

# Beschluss vom 24. Februar 2010, IX B 53/09

## **Einkünfteerzielungsabsicht bei befristetem Mietvertrag - Vermietungsabsicht und gleichzeitige Verkaufsabsicht - Verletzung der Sachaufklärungspflicht als verzichtbarer Verfahrensmangel**

BFH IX. Senat

FGO § 76 Abs 1, FGO § 115 Abs 2 Nr 2 Alt 2, FGO § 115 Abs 2 Nr 3, FGO § 116 Abs 3 S 3, ZPO § 165, ZPO § 295, EStG § 2 Abs 1 S 1 Nr 6, EStG § 21 Abs 1 Nr 1, FGO § 155, GG Art 103 Abs 1

vorgehend FG München, 09. Februar 2009, Az: 2 K 1335/06

### Leitsätze

1. NV: Allein der Abschluss eines Mietvertrages auf eine nur bestimmte Zeit rechtfertigt noch nicht den Schluss, auch die Vermietungstätigkeit sei nicht auf Dauer ausgerichtet; auch sind neben der Vermietung erfolgte, gleichzeitige Verkaufsbemühungen oder eine auch vorhandene Verkaufsabsicht nicht notwendig schädlich .
2. NV: Eine Verletzung der Sachaufklärungspflicht als (verzichtbarer) Verfahrensmangel durch Übergehen eines Beweisantrages oder durch Unterlassen einer Amtsermittlung ist nicht gegeben, wenn ausweislich des Sitzungsprotokolls die Sachlage und Rechtslage mit den Beteiligten erörtert wurde, ohne dass ein Beweisantrag gestellt oder seitens der Kläger auf ihn oder andere Aufklärungsmaßnahmen hingewirkt wurde, obwohl spätestens aufgrund der Ladung erkennbar war, dass das FG eine mögliche Beweiserhebung (durch Zeugenvernehmung) oder weitere Aufklärungsmaßnahmen nicht durchzuführen beabsichtigte .

### Gründe

- 1 Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Es bleibt dahingestellt, ob ihre Begründung den Darlegungsanforderungen des § 116 Abs. 3 Satz 3 der Finanzgerichtsordnung (FGO) entspricht; jedenfalls liegen die von den Klägern und Beschwerdeführern (Kläger) geltend gemachten Zulassungsgründe nicht vor.
- 2 1. Eine Entscheidung des Bundesfinanzhofs (BFH) zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung i.S. des § 115 Abs. 2 Nr. 2 2. Alt. FGO ist nicht erforderlich; die sinngemäß gerügten Divergenzen liegen nicht vor. Das Finanzgericht (FG) weicht nicht von dem (zu gewerblichen Einkünften ergangenen) BFH-Urteil vom 17. November 2004 X R 62/01 (BFHE 208, 522, BStBl II 2005, 336) ab.
- 3 Zutreffend geht das FG nach Maßgabe der BFH-Rechtsprechung davon aus, dass nur im Fall einer auf Dauer angelegten Vermietung regelmäßig vom Vorliegen der Einkünfteerzielungsabsicht ausgegangen werden kann. Zwar rechtfertigt --entgegen der Annahme des FG-- allein der Abschluss eines Mietvertrages auf eine nur bestimmte Zeit noch nicht den Schluss, auch die Vermietungstätigkeit sei nicht auf Dauer ausgerichtet (so BFH-Urteile vom 14. Dezember 2004 IX R 1/04, BFHE 208, 235, BStBl II 2005, 211; vom 9. Oktober 2008 IX R 54/07, BFH/NV 2009, 150, unter II.2.b a.E.); auch sind neben der Vermietung erfolgte, gleichzeitige Verkaufsbemühungen oder eine auch vorhandene Verkaufsabsicht nicht notwendig schädlich (vgl. BFH-Urteile vom 9. Juli 2003 IX R 102/00, BFHE 203, 86, BStBl II 2003, 940, und IX R 30/00, BFH/NV 2004, 1382). Indes hat das FG nicht nur die seit Erwerb des Objekts im Jahr 1988 bis einschließlich 2001 angefallenen Verluste, die Vereinbarung eines Sonderkündigungsrechts im Mietvertrag mit M/F und die nur etwas mehr als ein halbes Jahr nach Vertragsbeginn erfolgte Kündigung des Mietvertrags mit M berücksichtigt. Es hat vielmehr die Verpachtung auch an die anderen Pächter und insbesondere die Tatsache der "unveränderten Fortführung der bisherigen Nutzungsart" ("Verpachtung des nicht modernisierten Objekts mit geringer Hotelkapazität" und "unzureichenden Gastraummöglichkeiten") als gewichtige Indizien gegen das Vorliegen der Einkünfteerzielungsabsicht in seine Gesamtwürdigung einbezogen. Dies entspricht auch der BFH-Rechtsprechung (Urteil in BFHE 208, 522, BStBl II 2005, 336, unter II.1.b(2); s.a. BFH-Urteil vom 26. Februar 2004 IV R 43/02, BFHE 205, 243, BStBl II 2004, 455; BFH-Beschluss vom 5. Juli 2002 IV B 42/02, BFH/NV 2002, 1447), wonach das fehlende Bemühen, die Verlustursachen zu ermitteln und ihnen mit geeigneten Maßnahmen zu begegnen, für sich schon dafür spricht, dass langjährige, stetig ansteigende Verluste aus im persönlichen Bereich

liegenden Neigungen und Motiven hingenommen werden. So verlangt auch der erkennende Senat vom Steuerpflichtigen im Fall der Nichtvermietbarkeit seiner Immobilie, dass er --will er seine fortbestehende Vermietungsabsicht belegen-- zielgerichtet darauf hinwirken muss, unter Umständen auch durch bauliche Umgestaltungen einen vermietbaren Zustand des Objekts zu erreichen; bleibt er untätig und nimmt den Leerstand auch künftig hin, spricht dieses Verhalten gegen den endgültigen Entschluss zu vermieten oder --sollte er bei seinen bisherigen, vergeblichen Vermietungsbemühungen mit Einkünfteerzielungsabsicht gehandelt haben-- für deren Aufgabe (Urteil vom 25. Juni 2009 IX R 54/08, BFHE 226, 216, BStBl II 2010, 124).

- 4 2. Soweit die Kläger eine Verletzung der Sachaufklärungspflicht (§ 76 Abs. 1 FGO) als (verzichtbaren) Verfahrensmangel i.S. des § 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO durch Übergehen eines Beweisantrages oder durch Unterlassen einer Amtsermittlung (zu den Darlegungsanforderungen vgl. BFH-Beschluss vom 27. August 2008 IX B 207/07, BFH/NV 2008, 2022, unter 4.a, m.w.N.) rügen, ist dieser Verstoß nicht gegeben. Ausweislich des Sitzungsprotokolls (zu dessen Beweiskraft s. § 94 FGO i.V.m. § 165 der Zivilprozessordnung --ZPO--) wurde "die Sach- und Rechtslage mit den Beteiligten erörtert", ohne dass ein Beweisantrag gestellt oder seitens der Kläger auf ihn oder andere Aufklärungsmaßnahmen hingewirkt wurde, obwohl spätestens aufgrund der Ladung erkennbar war, dass das FG eine mögliche Beweiserhebung (durch Vernehmung des Maklers als Zeugen) oder weitere Aufklärungsmaßnahmen nicht durchzuführen beabsichtigte; auch die sog. Kundenschutzliste wurde nicht vorgelegt. Gleichwohl haben die --in der einstündigen mündlichen Verhandlung vor dem FG fachkundig vertretenen-- Kläger dazu wie auch hinsichtlich der (vermeintlich) fehlenden Feststellung persönlicher Neigungen rügelos zur Sache verhandelt und damit ihr Rügerecht durch bloßes Unterlassen einer rechtzeitigen Rüge verloren (§ 155 FGO i.V.m. § 295 ZPO; vgl. BFH-Beschluss in BFH/NV 2008, 2022, m.w.N.). Zudem fehlt der Vortrag, dass die Nichterhebung der angebotenen Beweise bzw. die unterlassene Sachaufklärung in der mündlichen Verhandlung gerügt wurde oder weshalb diese Rüge nicht möglich war (vgl. BFH-Beschluss vom 15. März 2007 IX B 234/06, BFH/NV 2007, 1179).
- 5 3. Im Übrigen rügen die Kläger nach dem sachlichen Gehalt ihres Vorbringens (zur Frage der Einkünfteerzielungsabsicht wie insbesondere hinsichtlich des Fremdvergleichs) lediglich eine (am Einzelfall orientierte) unzutreffende Tatsachenwürdigung und fehlerhafte ("unrichtige") Rechtsanwendung durch das FG, mithin materiell-rechtliche Fehler; damit kann indes die Zulassung der Revision nicht erreicht werden (vgl. z.B. BFH-Beschluss vom 30. August 2007 IX B 104/07, BFH/NV 2007, 2144).

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