhaltig war. Für die Tatsachen, die eine unternehmerische Betätigung begründen, trägt im Streitfall jedoch der Beklagte die objektive Beweislast (Feststellungslast), da er der Klägerin Umsätze zurechnen will. Insofern handelt es sich um einen Sachverhalt, aus dem er eine steuerbegründende Tatsache herleiten will (vgl. allgemein zur Feststellungslast BFH-Urteil vom 25. November 2010 IX R 47/10, BFH/NV 2011, 887).

Zwar war die Klägerin planmäßig tätig und hatte im Rahmen ihrer ebay-Tätigkeit einen erheblichen Organisationsaufwand. Für jeden einzelnen zur Internet-Versteigerung anstehenden Gegenstand musste sie sich Gedanken zu dessen möglichst genauer Bezeichnung und, zur Erhöhung der Verkaufschancen und des erzielbaren Erlöses für den Gegenstand, in aller Regel ein digitales Bild anfertigen. So bestätigten die Klägerin und ihr Ehemann, dass sie genaue Beschreibungen erstellt hätten (Abspielpunkte: 00:02:41, 00:25:13). Jeder Pelzmantel und jede Pelzjacke seien vermessen und die Maße (wie Größe, Länge - mit/ohne Kragen, Ärmellänge ab Schulter, Schulterbreite, Brustumfang bei offenem Mantel, Saum) in den Angeboten angegeben worden (Abspielpunkte: 00:02:41 ff., 00:04:15 ff., 00:26:19). Auch seien für die Pelzmäntel und -jacken Bilder ins Internet gestellt worden (Abspielpunkt: 00:08:04). Die Labels in den Jacken und Mänteln hätten bei der Beschreibung der Pelze geholfen (Abspielpunkte: 00:03:49, 00:04:30, 00:26:01). Die Klägerin gab kleinmütig zu, eigentlich habe sich keiner von ihnen beiden (sie oder ihr Ehemann) mit Pelzen ausgekannt (Abspielpunkt: 00:03:00).

Sie habe Formulierungen aus anderen Angeboten im Internet kopiert (Abspielpunkt: 00:03:08). Auch musste die Klägerin den Auktionsablauf auf ebay in regelmäßigen Abständen überwachen, um rechtzeitig auf Nachfragen von Kaufinteressenten reagieren zu können, sofern diese die auf der Auktionsseite eingestellten Wareninformationen als nicht ausreichend erachteten. Die Klägerin bestätigte, Nachfragen seien gekommen, die sie beantwortet habe (Abspielpunkt: 00:05:32). Nach Beendigung der Auktion musste sie zudem den Zahlungseingang überwachen, um die Ware zügig verpacken und versenden zu können bzw. um mit dem Käufer einen Termin zur Abholung der Ware vereinbaren zu können. Überlegungen zur Platzierung der Gegenstände in einschlägigen Produktgruppen mussten jedoch nicht angestrengt werden, da es sich bei den von ihr angebotenen hier streitigen Gegenständen unisono um Pelzmäntel und -jacken gehandelt hatte. Auch die Überlegungen zu einem Mindestgebot entfielen, da alle Gegenstände mit 1,- € eingestellt worden waren. Jedenfalls konnte das Gericht zu letzterem keine gegenteiligen Feststellungen treffen.

Die Internetauktionsplattform ebay wurde dagegen nicht dazu benutzt, um auf längere Dauer und mit erheblicher Intensität, eine Vielzahl von Gegenständen zu angemessenen Entgelten weiterveräußern zu können.

Im Streitfall war die Tätigkeit der Klägerin (Pelzmäntel und -jacken im Internet anzubieten und zu verkaufen) nicht von Beginn an auf unbestimmte Zeit angelegt (so aber in dem Fall, der der Entscheidung des BFH vom 26. April 2012 V R 2/11, a.a.O. zu Grunde lag). Die Verkaufstätigkeit über das ebay-Konto N 6 dauerte von April 2004 bis Mai 2005, insgesamt 13 Monat. Über das ebay-Konto N 7 verkaufte die Klägerin nur im Oktober 2005. Unabhängig vom Beginn der Ermittlungen des Beklagten im Laufe des Jahres 2006 waren die Verkaufstätigkeiten zu diesem Zeitpunkt bereits zu Ende. In 2004 wurden über die ebay-Konten N 6 und N 7 68 und in 2005 74 Pelzmäntel und -jacken verkauft, insgesamt 142 Stück. Im Jahresdurchschnitt beliefen sich die in dieser Zeit getätigten Auktionsverkäufe auf zwischen 1,8 (2004) und 3 (2005) Geschäftsvorfälle pro Woche. Den gesamten Zeitraum (14 Monate) betrachtet erfolgten pro Woche im Durchschnitt 2,5 Verkäufe. Die Erlöse variierten dabei von mindestens 3,50 € (Verkauf eines Luchsmantels am 25. Juli 2004) bis höchstens 3.210,- € (Verkauf eines Nerzmantels am 13. Februar 2005). Über den Zeitraum gesehen kann keine Preisentwicklung pro Verkaufsvorgang festgestellt werden. Die Preise liegen auch zum Schluss der Tätigkeit

hin bei lediglich 221,- € für eine Nerzjacke oder 377,- € für einen Nerzmantel (s. Verkäufe am 30. Oktober 2005). Insgesamt erzielte die Klägerin für die Pelzmäntel und -jacken in 2004 28.223,- € (netto) und in 2005 49.196,- € (netto), im Schnitt in 2004 lediglich 415,- € (netto) und in 2005 664,81 € (netto) und insgesamt nur 545,20 € (netto) pro Pelzmantel/-jacke.

Darüber hinaus beteiligte sich die Klägerin im Streitfall nicht wie ein Händler am Markt. Das ist allerdings Voraussetzung für ein unternehmerisches Tätigwerden. Schließlich wird dieses nicht schon durch die gelegentliche Veräußerung von Privatvermögen in mehreren gleichartigen Handlungen unter Ausnutzung derselben Gelegenheit und desselben dauernden Verhältnisses begründet. Beteiligt sich der Steuerpflichtige dagegen wie ein Händler am Marktgeschehen, kommt es nicht darauf an, ob eine solche Beteiligung außerdem noch in der Einrichtung eines Geschäftsbetriebs in Erscheinung tritt, da selbst ein Händler ohne Geschäftsbetrieb auskommen kann (vgl. u.a. BFH-Urteil vom 29. Juni 1987 X R 23/82, BStBl II 1987, 744). Die Voraussetzung eines händlerähnlichen Tätigwerdens am Markt erfüllt insbesondere derjenige, der An- und Verkäufe planmäßig mit auf Güterumschläge gerichteter Absicht tätigt. Ob jemand durch eine Veräußerung in Wettbewerb zu anderen Händlern tritt, ist nicht entscheidend. Es braucht daher nicht stets geprüft zu werden, ob tatsächlich eine Wettbewerbssituation vorliegt, weil es sich auch insoweit nur um eines unter mehreren möglichen Beweisanzeichen, nicht um ein unerlässliches Begriffsmerkmal handelt. Einerseits können - tritt jemand als Händler auf - schon geringfügige Umsätze, die den Wettbewerb nicht stören, zur Umsatzbesteuerung führen. Andererseits bleiben selbst wirtschaftlich bedeutende Veräußerungen des Privatvermögens unbesteuert, wenn ein Händlerverhalten nicht festzustellen ist (vgl. BFH-Urteil vom 29. Juni 1987 X R 23/82, a.a.O.).

Im Streitfall veräußerte die Klägerin jedoch die Pelzmäntel und -jacken ihrer Schwiegermutter, also Privatvermögen. Im weitesten Sinne löste sie eine Sammlung auf. Ihre Verkaufstätigkeiten sind das Ergebnis einer Haushaltsauflösung, und zwar die ihres Ehemannes, die im Zusammenhang mit seiner Insolvenz stand. Für die Annahme des Beklagten, Pelzmäntel und -jacken seien von der Klägerin oder deren Ehemann gekauft worden, um sie später zu veräußern, ergeben sich weder aus den Akten noch nach der Beweisaufnahme irgendwelche Anhaltspunkte. So konnte bspw. die Steufa keine Einkaufsbelege sicherstellen. Auch führten sowohl die Klägerin als auch ihr Mann im Ge-

genteil glaubhaft aus, die Pelzmäntel und -jacken stammten von der Schwiegermutter der Klägerin. Der Ehemann der Klägerin sagte aus, seine Mutter habe Pelze gerne gehabt und diese nach und nach angeschafft (Abspielpunkt: 00:14:00 ff.). Sehr detailliert schilderte er, wo diese im vier-geschossigen Einfamilienhaus, einem Reiheneckhaus in der ... Allee in der Nordstadt in P (Abspielpunkt: 00:21:17), aufbewahrt worden seien, und zwar in den Stauräumen (in Kartons) und im Schlafzimmer mit einer Riesenschrankwand, die geteilt gewesen sei und in die man unten und oben etwas hängen können (Abspielpunkt: 00:18:35). Die Pelze seien im ganzen Haus verteilt gewesen, so bspw. im Treppenhaus in Schränken (Abspielpunkt: 00:19:40). In dem Haus habe es (im Keller) auch eine Sauna und einen Partyraum gegeben (Abspielpunkt: 00:17:30). Im Zusammenhang mit ihrem Umzug in ein Seniorenheim (zwei kleine Zimmer) und der Verkleinerung ihrer Wohnverhältnisse habe seine Mutter ihm die Pelzmäntel und -jacken übergeben. Er habe sie auf Ständer gehängt, die er im EKZ erworben habe (Abspielpunkt: 00:23:09). Seine „Mutti“ habe die Pelze schon schön verpackt, „überall war so ein kleines Dingele drin, mit so einem „Duft mich“, dass da keine Moten sind und dann waren da extra so spezielle Luftdinger, dass es auch nicht die Feuchtigkeit staut“ (Abspielpunkt: 00:23:18). Die Pelze habe er in einer Garage verstaut, die er von der Stadt P angemietet habe. Er habe diese nach einer langen Suche im Zentrum Ps gefunden. Die Garage sei alt gewesen und habe ganz dicke Mauern gehabt. Sie sei trocken gewesen (Abspielpunkt: 00:23:34).

Für das Gericht glaubhaft und in sich schlüssig bekräftigte der Zeuge, seine Mutter habe sich die Pelze immer mal wieder gekauft: Sukzessive seien diese angeschafft worden, wenn sie etwas gesehen habe oder im Urlaub. Sie habe auch günstige (aber doch tolle) Pelze erworben, so bei XXXX (Abspielpunkt: 00:20:02). Seine Mutter habe ihren guten Beruf gehabt und „gut Geld verdient und es eigentlich immer zum großen Teil für sich behalten können“ (Abspielpunkt: 00:20:31). Sie habe zwar Apothekerin gelernt, sei dann aber Chefsekretärin bei einer großen Reinigungsfirma in P gewesen (Abspielpunkt: 00:20:43). Sein Vater sei Geschäftsführer einer Baufirma in P gewesen, später von einer Haus- und Grundstücksverwaltungsfirma (Abspielpunkt: 00:21:04). Seine Mutter habe die Pelze „natürlich sorgsam behandelt, kaum getragen, immer schön, wie das Hochzeitskleid oder, das liegt unter dem Bett und keiner nutzt es“ (Abspielpunkt: 00:20:20). Seine Mutter habe auch ziemlich viele ähnliche Schuhe gehabt (Abspielpunkt: 00:29:41).

Nach allem konnte der Senat nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststellen, dass sich die Klägerin in den Streitjahren mit ihrer Verkaufstätigkeit über die ebay-Konten N 6 und N 7 unternehmerisch betätigt hat. Da der Beklagte die objektive Beweislast (Feststellungslast) für das Vorliegen steuerbegründender Tatbestandsmerkmale trägt, geht das zu seinen Lasten.

2. Die aufgrund der vorstehenden Ausführungen gebotenen Festsetzungen der Umsatzsteuer 2004 und 2005 werden dem Beklagten übertragen (§ 100 Abs. 2 Satz 2 Finanzgerichtsordnung - FGO).

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 FGO.

4. Die Klägerseite beantragte, die Zuziehung eines Bevollmächtigten zum Vorverfahren für notwendig zu erklären. Dem Verfahren lag ein Sachverhalt zugrunde, der in rechtlicher Hinsicht nicht von vornherein als einfach zu beurteilen war. Die Klägerseite durfte sich daher eines Rechtskundigen bedienen, um eine erfolgversprechende Rechtsverfolgung zu erreichen. Der Senat hält hiernach die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren für notwendig (§ 139 Abs. 3 Satz 3 FGO).

5. Der Ausspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 151 FGO in Verbindung mit §§ 708 Nr. 11, 709, 711 Zivilprozessordnung.